

**Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión"
Núcleo de Bolívar**

**EL PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD EN
EL PENSAMIENTO
DE LOS PUEBLOS ANDINOS**

CARTILLA DE DIVULGACIÓN CULTURAL

43

EL PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD EN EL PENSAMIENTO DE LOS PUEBLOS ANDINOS



Por: OSCAR JOSÉ DUEÑAS RUÍZ

*Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión"
Núcleo de Bolívar*

C R E D I T O S

CARTILLA DE DIVULGACIÓN CULTURAL # 43

Casa de la Cultura Ecuatoriana
"Benjamín Carrión" Núcleo de Bolívar
(Manuela Cañizares # 511. Telefax: 03 2980333. Email: ccenb@andinanet.net)

Presidente del Núcleo:

Ing. Gabriel Galarza López

Directorio:

Prof. Teresa León de Noboa
Lic. Fausto Silva Montenegro
Abg. Napoleón Yánez
Lic. Mariana Meneses Yánez
Dr. Kléver Arregui Saltos
Ing. Diomedes Núñez M.
Lic. Herman Flores
Ec. Pomerio Garófalo

Secretaria:

Lic. María Alicia de Noboa

Levantamiento de Textos:

Lic. Renán Mena Paredes

Presentación

La solidaridad es un principio irrenunciable de las colectividades humanas. Ella es la que baña las más altas concepciones de la organización, los proyectos, las funciones sustentados en la comprensión de una vida colectiva y a la vez personal más digna, justa, equitativa. Ella corre por los intersticios del paulatino crecimiento de los derechos humanos, tanto políticos, como sociales, económicos, ambientales, colectivos, y otros, acordados por los estados nacionales, como fruto de las luchas de agrupaciones sociales y políticas en sus respectivos contextos, pero también en las relaciones y en las articulaciones cada vez más hondas entre los pueblos del mundo.

Cierto es que existen duros golpes a aquellos proyectos históricos alternativos al neoliberalismo, al capitalismo tardío y salvaje, como bien lo han calificado muchos intelectuales del norte y del sur del planeta. El mismo Estado Social de Derecho, producto de la férrea actitud de los trabajadores, de sus innumerables luchas, inicialmente dadas en la Europa de fines del siglo XIX e inicios del XX, pero que recorrieron también las calles de América, ha recibido toscamente los embates del neoliberalismo de las últimas décadas.

Recientemente, en nuestra tierra equinoccial, tuvieron que salir a las calles, realizar marchas, poner en juego sus desgastadas vidas de trabajo, realizar huelgas de hambre condensada en medio del hambre cotidiana, miles de hombres y mujeres, todos ellos de la tercera edad, en el difícil camino de la ancianidad, exigiendo que no sean saqueados los recursos ahorrados durante toda su vida, reclamando por una pensión al menos de subsistencia para adquirir alimentos y medicinas, tan necesarios a sus existencias desgastadas en la acumulación de los capitales de unos pocos que tienen la exuberancia de las riquezas, por obra y gracia de los agentes de este sistema de la ganancia, el individualismo, la intolerancia, y la competencia brutal.

Esta cartilla, escrita por un distinguido intelectual, ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia, abogado de los sectores obreros del hermano país, devoto de la construcción de una Latinoamérica unida, fuerte, equitativa, justa. Y además ferviente caminante de los senderos del antiguo Departamento del Sur de la Gran Colombia, admirador de sus gentes, sus cosmovisiones y costumbres, desde donde obtuvo, como él lo ha manifestado, las ideas centrales para la comprensión de una particular solidaridad, la andina. Solidez de una concepción que viene, desde el fondo de los tiempos y las culturas, a sustentar la seguridad social, como uno de los aspectos centrales del Estado Social de Derecho, del que tan rimbombantemente habla el primer artículo de nuestra Constitución.

Nuestro homenaje va dirigido a la Federación Nacional de Jubilados, a las Organizaciones del Seguro Social y Campesino, y de manera especial a la Asociación de Pensionistas y Jubilados de Bolívar, mujeres y hombres que dieron ejemplo a las generaciones que los principios alcanzados y por lograrse tienen que ser defendidos valientemente, con la vida. Nuestro homenaje póstumo a quienes cayeron en la lucha desigual, por los principios de la seguridad social, la solidaridad, la obligatoriedad, la universalidad, la equidad, la subsidiaridad, la eficiencia, la suficiencia, en suma por el bien común de las ciudadanas y ciudadanos del país y el orbe.

Guaranda, noviembre de 2.004

Gabriel Galarza López
Presidente del Núcleo de Bolívar

INTRODUCCIÓN

La solidaridad es un principio fundante de la seguridad social que no está suficientemente determinado.

El objetivo práctico y conceptual de esta ponencia es indicar que la solidaridad, mejor sería decir reciprocidad, se enriquece con la cosmovisión indígena y con el pensamiento humanista Latinoamericano. Esto se reflejan en las actuales constituciones y en ocasiones en jurisprudencia garantista.

Pero una concepción lineal y eurocentrista de la seguridad social han hecho invisibles esas realidades nuestras. Y, por otro lado, constituye un punto de vista recortado, explicar la crisis de los regímenes de pensiones y del sistema de salud y plantear posibles soluciones, solo con un criterio financiero, dejando de lado un concepto adecuado de la solidaridad que incluiría entre otros aspectos los siguientes:

1. **La progresividad** presupuestal, para lo cual hay que tener en cuenta, entre otros instrumentos jurídicos, el Protocolo de San Salvador, adicional al Pacto de San José de Costa Rica, que establece la progresividad de los presupuestos en los temas sociales y, específicamente en la seguridad social.

2. **La reciprocidad** o solidaridad de los nativos de la región andina. Para ellos la reciprocidad es un concepto tan fuerte que asciende a principio lógico. Las costumbres indígenas, la caridad cristiana y la familia extensa (propia de nuestros antepasados) han contribuido a la formación de conductas solidarias en los pueblos andinos. Esto explica por qué existe dentro de las comunidades de provincia y barriales un fuerte componente solidario.

3. **El humanismo** de los pensadores Latinoamericanos. Hasta hace pocas décadas, tanto quienes se nutrieron del racionalismo y del positivismo como del marxismo o de las corrientes de mediados del siglo XX, conformaron una forma de pensar humanista, de ahí que la intelectualidad anterior al neoliberalismo no era neomaltusiana.

4. **Las constituciones latinoamericanas** que caracterizan a nuestros países como Estados Sociales de Derecho. Lo social no puede ser una muletilla retórica para mostrar en Europa y pisotear dentro de nuestras fronteras. El Estado Social de Derecho es un ascenso cualitativo en relación con el Estado de Derecho; implica, entre otras cosas, el reconocimiento y garantía de la seguridad social y dentro de ésta el cumplimiento del principio rector de la solidaridad, con una connotación humana dentro de la jurisprudencia.

Es evidente que una visión economicista, expresión de la ideología dominante, solo se preocupa por la solidaridad con el mercado financiero, pero ello produce holocausto social y enfrenta al derecho con el sistema económico, deslegitimando de paso al Estado.

En esta ponencia, en primer lugar, se trabajará un ejemplo (el de la tutela) para demostrar que la seguridad social sometida a la dictadura del mercado plantea enfrentamiento entre derecho y sistema. Y, luego, se presentarán los siguientes propósitos para un fortalecimiento teórico y práctico de la seguridad social:

- I) Cumplir lo pactado internacionalmente;
- II) Darle al principio de solidaridad o reciprocidad la trascendencia que tuvo y tiene dentro de los indígenas;
- III) No olvidar el humanismo propio de la filosofía latinoamericana;
- IV) Defender a la seguridad social como derecho fundamental.

I. PUNTO DE PARTIDA: LA SOLIDARIDAD EN UNA SOCIEDAD DE MERCADO

1. El principio constitucional de la solidaridad

En Europa, el Estado de Bienestar se caracterizó, después de la segunda guerra mundial, por la expansión material de la seguridad social.

En los países Andinos, aunque sus Constituciones dicen que estamos en un Estado Social de Derecho, en la práctica éste no existe porque el modelo económico es neoliberal, luego las normas sobre el Estado de Bienestar son simple expansión simbólica.

Por supuesto que cuando un Estado se autoproclama como Estado Social de Derecho, pero no responde en su práctica política y social a los requerimientos del Estado de Bienestar, trata de relegitimarse incluyendo en los textos normativos los conceptos de democracia participativa, desarrollo sostenible y solidaridad.

Pero, a cuál solidaridad se refieren?

El sentido común indica que es a aquella que emerge de nuestra idiosincrasia. Aunque algunos juristas piensan que se trata de la solidaridad dentro del contexto de la seguridad social como servicio público. La seguridad social es catalogada como servicio público, o sea una actividad de interés general que la administración ha de asumir, o de vigilar, con el fin de cooperar en el buen funcionamiento de una sociedad, creándose un lazo entre la administración pública y sus ciudadanos para la buena prestación del servicio. Por ello, al prestarse un servicio público la administración no debería fijarse tanto en gastos, como lo haría una empresa privada. No puede perderse de vista el fin último de tales actividades, a saber, el interés público de la mayoría y el interés social de las clases menos favorecidas o mas deprimidas, caso en el cual se trata de la solidaridad con los ciudadanos.

Dentro del derecho positivo, en Colombia, el artículo 1° de la C.P. dice que la República está fundada entre otros valores en el de la solidaridad de las personas que la integran, el artículo 48 señala como uno de los principios de la seguridad social el de la solidaridad y el artículo 95 fija como uno de los deberes de los colombianos el de la solidaridad social.

La Constitución Ecuatoriana, expedida en Riobamba en 1998, en su Preámbulo ubica la solidaridad como uno de los ideales del pueblo de Ecuador, el artículo 56 habla del principio de la solidaridad en la seguridad social y el artículo 97 al enumerar los deberes de los ciudadanos menciona la solidaridad.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Preámbulo menciona a la solidaridad como un valor, en el artículo 2° repite la valoración, el artículo 80, al hablar de la protección a los ancianos, les garantiza sus derechos mediante la participación solidaria de las familias y de la sociedad, el artículo 81 establece la solidaridad para con los discapacitados, los artículos 84 y 86 reseñan la solidaridad como uno de los principios de la seguridad social, el artículo 123 hace mención expresa a la práctica de la solidaridad en los pueblos indígenas y los artículos 132 y 135 señalan el deber de solidaridad, responsabilidad social y asistencia humanitaria.

Sin embargo, las leyes dan una proyección distinta a la solidaridad. Se inclinan hacia el equilibrio financiero de los organismos gestores a fin de cubrir las prestaciones asistenciales y económicas. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Venezolana, en su artículo 8° señala como uno de los principios de la seguridad social el de financiamiento solidario, en búsqueda del equilibrio financiero y actuarial. La ley 100 de 1993, en Colombia, califica a la solidaridad como una práctica de mutua ayuda, y aunque agrega: "bajo el principio del mas fuerte hacia el mas débil", la verdad es que permitió para las pensiones el régimen de ahorro individual. La ley de Seguridad Social Ecuatoriana califica la solidaridad como principio rector, indica que es una ayuda de todas las personas aseguradas, sin distinción, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio.

Mas coherente es la caracterización hecha por el Código Iberoamericano de la Seguridad Social que establece en su artículo 12:

"1. El derecho a la seguridad social se fundamenta, entre otros, en el principio de la solidaridad.

"Las prestaciones mínimas de alcance universal, de acuerdo con los requisitos establecidos por las legislaciones y prácticas nacionales, requieren la solidaridad de todos los miembros de la comunidad.

"Solo las prestaciones selectivas, de financiación contributiva y finalidad sustitutoria de rentas, admiten la aplicación de solidaridades parciales, sin perjuicio de la asignación de recursos generales del Estado a estos regímenes de prestaciones selectivas en las condiciones que se determinen.

"3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada".

La Corte Constitucional colombiana, al revisar la constitucionalidad de la ley 516 de 1999 por medio de la cual se aprobó el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, en cuya elaboración tuvo parte muy importante la OISS, dijo en sentencia C-125 de 2000, respecto a la solidaridad:

"Entre los principios rectores de la seguridad social el Código le da especial relevancia a los de igualdad y solidaridad que, en criterio de la Corte, son los que permiten que ésta se pueda realizar en los términos que nuestra Constitución ordena (arts. 13, 48, 49, 95-2). El deber de solidaridad del Estado, se reitera, ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera

indirecta, a través de la inversión en el gasto social (lo cual explica la prioridad que dicho gasto

tiene sobre cualquiera otra asignación, dentro de los planes y programas de la nación y de las entidades territoriales, art. 366 C.P.), o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (...)". Pero tal deber no se predica solamente del Estado sino también de los particulares a quienes se les puede exigir "en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental."

Es decir que, constitucionalmente, la solidaridad no es simple asistencialismo, ni caridad cristiana, ni solamente solidaridad intergeneracional, sino que va mucho más allá: tiene una proyección antropocéntrica y es por ello que en esta ponencia se planteará la hipótesis de que el concepto de solidaridad se enriquece enormemente con la manera como lo entienden los indígenas y los humanistas.

2. La expansión material de la seguridad social como estrategia en el Estado de Bienestar se disloca en el modelo neoliberal que plantea el enfrentamiento Derecho vs. Sistema económico

En el estado social tradicional, el trasfondo era el modelo fordista y los derechos sociales estaban subordinados al derecho laboral. Tenía como punto de apoyo la visión Keynesiana. Era un pacto de no agresión entre capital y trabajo. Los trabajadores respetaban la lógica de la ganancia y del mercado, a cambio de participar en la distribución del excedente social. Era una variante del capitalismo, sin remover las desigualdades sociales.

Ese estado social tradicional se tergiversa bastante cuando se convierte al ciudadano en cliente del estado social, y se menosprecia el valor de los derechos sociales, económicos y culturales, al suponerse que ya no existe fuerza política poderosa que los respalde por la caída del socialismo real y por el agotamiento de los proyectos socialdemócratas.

El neoliberalismo aprovecha la crisis del modelo socialista para propugnar por la reducción del Estado de Bienestar y convertir a la seguridad social en mercancía.

La tensión con la sociedad de mercado viabilizó el asalto neoliberal contra el estado social. Lo primero que se buscó fue la "flexibilización" de las leyes laborales y por repercusión la negación de las prestaciones sociales. Se plantea el cambio de un estado social de derechos a un estado social comunitario de deberes. Por supuesto que la retórica de los deberes va dirigida a los estratos más débiles, hábilmente acompañada de campañas en los medios de difusión. Es el momento en el cual se minimizan los derechos y la solidaridad se identifica con la solidaridad con el capital financiero.

El desmantelamiento del Estado Social de Derecho tiene como otra de sus causas la circunstancia de que el capital financiero ha socavado el capitalismo industrial sobre el cual se sostenía el Estado Social de Derecho, en su visión tradicional.

Como en el caso de los países andinos, aparece en las constituciones el derecho a la seguridad social, pero se le traslada al Parlamento el diseño del sistema, entonces los

Congresos adoptan un sofisticado diseño de seguridad social con raigambre neoliberal, para eludir los fundamentos del Estado de Bienestar.

El sistema económico, dependiente del mercado, va a producir una profunda crisis humanitaria en materia de pensiones y salud. Los afectados, al no contar con el apoyo de los entes gestores de la seguridad social, van a exigir los derechos constitucionalmente reconocidos y, si los jueces no adoptan un silencio cómplice, la jurisprudencia necesariamente será garantista.

Corolario de lo anterior es que las decisiones judiciales, en materia de seguridad social, al garantizar el derecho, son valiosas herramientas de las cuales disponen los ciudadanos para defenderse de la voracidad del capitalismo salvaje.

3. Un ejemplo concreto de desajuste estructural, que implica el acudimiento masivo de los colombianos a la tutela exigiendo sus derechos a la seguridad social.

Los datos son contundentes. En doce años, desde 1992 hasta el 31 de enero de 2004, llegaron a la Corte Constitucional colombiana, para su eventual revisión, 850.569 expedientes de tutela⁵. Mas de la mitad de los casos corresponden a reclamaciones por pensión y salud. Este es un indicio de la magnitud del problema que ha creado la ley 100 de 1993, por la cual se estableció el sistema de seguridad social integral, que dentro de sus líneas principales estableció en pensiones una emulación del sistema de reparto con el sistema de ahorro individual; y en salud un curioso mecanismo mediante el cual los usuarios tenemos que cotizar a unas Entidades Promotoras de Salud - EPS-. Es fácil comprender el desajuste que produce la competencia en una sociedad altamente influenciada por la publicidad y las realidades virtuales.

Para comprender mejor el ejemplo es necesario discriminar cuál ha sido el comportamiento del pueblo colombiano, frente a la tutela o amparo, desde cuando principió a operar, por consagración expresa de la Constitución de 1991:

1992: se presentaron en todo el país 10.732 casos. En ese año, la tutela prácticamente se había convertido en un "recurso" al cual apelaban los abogados frente a fallos desfavorables de los jueces ordinarios o de lo contencioso-administrativo.

1993: Fueron 20.181 tutelas presentadas más que todo por aspirantes a jubilación en la Caja Nacional de Previsión, porque la costumbre en tal Entidad es demorar las resoluciones de otorgamiento de la pensión por varios años. Invocando el respeto al derecho de petición, los pensionados obtuvieron que se les resolviera en pocos días.

1994: se presentaron 26.715 tutelas, también mayoritariamente por aspirantes a pensionados.

1995: se tramitaron 29.950 expedientes. Continúan las reclamaciones de pensiones como las mas frecuentes, pero principia a haber tutelas reclamando salud puesto que los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993, expedidos en 1994, viabilizaron el funcionamiento de unas entidades intermediarias llamadas EPS que diseñaron un sistema de seguridad social que produjo afectación a los usuarios.

1996: 31.248 casos. Aumentan las tutelas por salud y principia a conformarse una jurisprudencia garantista en la materia. Se dice que se está judicializando la medicina.

1997: 33.663 expedientes, especialmente por salud y pensiones y en estos rubros los Seguros Sociales pasan a ser los principales violadores de derechos fundamentales.

1998: 38.248 casos. Siguen siendo abundantes las tutelas por salud y pensiones, pero además aumentan considerablemente las violaciones al derecho al trabajo y el tema del no pago de los salarios.

Si se hiciera un corte al finalizar estos 7 años se tiene que el total de tutelas presentadas fue de 190.737. Mientras que desde 1999 hasta enero de 2004, es decir en 5 años, fueron 659.832. Esa avalancha de tutelas, es un indicio de que se agravó el problema de la seguridad social. Los motivos principales por los cuales se instaura la tutela en el año 1999 fueron los siguientes:

por salud	23%
por pensiones	24%

Y, examinando los 3.617 expedientes de tutela que llegaron a la Corte Constitucional en cinco días, al finalizar el año 2003 y que fueron objeto de la primera Sala de Selección en enero de 2004, el porcentaje por pensiones y salud fue este:

Por reclamación de salud: 38%
Reclamación por pensiones: 24%

En solo cinco días llegaron por violación al derecho a la salud: 1395 tutelas, de las cuales se concedieron: 1179; se denegaron: 117; y, no prosperó la tutela por hecho superado (se prestó el servicio después de instaurado el amparo y antes de la decisión de primera instancia, o por fallecimiento del paciente antes del primer fallo de tutela: 70). En materia de salud, el amparo es solicitado (en orden cuantitativo): i) personas a quienes no se les entregan los medicamentos recetados; ii) personas a quienes no se les practican los procedimientos médicos indicados, incluidos diagnósticos y terapias; iii) personas que tienen problemas de afiliación o de cotización. Los derechos invocados son, especialmente, derecho a la vida y derecho a la seguridad social.

En cuanto a tutelas presentadas, en cinco días, por violación al derecho a la pensión, fueron: 870: de las cuales fueron concedidas: 710 y denegadas: 137. En el tema pensional, el amparo es invocado (en orden cuantitativo): i) Para reconocimiento de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes; ii) reliquidación de la pensión; iii) reajuste pensional; iv) por no pago de mesadas; v) indemnización sustitutiva; vi) por incorrecta liquidación de la tasa de reemplazo; vii) por no reconocimiento del régimen de transición y de los regímenes especiales; viii) por no trámite de la vía gubernativa; ix) por bonos pensionales; x) por ; suspensión o revocación de pensión ya decretada, xi) para inclusión en nómina de pensionados. Los derechos invocados son: petición, debido proceso, mínimo vital, seguridad social.

4. Líneas principales de la jurisprudencia garantista en seguridad social (se cita una sola sentencia, pero se trata de jurisprudencia reiterada)

La obligación del juez es defender el orden Justo y proteger los derechos fundamentales (incluyendo dentro de ellos los derechos sociales, bien sea porque se considera que lo son directamente, o por conexidad). Dentro de este contexto, la judicatura convierte la expansión simbólica de la seguridad social en expansión real.

Lo anterior quiere decir que la justicia se toma en serio los postulados del Estado Social de Derecho. Un ejemplo muy concreto que bien vale la pena hacerlo conocer, es él de las sentencias de tutela en Colombia, porque la jurisprudencia constitucional para proteger el derecho a la seguridad social en pensiones y en salud es abundante¹⁰. En 12 años se profirieron por la Corte 7.337 fallos de tutelan. Mas de la mitad de ellos corresponden a seguridad social.

En el tema pensional, vale la pena resaltar las siguientes líneas jurisprudenciales:

a. Aunque en principio por tutela no se puede reconocer la pensión y la T-769 de 2003 ratifica jurisprudencia en este sentido, sin embargo, en varias ocasiones se determina cómo debe proferir la Resolución el organismo gestor de la seguridad social; y, ante el hecho de que en ocasiones se esquiva el cumplimiento de los fallos, la Corte ha ordenado, de manera perentoria, al Instituto de los Seguros Sociales el reconocimiento de una pensión en el término de cinco días, T-951/03.

b. El juez de tutela debe examinar todas las pruebas que existen en el expediente de tutela para examinar si se han violado derechos fundamentales, aunque no sean invocados por el peticionario, T-235 de 2002.

c. La discusión sobre soportes financieros, entre entidades, no puede perjudicar al pensionado, T-235 de 2002.

d. Si el empleador no remite las cotizaciones, esta circunstancia no puede esgrimirse para el no reconocimiento de la pensión. T-534 de 2001.

e. En las pensiones bajas no se requiere que el interesado pruebe la afectación al mínimo vital, para que prospere la tutela. T-428 de 2001.

f. Se puede por tutela exigir, invocándose el derecho de petición, que se defina si se reconoce o no una pensión; y se debe distinguir entre derecho de petición (acudir ante la autoridad y obtener pronta resolución) y el contenido de lo que se pide (la materia de la petición). ;T-099/2000.

g. Respecto a los bonos pensionales, la T-671/2000 señala unos parámetros jurisprudenciales (ordenar la emisión del bono, ordenar que una vez emitido se reconozca la pensión y si la pensión se niega pese a estar emitido y reunirse el tiempo de servicios y edad requeridos, puede haber vía de hecho en la Resolución que no reconoce una pensión - T-827/99).

h. También se admite la procedencia de la tutela para proteger las mesadas pensionales ya decretadas y no pagadas. En la T-140,2000 se ratificó la jurisprudencia de la SU-90,2000 y se fijaron las pautas para la procedencia de la acción de tutela respecto al pago de las mesadas pensionales.

i. El concepto de mínimo vital tiene una dimensión cualitativa, no se identifica con el salario mínimo ni con "una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo". De ahí que la jurisprudencia ha considerado que son factores importantes, pero no exclusivos, para su análisis, la edad del pensionado, sus obligaciones sociales razonables y la dependencia económica de la mesada pensional. Sentencias SU-995 de 1999 y T-011 de 1998.

j. La crisis económica o presupuestal por la que pueda estar atravesando la entidad responsable del pago de la pensión, no la exime de la obligación de pagar oportunamente la mesada pensional. T-428 de 2001.

k. La acción de tutela sólo ampara el derecho al pago oportuno de mesadas pensionales ciertas e indiscutibles, pues aquellos montos que se discuten o que no hubieren sido expresamente reconocidos, deberán cobrarse en la justicia ordinaria laboral. T-135 de 1993.

1. Respecto al régimen de transición, se considera que consolida una situación jurídica anterior. T-631 de 2002.

m. Respecto a los regímenes especiales, tienen su sustento en el principio constitucional de la favorabilidad y si no se los reconoce, debiendo hacerse, se incurre en una vía de hecho y por consiguiente se viola el debido proceso. T-169 de 2003.

n. En lo que tiene que ver con los regímenes exceptuados, se considera constitucional la diferencia de trato (C-173 de 1996), luego la tutela es un medio adecuado para hacer valer los derechos fundamentales violados, T-1059 de 2002.

o. Respeto a los derechos adquiridos, que permanentemente se menoscaban, el precedente jurisprudencial es que se tiene un derecho adquirido a la pensión de vejez, SU-430 de 1998. Inclusive, la Corte Constitucional ha dicho que la "expectativa legítima" (cercanía al tiempo de servicios requerido para la pensión) crea algunos derechos, porque es inherente al derecho del trabajo, C-789 de 2002.

p. El derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo, dice la T- 1752 de 2000; esto implica inmutabilidad e intangibilidad y, por supuesto, la Judiciabilidad de la seguridad social.

q. En la sentencia C-835 de 23 de septiembre de 2003 se blindaron los derechos reconocidos ante la eventualidad de una revocatoria directa por parte de los organismos gestores; se dijo que si se va a modificar una Resolución que ha reconocido la prestación, debe contarse con la autorización del posible perjudicado, salvo que hubiere delito de falsedad, pero aún en este evento debe existir un debido proceso administrativo.

Aunque la jurisprudencia colombiana, en mi sentir, de manera equivocada, dice que la seguridad social no es un derecho fundamental, de todas maneras se la protege en conexidad con otros derechos, especialmente con los siguientes (se menciona solo una sentencia, pero son innumerables):

a. Derecho de petición, T-01 de 2003;

- b. Derecho al reconocimiento, T-235 de 2002;
- c. Derecho al debido proceso, T-827 de 1999;
- d. Derecho a la igualdad, T-1016 de 2000;
- e. Derecho a la dignidad, SU-995 de 1999;
- f. Derecho al mínimo vital, T631 de 2002.
- g. Y, mayoritariamente, en conexidad con el derecho a una vida digna, T-129 de 2002.

Todos estos derechos se conectan con los derechos constitucionales a la seguridad social. Lo anterior no impide expresar que la tendencia de la doctrina universal es homologar los derechos sociales (dentro de ellos la seguridad social) a los derechos fundamentales, como se explicará luego.

Precisamente el artículo 1° del Código Iberoamericano de la Seguridad Social dice que se reconoce a la seguridad social como derecho inalienable del ser humano, norma que se halla dentro del capítulo de los Principios fundamentales.

En cuanto a la protección tutelar al derecho a la salud, algunos casos concretos vale la pena mencionar:

- a. En primer lugar, el derecho a la salud se protege en conexidad con el derecho a la vida (T-94 | /OO);
- b. Se ordena la entrega de medicamentos, recetados por el médico tratante, aunque no figuren en el listado que según el Ministerio de Salud son lo que está obligada a entregar la EPS (T-125/97); así se trate de medicamentos costosos para tratar enfermedades catastróficas (SU-480/97), parálisis cerebral (T-179/00) y otros casos similares;
- c. En determinadas ocasiones se ordenan procedimientos médicos que no figuran dentro del llamado POS (plan obligatorio de salud). Por ejemplo, tratándose de ancianos se ordena operación por desprendimiento de retina (T-416/01), o de mujeres que requieren de mamoplastia reductora (T-461/01);
- d. Se ordenan a las EPS que efectúen exámenes de carga viral endoscopias e inclusive exámenes para detectar por qué hay abortos repetidos (T-1260/01);
- e. Se señalan reglas para tratamiento médico en el exterior (T-146/00);
- f. La jurisprudencia respalda al consentimiento informado (T-477/95);
- g. Se ha dicho que la protección médica debe ser integral (T-1034/01), continua (T-1278/01), eficaz (T-378/00).

Un funcionamiento armónico de las tres ramas del poder público, debería significar que el legislador y el gobierno impidieran la deshumanización y la mercantilización de la seguridad social y no tuvieran que ser los jueces quienes acudan a aplicar una especie de cruz roja jurídica. Como eso es difícil exigírselo a quienes se inclinan ante la teología neoliberal, se esbozarán a continuación unos temas que precisamente motivan la presente ponencia, para que contribuyan a soluciones equitativas.

II. LA PROGRESIVIDAD

1. Normas internacionales

Para un correcto y cumplido ejercicio de la seguridad social, necesariamente tienen que existir adecuados presupuestos para la seguridad social.

En el caso concreto de Europa, después de la segunda guerra mundial, se considerará que de nada sirve que en la Constitución se establezca el Estado social de derecho si no existen presupuestos adecuados para respaldar la seguridad social, porque ésta es la base del Estado social de derecho en lo concreto.

La destinación presupuestal hacia el gasto público social es una de las características de la izquierda política. Eric Hobsbawm, en su historia del siglo XX dice que "Existe un claro paralelismo entre el giro a la izquierda y el acontecimiento público más importante de la década (del setenta): la aparición de estados del bienestar en el sentido literal de la expresión, es decir, estados en los que el gasto en bienestar, subsidios, cuidados sanitarios, educación, etc.- se convirtió en la mayor parte del gasto público total... Ya a finales de los años setenta todos los estados capitalistas avanzados se habían convertido en estados del bienestar' semejantes, y en el caso de seis estados (Australia, Bélgica, Francia, Alemania Federal, Italia, Holanda) el gasto en bienestar social superaba el 60% del gasto público"

Esta política está de acuerdo con normas contenidas en los Pactos y Convenios Internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 22 habla del derecho a la seguridad social habida cuenta "de la organización y los recursos de cada Estado". El artículo 12 del Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El Convenio 102 de la OIT establece los principios mínimos de la seguridad social.

La Corte Constitucional colombiana en la C-251/97 recordó otros instrumentos internacionales:

"... la doctrina internacional más autorizada en la materia, la cual está contenida, de un lado, en los diversos informes oficiales elaborados por el Relator y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y de otro lado, en los llamados "Principios de Limburgo", adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en Junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Conforme a esa doctrina, y de acuerdo al tenor literal de este artículo, resulta claro que el carácter progresivo del deber de realización de estos derechos no implica que los Estados pueden demorar la toma de las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, el deber de adoptar todas las medidas posibles es inmediato, ya que los Estados "tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en el Pacto.18" Simplemente, teniendo en cuenta que en general los derechos sociales implican una prestación pública, la cual supone la existencia de unos determinados recursos y la necesidad de poner en marcha

las instituciones prestatarias de los servicios, se reconoce que "la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo", por lo cual la obligación de garantizarlos no puede ser inmediata, a diferencia de lo que sucede con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual "incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes". Sin embargo, este deber de realización progresiva "no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo", ya que esta norma "exige que los Estados partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección". Razón por lo cual "bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos.21" En tal contexto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sintetizado el sentido y alcance de este deber en los siguientes términos:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".

Particular importancia tiene el artículo 4° del Código Iberoamericano de Seguridad Social, que establece en su artículo 4° una progresividad de efectividad normativa en estos términos:

"1. Cada uno de los Estados ratificantes se compromete a elevar progresivamente el nivel mínimo de seguridad social o inicialmente asumido, de conformidad con las previsiones del artículo 25 de este Código.

"2. De igual modo y alcanzados los niveles mínimos de protección a que se refiere el artículo 25 de este Código, cada uno de los estados ratificantes se compromete a esforzarse, con arreglo a sus posibilidades, para elevar progresivamente dichos niveles de protección.

"El cumplimiento de ese-compromiso de progresividad debe valorarse globalmente, y no para cada una de las distintas prestaciones a que se refiere la parte II de este Código por separado.

"Regresiones circunstanciales de alguna o de algunas de las prestaciones pueden ser compensadas por progresos de mayor intensidad en otras, sin que quepan regresiones por debajo de los mínimos establecidos en las prestaciones reguadas en las distintas Secciones de la Parte II, en los términos señalados en el artículo 25 de este Código."

Y el artículo 9° agrega:

"El derecho a la seguridad social debe extenderse de forma progresiva a toda la población, sin discriminaciones por razones personales o sociales".

La progresividad, en nuestros países es indispensable. No se puede aducir la disminución en algunos países europeos de los porcentajes para seguridad social, como argumento para restringir los escasos aportes reconocidos en Latinoamérica, por la sencilla razón de que acá no hemos conocido el Estado de Bienestar.

2. El Protocolo de San Salvador

En el caso de los subdesarrollados países latinoamericanos, los altos porcentajes que en Europa son destinados al bienestar social son difíciles de lograr, fundamentalmente por la dictadura del FMI y el pago de la injusta deuda externa. Por eso, la connotación jurídico-política es débil. Se apela a la "progresividad presupuestal" para la cual hay que tener en cuenta el Protocolo de San Salvador - adicional al Pacto de San José de Costa Rica- que establece la progresividad de los presupuestos en los temas concernientes a lo social, económico y cultural.

En el Preámbulo del Protocolo se dice, entre otras cosas:

"Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y

Considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades,

Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador":

Los artículos 1° y 2° del Protocolo ordenan:

Artículo 1°. *Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*

Artículo 2. *Sí el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados*

Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos ".

Luego se contemplan en el texto del Protocolo, el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la alimentación, el derecho a la educación, el derecho a los beneficios de la cultura, el derecho a la constitución y protección de la familia, la protección a los niños, a los minusválidos y a los ancianos. Respecto al deber del Estado de realizar progresivamente estos derechos (artículos 1° y 2°).

Se consagra la obligación esencial que adquieren los Estados en relación con estos derechos, a saber, el deber de realizar progresivamente a plena efectividad de estos derechos. Para ello la norma retoma lo esencial del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales de las Naciones Unidas.

Le corresponderá al pueblo presionar el cumplimiento de la progresividad presupuestal. Solo así se puede principiar a hablar de un real Estado Social de Derecho y de una efectiva solidaridad.

III. SOLIDARIDAD O RECIPROCIDAD

La solidaridad de los aborígenes amerindios y el humanismo que ha sido consustancial en el pensamiento avanzado de América Latina, son dos contribuciones que no se pueden subestimar, aunque sean extrañas al eurocentrismo y al pragmatismo norteamericano.

Solo hasta hace poco tiempo se ha principiado a estudiar con detenimiento cómo se enfrentaban las contingencias (enfermedades, viudez, ancianidad, etc.) en las comunidades indígenas y cual es la trascendencia de la filosofía en Latinoamérica.

1. Ejemplos de la solidaridad indígena frente a las enfermedades y la ancianidad

En la región andina, de abrupta topografía, los indígenas acudían al trabajo con alegría y en este aspecto no existía explotación del hombre por el hombre. Además, en las tribus se respetaba a sus ancianos porque ellos eran sinónimo de sabiduría y factor de continuidad del derecho consuetudinario y de la medicina tradicional. En una sociedad con estas características es connatural la solidaridad.

En el Tahuantinsuyo, las tierras eran del Inka (Estado) o del Sol (Iglesia). Las tierras del Inka estaban dedicadas: una parte para el sostenimiento del Estado, otra al sostenimiento del ejército. La otra tercera parte cubría contingencias: ancianidad, viudez, lisiados del ejército y para casos de emergencia. Era, pues, una forma primitiva y eficaz de protección social.

El espíritu colectivista apuntaba al mantenimiento de la comunidad. El derecho comunal Quichua desarrolló un sistema jurídico en el cual uno de sus soportes era la Solidaridad efectiva o Yanaparina. Debe aclararse que para los indígenas el derecho no hace parte del deber ser sino del ser.

Los Aztecas tenían organizaciones filantrópicas de ayuda mutua que trascendían las relaciones familiares.

La solidaridad es muy fuerte en una sociedad que no sea impulsada por el individualismo y la propiedad privada. Por eso, las concepciones y fundamentos del Derecho Indio chocan abiertamente contra el individualismo, puesto que el sujeto es colectivo. Una persona es "si misma" en la medida en que se relacione con otra. Josef Estermann dice que *"El 'cogito ergo sum' de Descartes, para el 'runa' andino se convertiría justamente en su negación: 'cogito ergo non sum'. El sujeto individual ('yo'), mediante un acto aislado e inmanente (cogito) justamente se da cuenta de su 'no ser' (non sum), de su vanidad total, de la precariedad ontológica que le ubica al borde de la plena nihilidad. La proposición básica de la 'runasofia andina' sería: 'celebramus ergo sumus' (celebramos y por lo tanto existimos).*

Un esquema digno de mencionar era el empleado en el imperio incaico. Existía el Ayllu, o sea, un conjunto de familias emparentadas, que tenían propiedad colectiva de la tierra, aunque dividida en lotes individuales intransferibles. El trabajo se efectuaba mediante ayuda mutua (Ayni). Y, la denominada MINKA era la colaboración, la participación en obras de beneficio común (canales de riego, caminos), devolución de trabajo. Esto también se predicaba de las herramientas y de los animales de trabajo.

El hombre no es fin en sí mismo, sino un colaborador. La dignidad del sujeto humano radica en su función relacional dentro de la comunidad.

La individualidad y la autonomía propias de la tradición occidental entra en contradicción con la filosofía andina, donde una persona cuando ya no pertenece al 'avilu' es como si no existiera.

El descubrimiento y la conquista de América, efectuados por aventureros que ni comprendían, ni les interesaba entender, la racionalidad de los aborígenes, se convirtió en un violento colonialismo de carácter religioso y mercantil. La conquista fue un genocidio contra los indígenas. La institución nueva de la Encomienda no era muy diferente al esclavismo. La Iglesia, como institución, no tuvo la audacia de proponer un proyecto político coherente y alternativo. Por el contrario, los famosos curas doctrineros, las comunidades religiosas (tanto de clérigos como de monjas), los grupos religiosos, las cofradías, las hermandades, tuvieron objetivos económicos que convirtieron a la iglesia, en la época de la Colonia, en la mayor latifundista de este Nuevo Mundo.

2. Sin embargo, los defensores de los derechos humanos mantuvieron el espíritu de solidaridad

Ante esta situación inhumana, surgió la primera generación de defensores de los derechos humanos en Hispanoamérica. Su meta era suavizar los rigores de la conquista. Fueron algunos clérigos quienes se opusieron a los desmanes de los conquistadores. Algunos son suficientemente conocidos: Bartolomé De las Casas, Antonio de Montesinos, San Pedro Claver (defensor de los esclavos), el obispo de Popayán Juan del Valle. Otros fueron anónimos.

Las tremendas injusticias cometidas por los conquistadores indujeron a los citados defensores de los derechos humanos a dejar de lado la Escolástica Europea tradicional

que habían aprendido en los seminarios, cuyo centro de atención era Dios y no el hombre, y adoptaron una posición diferente: la preocupación por la dignificación humana de los aborígenes, en cierta manera fueron expresión de la escuela Salmantina y de la Utopía de Tomás Moro. Las tesis de los defensores de los indígenas y de los negros adquirieron un profundo contenido humanista que permitió luego rendir culto a la razón humana.

Otros clérigos, con el apoyo de la Corona Española, crearon las Cajas de Censos y Bienes de Comunidades en los Resguardos indígenas y dentro de ellos se estableció que una tercera parte de la producción se destinaba para enfrentar algunas contingencias. Las Cajas o Bienes de Comunidad servían para el mantenimiento de hospitales o para el sostenimiento de huérfanos, viudas y pobres. Dice el historiador Javier Ocampo que en las Cajas de Censos y Bienes de Comunidades se hacía la recolección de los tributos de los indígenas y se prestaba asistencia social. Como se aprecia, se trató de mantener el espíritu solidario de los indígenas a través de esas Cajas o Bienes de la comunidad.

Claro que en Europa medieval también existieron comportamientos comunitarios y esto se reflejó en algunas actitudes de los españoles.

Algo muy interesante se dio en Nueva España (Méjico) Fue el de los hospitales pueblo. El caso paradigmático es el de las Comunidades pueblo de Santa Fe, impulsadas por el obispo don Vasco de Quiroga. Eran pequeñas comunidades ejemplares, basadas en un cristianismo primitivo.

Don Vasco de Quiroga tuvo en mente el concepto medieval del "hospital", entendiendo por tal, como lo describe José Aparecido Gómez: *"Los hospitales eran en Europa una institución que durante varios siglos se encargaba del cuidado de los pobres, los peregrinos, los huérfanos y los enfermos. A ellos se refiere Luis Vives, Tomás Moro y todos los humanistas renacentistas que se interesaban por los problemas sociales de su tiempo. Muchos de los hospitales en Inglaterra, Francia y los Países Bajos solían ser también no solo un lugar de acogimiento de los necesitados, indefensos y empobrecidos, sino también de preparación y adiestramiento para la reintegración de una población de campesinos destituidos de sus tierras a la vida de la ciudad"*.

El hospital, en tal sentido, más que una obra de misericordia, era una expresión de protección social.

Por otro aspecto, fue política de la Casa reinante en España disminuir la mortandad de los habitantes de las colonias. Por eso se impulsaron drenajes de pantanos y circulación de aguas y se fomentaron tareas como la Expedición Botánica de José Celestino Mutis y la Real Expedición Filantrópica de la vacuna (bajo el reinado de Carlos IV).

Lo importante de todo esto es que los indígenas sobreviven en medio de ingentes dificultades y por lo mismo no ha muerto la solidaridad que los caracteriza.

3. De la caridad cristiana a los planes norteamericanos, durante el ocaso de la presencia indígena

La independencia americana (de los criollos y no de los indígenas), no conllevó una política social. Se mantuvieron por algunos años los ordenamientos provenientes de la

colonia. El Libertador Bolívar, en los numerosos decretos que dictó, muy poco contempló sobre salud y remuneraciones que podrían equipararse a pensiones.

La Sociedad Bolivariana de Venezuela, publicó en Caracas, en tres tomos, los DECRETOS DEL LIBERTADOR (entre 1813 y 1830). Para el tema que nos ocupa solamente existen los siguientes: A) Pensiones a familias de próceres: el 7 de octubre de 1813 se concedió "a perpetuidad" a los descendientes de Girardot; el 27 de diciembre de 1824 a padres, mujeres, hijos, e inválidos de quienes combatieron en la batalla de Ayacucho. B) mención a pensiones de retiro: el 16 de enero de 1827 se ordenó cesar toda pensión de retiro, salvo a militares inválidos. C) Respecto a los ancianos: el 2 de junio de 1816 se los excluyó del servicio militar. D) Contribuciones a Montes Píos: 8 de marzo de 1825. E) Administración de hospitales: con fondos del mismo hospital (para el Hospital de Caracas, 22 de junio de 1827); con sus propios fondos y aportes piadosos (para el hospital de La Guaira, 23 de junio de 1827). F) Administración de hospital: en manos de Síndico Mayordomo.

Los legisladores de la Nueva Granada y de la Gran Colombia, tampoco desarrollaron una política de seguridad social.

Además, la República estableció la propiedad privada en los Resguardos (como expresión del derecho a la libertad, pero desvirtuando la esencia comunal). Poco se hizo por los indígenas, hubo leyes que los catalogaron como "bárbaros" mientras no fueran "cristianados".

La verdad es que las nuevas naciones desatendieron las necesidades propias de los enfermos y de los ancianos. La carga asistencial recayó fundamentalmente en la estructura de la familia extensa, que, vino a suplir en parte las deficiencias de sociedades estamentarias caracterizada por la desigualdad social.

Adicionalmente la atención a las contingencias continuó en manos caritativas. En este propósito algunas comunidades religiosas, especialmente de monjas, que habían dejado de ser latifundistas y principiaron a sufrir como los pobres, se encargan de los hospicios, hospitales, ancianatos, asilos de pobres, que como es de suponerse tenían masiva asistencia de usuarios descendientes de indígenas, de negros, mulatos y mestizos y muy pocos blancos. Pero, al mismo tiempo principió a abrirse campo el movimiento **higienista**, primero por influencia francesa, luego norteamericana. También se le dio importancia a la **medicina tropical**.

En los inicios del siglo XX, se mantuvo la caridad cristiana como motor asistencialista y la jurisprudencia consideró (en Colombia) que las pensiones eran "gracias". Pero, ante el surgimiento de las organizaciones y partidos obreros, las políticas de estado principian a proteger a los jubilados y a los enfermos, dentro del esquema de la función social del estado.

A mediados del siglo, los norteamericanos toman la iniciativa impulsando programas asistencialistas en salud, bien sea por intermedio de la Fundación Rockefeller o dentro de los programas de la Alianza para el Progreso. A finales del siglo XX, las actividades de la seguridad social se enmarcan dentro de los lineamientos del BM y el FMI, de contenido fiscalista,

Todos estos han sido paños de agua tibia. En verdad, en la historia de nuestros países, el énfasis tanto de los norteamericanos como de las élites criollas se han orientado hacia las razones de estado que justificaron la teoría de la seguridad nacional para aplastar los movimientos de liberación, al estado de sitio para perseguir a los disidentes y rebeldes, y al pago de la deuda externa. Hacia allá van la política y los presupuestos nacionales.

En medio de este panorama, a mediados del siglo XX surgen en todos los aspectos y en muchos países, movimientos Indigenistas. Buscaron la América honda. Ese volver a la historia de los aborígenes permitió no solamente expresiones de profundo contenido social sino comprensión frente a los mitos acudiendo a las lógicas paraconsistentes, todo dentro de un contenido antropológico. Sin embargo, hay quienes critican a los indigenistas por cuanto se convierten en factor de división de los proletarios.

Posteriormente, viene un renacer organizado del movimiento indígena, aún en lo político (caso del Pachakutik en el Ecuador, el movimiento campesino en Bolivia, la insurgencia de Chiapas, la presencia parlamentaria de los indígenas en Colombia).

4. El renacimiento de la cosmovisión indígena y la asistencia social. Resultado de una investigación en la Universidad Autónoma de Colombia

Ya se indicó que es connatural a los indígenas la solidaridad. Surge entonces la inquietud: esa cosmovisión indígena puede compaginarse con un concepto de la seguridad social en el cual ésta pareciera más una mercancía que una asistencia social humanitaria?

Es un problema muy complejo.

En el caso de Colombia se ha tratado re resolver por las propias etnias, mediante la organización y movilización, colateralmente, con la ayuda de la Constitución y de sentencias de la Corte Constitucionalidad. Además, se expidió la ley 691 de 2001, que organiza el sistema de seguridad social para los indígenas (solo en salud), manteniendo a las EPS como intermediarias en la prestación del servicio, aunque se les otorga posibilidad de administración a las comunidades indígenas y un acudimiento a su medicina tradicional.

Debe agregarse que a nivel internacional también ha habido un avance en la protección a la diversidad étnica. Existe el Convenio 169 de la OIT37 sobre pueblos indígenas y tribales que tienen sus propias costumbres y tradiciones y a los cuales se les debe mantener su identidad.

Al permitirse en la Constitución de Colombia la diversidad étnica, no es difícil aceptar las formas de medicina tradicional. Sin embargo, hay modulación jurisprudencial. Por ejemplo, a nivel de salud, se ha dicho que las EPS no están obligadas a prestar la medicina alternativa, salvo que expresamente lo acepten las entidades prestadoras del servicio (T-076/99).⁴⁰ En el caso de la medicina tradicional de los indígenas lo que se protege es la diversidad étnica (T-214/97); y en sentencia C-377/94 se admitieron las actividades de los curanderos, *"de lo cual se deduce que no se rechaza la medicina alternativa que ellos proponen, luego hay que ponderar en cada caso particular la autonomía y la protección a la diversidad étnica y cultural"*.

Con fundamento en la Constitución de 1991, en Colombia, la Corte Constitucional ha proferido varias sentencias que tratan diferentes aspectos en el campo indígena, constituyendo jurisprudencia vigente al respecto. Los antropólogos cuestionan esos fallos porque, en su sentir, son hechos bajo la óptica de los "blancos"; los indígenas consideran que de todas maneras la jurisprudencia es un avance frente a lo que antes existía.

El problema va mas allá de lo jurídico. Radica, especialmente, en la privatización que se le ha dado a la atención en salud, en su mercantilización, en el menosprecio por la medicina tradicional y en el olvido en que el gobierno (no la constitución), tiene a los indígenas en general y a los ancianos en particular.

En una investigación hecha por parte de un grupo de abogados que cursan su postgrado en la Universidad Autónoma de Colombia, uno de los aspectos analizados fue el del comportamiento en materia de salud y atención al anciano en los 126 cabildos indígenas que existen el Alto, Medio y Bajo Putumayo y regiones selváticas vecinas al Ecuador y Perú. El Putumayo es una zona donde existe un agudo conflicto bélico. Los investigadores, en medio de las dificultades propias de una región en guerra, han detectado que 31.500 indígenas están en el SISBEN, hay una población flotante de 9000 aproximadamente. Sin embargo, hay muchas críticas a la privatización de la salud, al olvido de los ancianos y a una entidad: SELVA SALUD EPS, por su criterio asistencialista que deja de lado la salud espiritual y porque no le dan credibilidad al yagé que es la planta sagrada medicinal.

La investigación no se limitó al Putumayo sino que se averiguó sobre otras nacionalidades indígenas, en diferentes regiones.

Se constató, y esta es una realidad, que en el norte de Colombia, los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, KOGIS, ARHÜACOS, WIWAS, KANKUAMOS, unidos tienen una gran consistencia propia, no obstante estar sometidos al desplazamiento interno forzado o al exterminio. Se basan en la solidaridad. Dentro de sus asentamientos los enfermos son atendidos por familiares y miembros de la comunidad en las KANKUAMAS. Jamás, una persona va a estar sola en la enfermedad. Los ancianos son los 'mamos', médicos tradicionales, que extraen su conocimiento de la naturaleza. Dichas etnias tienen el propósito de tener su propia IPS (hospital), con autonomía indígena; ya tienen formada una entidad llamada DUSAKAWI, se proponen también la conformación de un jardín botánico (aunque tienen sus jardines de plantas medicinales), abogan por el intercambio de la medicina tradicional con la medicina occidental y aspiran a que el Estado remunere al anciano que es médico tradicional (es algo extraordinario porque es la conjunción de salario, pensión, solidaridad, rompiendo el esquema jurídico de las leyes nacionales).

También en el norte del país se hallan los WAYU (existen en Venezuela), son mas de 200.000, allí los ancianos no solamente son los depositarios de la sabiduría sino que son consejeros (un personaje muy interesante es el PALABRERO o amigable componedor); el curandero se llama PIACHI, es una especie de médium. Han conformado una EPS llamada ANASWAYUU.

En la parte sur del país, pero en región andina, Los Guambianos tienen gran poder político en su región, CON MUCHAS FUNCIONES PARA SUS CABILDOS, hacen parte de la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia). Dependen de los 'taitas' que además son los médicos tradicionales y buscan las medicinas en las partes frías de los

Andes. Son muy unidos tanto en su parte afectiva, como en lo relacionado con los necesitados, luego la solidaridad para ellos es connatural porque son fieles a su pueblo, inclusive se intercambian la comida como señal de gratitud y hospitalidad. Le dan gran importancia a la propiedad colectiva de la tierra y mantiene la institución de la MINGA. Poseen su propio hospital 'Mama Dominga', administrado por ellos, y allí atienden con medicina tradicional, occidental, inclusive hay partera y 'sobanderos'.

Por el contrario, en un sector del centro de Colombia, el Meta y el Guaviare a los SIKUANIS se le implantó la EPS MANESCA, y la ARS INDÍGENA TAYRONA (que no tiene nada que ver con la etnia Tayrona, sino que abusivamente los blancos se apropiaron del nombre) contra estas entidades hay gran disgusto por la deficiencia de los servicios. Sin embargo, la misma entidad MANESCA no tiene reparos en su funcionamiento dentro de los EMBERA KATIOS en otra región de Colombia.

Los TIKUNAS (hombres pintados de negro) en el Amazonas, límites con Perú, y Brasil, son aproximadamente 23.850. Su máxima autoridad es el Curaca, que proyecta su sensibilidad y espíritu. Se caracterizan por el buen trato que le dan a los enfermos (si la enfermedad es grave, lo cuidan esposa, hijos, tíos o cualquier miembro de la comunidad; si es leve pero no pueden trabajar la tierra, los destinan a cuidados menores); y lo viejos son los mas sagrados en la comunidad.

También en la región amazónica están los HUITOTOS, el médico es el curandero que debe prepararse física, espiritual y psicológicamente para ello, las medicinas tradicionales se extraen de hojas, raíces, tabaco, ají negro caliente. La administración de la medicina es por vía oral o por humo, acompañada de oraciones.

De la amplia investigación hecha por los alumnos de la Universidad Autónoma de Colombia, surgen algunas conclusiones que se puede resumir así:

a. El diagnóstico que los médicos tradicionales hacen no responde al principio de causalidad sino **de correspondencia** (los distintos campos de la realidad se corresponden de una manera armoniosa). De ahí que la lectura de la hoja de coca sea un 'chakana' ritual que permite conocer la enfermedad.

b. La medicina es social, simbólica y ritual porque la vida, es relacional. Salud y enfermedad tienen que ver con lo colectivo y con la necesidad de restablecer el equilibrio. No existe la indiferencia porque por naturaleza son solidarios (si alguien enferma se hace, por ejemplo, un llamado por 'cachos' para que la comunidad acuda). Por eso es que dentro de sus comunidades ningún indígena mendiga. NO ES POSIBLE NO AYUDAR.

c. La medicina tradicional está en cualquier lugar de la naturaleza (plantas, piedras). Lo importante es que sea empleada por los sabios, los viejos, los ruarnos, los taitas, o como se denominen aquellas personas que pueden adquirir el poder curativo o 'conjuros' después de un largo y previo proceso de aprendizaje (desde el vientre de la madre, luego en años de estudios, de ayunos, de ceremonias, de experiencias, de transmisión de conocimientos de generación en generación). De ahí la gran importancia de los 'Consejos de ancianos'.

d. Existen enfermedades típicamente andinas como el susto, la pérdida de ánimo, y, entonces, el ritual curativo consiste en unir nuevamente el ánimo con la persona asustada.

e. Las plantas medicinales nacen por naturaleza. Los indígenas son expertos en su conocimiento tanto las de los páramos como las del bosque tropical (ojalá el ALCA no sirva como disculpa para robarles sus conocimientos). La medicina con base en ellas no solo es curativa, sino comportamiento, identidad, armonía, rito.

f. El yagé es considerado en algunas etnias y especialmente en el pueblo INGA como planta sagrada. Es un bejuco fuente de poder y de sabiduría y es empleado en las 'sanaciones'. El mito del yagé se explica mas o menos así: la tierra estaba a oscuras, aunque ya estaba poblada por los humanos, pero ellos carecían de inteligencia, cuando las mujeres probaron el yagé les vino la menstruación, cuando lo probaron los hombres vieron como un pedazo del bejuco trepó hacia el cielo, penetró una inmensa flor de 'borrachero' que al ser fecundada se transformó en el sol, de allí bajaron los hombres del sol, tocando melodías distintas y cada una de ellas se transformó en un color diferente, y cuando el mundo estuvo iluminado, colores y música hicieron brotar el entendimiento de los hombres, creándose la inteligencia y el lenguaje. Actualmente, las 'sanaciones' con yagé son rituales masivos que duran toda una noche, bajo la dirección de los "taitas". Estos rituales para el hombre blanco pueden ser objeto de rechazo.

g. Los ancianos tienen un valor agregado: el de la sabiduría. La mejor escuela es el conocimiento de generación en generación. El indígena no esconde su cultura.

h. Lo que se aprecia en todas las regiones indígenas es la falta de compromiso del Estado, en los aspectos de la seguridad social.

i. Lo que normalmente está aconteciendo es que la medicina preventiva le corresponde al médico tradicional, es decir que primero se acude a la medicina tradicional y luego a la occidental, si es necesario. De ahí que en Colombia las etnias mas organizadas ya tienen su propia EPS (en la cual no hay los copagos que existen en otras EPS). En JAIvana hay 20 médicos tradicionales. Respecto de la droga que no entrega la EPS, la comunidad se reúne y la compra. La gran dificultad está en ir a los cascos urbanos a buscar la medicina occidental (especialmente si los ríos o las carreteras están en 'manos privadas' o sea actores del conflicto bélico) y en recibir los tratamientos fuera de la comunidad, por eso las organizaciones indígenas tienen sus HOGARES DE PASO en las ciudades para alojar allí al paciente y sus familiares. Para los indígenas las distancias agravan las enfermedades. Y este es apenas uno de los tantos inconvenientes que deben sortear, el principal es el de sobrevivir en una situación violenta como es la de Colombia.

5. La reciprocidad en la cosmovisión indígena como aporte al principio de solidaridad

En la filosofía contemporánea, la pluralidad de lógicas es incuestionable. Se habla incluso de lógicas regionales. Por consiguiente es válido plantear una lógica andina, como aquel ideal regulativo del indígena y su ordenamiento en el pensar. Esa lógica especial tiene sus "principios lógicos", son: la relacionalidad, la correspondencia, la complementariedad y la reciprocidad. Para esta ponencia importa la reciprocidad porque es el equivalente a la solidaridad.

Reciprocidad significa que a cada acto corresponde como contribución complementaria un acto recíproco. Lo interesante es que los indígenas la consideran como una categoría cósmica y no económica. Se extiende a todos los campos de la necesidad vital (trabajo, familia, restitución, protección ecológica y, por supuesto, salud y ancianidad).

La reciprocidad no es regalo, ni, 'gracia', ni dádiva. Dice Josef Estermann:

"El principio de reciprocidad, igual que los demás principios lógicos andinos, tiene su vigencia en todos los campos de la vida. Cabe destacar las múltiples formas de reciprocidad económica de trabajo e intercambio comercial, familiar, de (com) parentesco y ayuda mutua, ecológica, de restitución recíproca a la Pachamama y los apus, ética de un comportamiento de conformidad con el orden cósmico y religioso de la interrelación recíproca entre lo divino y lo humano".

Es decir, que no puede existir una reciprocidad segmentada. Por eso, trasladando el concepto a la actualidad, no tiene sentido considerar que la solidaridad es para lograr únicamente el equilibrio financiero, porque esta visión es egoísta, miope y afecta la dignidad humana.

La solidaridad debe ascender al concepto o principio de reciprocidad, para lograr la armonía. En otras palabras, superar la eticidad como un asunto limitado a cada uno de nosotros y, por el contrario, concebirla como un deber que refleja el orden universal, del cual el hombre hace parte.

La solidaridad convertida en reciprocidad, sería un gran aporte de la cosmovisión indígena a la teoría de la seguridad social, con profundas repercusiones en la teoría del Estado.

El tantas veces citado Estermann trae esta comparación que sobrepasa la sociedad indígena:

"La relación entre padres e hijos se fundamenta en una reciprocidad a largo plazo. La contribución de los padres en forma de la crianza, educación y formación de sus hijos, será 'devuelta' enferma recíproca, una vez que los hijos ya tendrán ingresos y podrán sostener a sus padres en la vejez. Este deber mutuo asegura la vida de los miembros débiles, tanto de los hijos como de los ancianos; sin este compromiso, no podrían sobrevivir. La reciprocidad intergeneracional es una forma de 'seguro social' que garantiza seguridad en los casos de enfermedad, vejez, invalidez. Este sistema de ayuda recíproca entre las generaciones se realiza normalmente dentro del marco de la familia extensa que incluye al menos tres generaciones, pero también a veces tíos y tías, primos y primas".

La familia extensa, en Europa, fue superada por la familia nuclear, pero esto no ha ocurrido en la mayor parte de las clases sociales en la región andina, entre otras razones por la raigambre indígena y por el problema del desempleo. Solamente la clase media y la burguesía hay estructuraron una familia nuclear, que entre otras cosas ha entrado en crisis estructural. De manera que la reciprocidad para la mayor parte de los habitantes se convierte en una necesidad impostergable.

IV. EL PENSAMIENTO HUMANISTA LATINOAMERICANO

El pensamiento latinoamericano tiene sus propias características:

- a) Una racionalidad indígena que discrepa de la filosofía occidental;
- b) Una manipulación de la razón que se dio en los albores de las repúblicas;
- c) Una fuerte corriente positivista dentro de las élites intelectuales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX;
- d) La influencia marxista y también de la filosofía burguesa tardía durante casi todo el siglo XX;
- e) Paralelamente, en la clase dominante, las razones de estado durante la guerra fría;
- f) Ahora se trata de imponer un pensamiento postmodernista para darle sustento teórico al neoliberalismo y a comportamientos hedonistas de las élites.

1. Hubo una época en que sí tenía importancia la razón y la verdad

La búsqueda de la verdad en la iniciación de la Edad Moderna apeló a la razón para alejarse de las medievales corrientes teocráticas.

La razón tiene sentido en cuanto logre la identidad del sujeto con el objeto. Pero hoy vivimos en un mundo pragmático en el cual se preferencia la validez sobre la verdad, en unos momentos históricos en los cuales la intolerancia y la violencia están en el orden del día y dentro de una sociedad de mercado que induce a defender el sistema y no a defender el derecho. Por eso se soslayan el orden justo y la verdad, en un escenario en el cual todos los actores económicos, políticos, violentos o no violentos, invocan su razón para salir adelante con sus propósitos, no siempre claros.

Se confunde la razón con el razonamiento individual hecho por quienes son factores de poder y, entonces, la razón ya no es la identificación entre el sujeto y el objeto, sino entre el sujeto con poderío y sus particulares intereses. Aquí ya no existe la racionalidad sino todo lo contrario, la irracionalidad, con el maniqueísmo propio de quien solo está interesado en sacar adelante sus propósitos, sanos o insanos, que en ocasiones se expresan violentamente en una sociedad injusta y contradictoria y para colmo de males mediática.

La ponencia sostendrá que la América profunda ha estado por encima de todos estos vaivenes y es en su esencia humanista.

2. El pensamiento indígena

Ya se habló de la reciprocidad propia de la cosmovisión indígena. Hay muchos aspectos más, que diferencian el pensamiento indígena del pensamiento occidental.

Hay que recordar que dentro de la ideología burguesa el individualismo es determinante, pese a que Copérnico desalojó al hombre del centro del universo, Darwin lo desmitificó y Freud consideró que el hombre ya no es amo en su propia casa. Por el contrario, en la cosmovisión indígena, la representación gráfica del universo se visualiza en el dibujo **cosmológico o cosmogónico**, descrito para los blancos por Pachacuti Yamquí en 1613. Ese dibujo tiene forma de casa, la cual corresponde a la manera de ser de los indígenas, en cuanto todos pertenecen a una misma familia bajo un mismo techo. Este si es un

comportamiento humano, propio de la antropología andina, que además, respeta y se integra a la naturaleza.

Si el pensamiento indígena existe y ha perdurado, por qué solamente se acepta la racionalidad eurocentrista?

3. Manipulación de la razón

Numerosos episodios de nuestra historia demuestran las paradojas al rededor de un concepto de razón, proveniente de los griegos y del aurocentrisino. Por esas paradojas es curioso examinar las estrategias que el "establecimiento" ha empleado para que se maneje la razón dentro de un unanimismo que generalmente conduce a posiciones totalitarias. Vale la pena recordar algunos episodios antiguos:

a. Antes de la independencia se instauró en las cátedras de jurisprudencia un derecho natural racional, porque era la novedad en la nueva sociedad de aquél entonces. Pero una orden real de Carlos IV dispuso su supresión en 1794. Cuando después de la Independencia se revivió su enseñanza, se expurgó y se desnaturalizó el derecho natural racionalista propio de las revoluciones burguesas y se lo reemplazó por algo que estaba cerca de la teología moral. Es este un ejemplo de manipulación de la razón.

b. Al finalizar la época colonial, a mediados de la década de 1780, se impuso un derecho público de orientación ilustrada, pero luego de la revolución francesa vino el temor de que los americanos se tomaran en serio la racionalidad y una nueva estructura del Estado y por orden de la Corona en 1794 se suprimieron las cátedras de derecho público y se asoció la Ilustración con el regicidio, el ateísmo y el republicanismismo que en aquel entonces era estigmatizado.

c. Las reformas borbónicas permitieron el método científico experimental, expresión concreta de la razón al servicio de la verdad. Pues bien, en la Nueva Granada, precisamente la Expedición Botánica fue la cantera del pensamiento independentista, pero los mismos próceres, en la Constitución de Cundinamarca de 1812, por artículo constitucional # 10 del Título correspondiente a la educación, suspendieron las funciones de la Expedición.

d. Los juristas que fueron artífices de nuestra emancipación política, que contribuyeron a la creación del Estado nacional, pronto quedaron sometidos a lo que habían creado, ello los llevó a ser sumisos al texto jurídico y tendrían que convertirse en huestes de estado.

e. En los albores de la República la educación fue organizada conforme a un nuevo modelo de racionalidad; el 3 de octubre de 1826 se expidió un avanzado Plan de Estudios, la Constitución era texto básico aún en las escuelas, en 1821 se editó el Catecismo político constitucional de José María Grau, se seguía a Jeremías Bentham, se aceptaban los planteamientos desarrollados por Tracy en los "Elementos de ideología"; pero luego se consideró a Tracy inmoral hasta prohibirse en 1843, el propio Bolívar en 1828 ordenó que no se consultaran los libros de Bentham, y las Constituciones se convirtieron en botín de los caudillos en el siglo XIX.

f. Quienes propiciaron la tendencia racionalista del Código Civil Napoleónico, van a tener un pensamiento seglar fundado en la razón, van a defender a ultranza las libertades y el

igualitarismo. Pero esas orientaciones van a ser derrotadas en el Estado clerical, centralista, autoritario, premoderno, y la coherencia interna del Código Civil, fue superada por su lectura exegética.

4. La solidaridad de los positivistas

Varias generaciones de latinoamericanos, y, por supuesto, de la intelectualidad de las sociedades andinas, se nutrieron (al menos en sus primeros años de formación) durante el siglo XIX y principios del XX de la filosofía positivista. No obstante ello, no sería correcto resucitar el solidarismo preconizado por Augusto Comte hace más de un siglo.

El positivismo trató de elaborar una reforma a la sociedad para sacarla del caos político y mental en que, según Comte, se hallaba a consecuencia de la revolución francesa. Por eso su sociología es reaccionaria. Para Comte, los capitalistas son los depositarios de los capitales sociales y por consiguiente considera deber incuestionable de los obreros someterse en todo a los empresarios. Comte concebía a la sociedad como un organismo social, análogo al organismo biológico, por consiguiente existe la solidaridad entre las partes componentes.

Dentro de este contexto, la solidaridad en la seguridad social apuntaría hacia el equilibrio financiero de los organismos gestores a fin de cubrir las prestaciones asistenciales y económicas.

Se puede ir mas allá y repensar nuestra América Latina profunda y no en la superficial, entre otras cosas porque los principales pensadores americanos que estuvieron en el positivismo pronto se rebelaron contra él.

5. Se está otra vez ante una manipulación de la razón?

Durante el siglo XX fue manifiesta la influencia de las corrientes marxistas, tanto del marxismo débil como del marxismo duro; y también tuvieron mucha presencia las corrientes filosóficas intuicionista, pesimista, existencialista, entre otras.

El agravamiento de la violencia en nuestros pueblos, el imperio de la guerra fría que guardó en la nevera el respeto a los derechos humanos, las dictaduras militares, el explosivo crecimiento de las desigualdades sociales en los países subdesarrollados, la dependencia económica, política e ideológica respecto de la metrópoli, el afán desmedido de muchas personas que buscan el enriquecimiento rápido, por cualquier vía, afectando todos los valores éticos de la sociedad, en vez de ser antivalores para superar de inmediato, se convirtieron y se han convertido en puntos de apoyo para reprimir a Quienes protesten o formulen reclamos y a esto se lo ha llamado "razones de Estado".

En la actualidad se quiere identificar la suprema razón con el modelo globalizador. Es el filósofo Habermas quien, al referirse al siglo XX, dice que ese siglo *"como ningún otro nos ha ilustrado sobre el terror de la sinrazón existente, han quedado destruidos los últimos residuos de confianza esencialmente en la razón"*. Esta crítica plantea muchos interrogantes respecto a la justificación racional de la teoría liberal del derecho y el estado. Para Hobsbawm, el siglo XX ha sido el más violento en la historia de la humanidad porque la conjunción de la razón y el poder ha llevado a guerras locales,

internacionales y mundiales. Sea cual fuere el criterio, la razón es el referente, bien sea porque se pisotea, tergiversa o se idolatra.

El cuestionamiento al mal manejo de la razón, se le puede hacer en primer lugar a quienes tienen el poder militar o el poder económico o el poder político, y en grado menor al poder judicial, ya que éste solo tiene la fuerza de la ley, no tiene fuerza militar, ni política ni económica y por eso en sus decisiones difícilmente se identifican la razón con el poder. En segundo lugar, el desprecio por la razón se debe a algunas corrientes postmodernistas, especialmente a aquellas que sustentan las conductas de esos turistas de las culturas llamados los 'yuppies' convertidos en gurús del capitalismo postmoderno. *"El postmodernismo es un movimiento surgido de entre la clase media y alta de la sociedad industrializada y rica del hemisferio norte, un fenómeno típico de los yuppies (young urban professionals), los dinks (double meóme, ni Kids), en fin: de la nueva generación hedonista de la parte rica de la tierra"*. Dentro de ese sector adinerado hay quienes han llegado al extremo de odiar a los desposeídos, a los ancianos, a los enfermos, los tratan como, desechables, y esto explica en parte la frialdad en las políticas contra la seguridad social del Estado de Bienestar.

Pues bien, con la caída del Muro de Berlín se puso fin a la guerra fría, el tema de los derechos humanos readquirió preeminencia (hasta el 11 de septiembre), se pensó que la democracia y la paz son alcanzables como un ejercicio de la racionalidad, se suponía que el Estado de Bienestar sería el referente en la práctica, pero la verdad es que se ha querido imponer un sociedad deshumanizada, idólatra de las burbujas del mercado accionario, manipulada por una hegemonía global, que ha descarrilado todos los conceptos éticos y aspira ejercer una captura regulatoria sobre cualquier expresión de justicia humanista.

Para eso acude a la irracionalidad propia de algunas escuelas postmodernas. O, con cierta profundidad, en el ámbito jurídico a las teorías de la argumentación y de la ponderación, que, en principio, no se puede negar, son dos teorías avanzadas. Pero, cuando son impulsadas por el Banco Mundial en las inducciones que se le hacen a los jueces, se tornan sospechosas.

Por qué se considera que algo tan importante como es la argumentación y la ponderación, pierden consistencia?

Surgen en la práctica inconvenientes respecto de la teoría de la argumentación: entre el empleo de los argumentos y la idealización de los "argumentos fuertes". Por supuesto que la argumentación es indispensable. Pero hay quienes van más allá y sostienen que la argumentación jurídica tiene el carácter de un discurso en donde los mejores argumentos deben ser los aceptados por el juez. Se trata de un discurso abierto y racional que se autoproclama imparcial o neutro, que entre otras cosas es la manera más elegante de sacarle el cuerpo a los problemas sociales de un país. La legitimidad de los fallos judiciales deja de apuntar al orden Justo y se dirige hacia el reconocimiento de los "argumentos fuertes" y su degradación las "bellas sentencias". Pero resulta que en primer lugar no hay raciocinios neutros (lo del derecho neutro fue una ficción del derecho natural que se manejó por las revoluciones burguesas); en segundo lugar los llamados argumentos fuertes no siempre son los mas equitativos porque la abstracción puede afectar situaciones concretas que se consideran justas; y en tercer lugar, porque quienes califican si los argumentos son fuertes o no, son las mismas personas que detentan el

poder; especialmente mediante los medios de difusión, y son ellos quienes dicen si el discurso es racional, poniendo como punto de referencia hoy en día la argumentación académica de los economistas neoclásicos y su defensa del mercado y del individualismo.

Por otro aspecto, aparece también la contradicción respecto de la teoría de la ponderación: por un lado, está algo positivo: la optimización de todos los derechos como lo hizo la Corte Constitucional colombiana especialmente en 1999 (derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos prestacionales); pero, en el otro extremo, existen teóricos que proponen: optimizar los derechos de libertad y aminorar los derechos sociales. Esta manera desequilibrada de ponderar es un jaque al Estado de Bienestar. Es, en la política de la post-guerra de Irak, el enfrentamiento entre la Vieja Europa (que respeta la seguridad social) y el Nueva Europa que quiere disminuirla cuando no privatizarla.

Lo ideal es que el mandato de optimización con fundamento especialmente en la dignidad humana, sea tanto para los derechos de libertad como para los derechos sociales. Es esta forma de ver la ponderación el gran desafío para un modelo de estado en una época de transición como la que actualmente vive la humanidad e implica un enfrentamiento radical contra el modelo neoliberal.

6. Qué hacer frente a lo anterior?

El aporte Latinoamericano no se agota con la cosmovisión indígena. El filósofo cubano Pablo Guadarrama González, al estudiar la filosofía en América Latina resalta el humanismo de nuestros pensadores.

La reflexión filosófica de nuestra región se ha inclinado porque es el hombre y no las fuerzas ciegas quienes fijan el ciclo vital. De ahí que José Enrique Rodó, José Vasconcelos, Pedro Henríquez, Enrique José Harón, Carlos Vaz Ferreira, se nutrieron en el positivismo (que fue una filosofía que tuvo significación en Latinoamérica porque permitió superar los rezagos de la escolástica), pero terminaron abjurando de los planteamientos de las iglesias positivistas compeanas y se comprometieron con una marcada tendencia humanista. Otros como Juan Montalvo se percató de las limitaciones del liberalismo y se inclinó por los elementos humanistas de la teoría socialista. José Carlos Mariátegui busca la dimensión concreta de lo humano y la potencialidad de la cultura indígena. Todos ellos pertenecen a Hispanoamérica y por eso promodaron un humanismo práctico, vital, liberador, respetuoso de la dignidad humana. Tenían tales pensadores, en frase de Pablo Guadarrama: *"confianza en la posibilidad de un progresivo y solidario mejoramiento de la condición humana"*.

El humanismo práctico de José Martí se proyecta en la filosofía de la liberación y en ese humanismo sui-generis del pensamiento marxista en Iberoamérica, que solamente podrá revivir en un socialismo con rostro humano.

Al hacer un balance de la filosofía en nuestros países, Guadarrama concluye: *"En el desarrollo de la filosofía latinoamericana se ha producido una permanente lucha de las ideas humanistas y desalienadoras que a la larga se han impuesto contra las distintas formas de conservadurismo y alienación. La mejor tradición del pensamiento latinoamericano y las ideas que mas han trascendido se distinguen por el carácter emancipador y por la función social progresista que han desempeñado"*

Ese humanismo que nos es propio es lo más alejado de la sociedad de mercado. Bien vale rescatarlo para que contribuya teórica y prácticamente a un verdadero concepto de la seguridad social.

V. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO FUNDANTE

1. De las consignas del Estado liberal a la generalización de los derechos de libertad e igualdad

El Estado de Derecho planteó como consigna el reconocimiento de la libertad y de la igualdad.

Las revoluciones burguesas triunfaron pero esos derechos no se concretaron plenamente. Es muy interesante recordar que en 1832 Alexis de Tocqueville dijo lo siguiente: *"muchas gentes en Francia consideran la igualdad de las condiciones como un primer mal y la libertad política como un segundo mal cuando se ven obligados a sufrir uno de ellos se esfuerzan al menos por escapar al otro"*. El apareamiento del proletariado, de los Trade-Unionistas y de los partidos socialistas van a obligar a la burguesía triunfante a preferenciar los derechos de libertad mientras que por el otro lado, los seguidores del socialismo se van a inclinar por los derechos de igualdad. En ese enfrentamiento los seguidores de la libertad consideran la igualdad real como algo inalcanzable, mientras que quienes abogan por una igualdad especialmente dentro de los derechos sociales, encuentran escollos en los derechos de libertad porque ésta incluye la libertad económica. Eso va a explicar una gran cantidad de confrontaciones que existieron no solamente en el siglo XIX, sino también en el siglo XX.

De todas maneras el Estado Liberal admitió una visión de igualdad, aquella que identifica la igualdad con la democracia representativa a través del voto (algo propio del republicanismo norteamericano) o la formal equivalente a la presunción de que todos somos iguales ante la ley. Por eso, Carlos Marx decía que el derecho burgués se edificaba sobre la desigualdad (Crítica al Programa de Gota). Habermas profundizó sobre el tema:

"La discusión entre libertad e igualdad es proseguida a un nivel distinto en la disputa entre socialismo y liberalismo. También esta dialéctica la vemos prefigurada en la Revolución francesa cuando Marat se vuelve contra el formalismo de las leyes y habla de 'tiranía legal', cuando Jacques Roux se queja de que la igualdad de las leyes se dirija contra los pobres y cuando Babeuf critica la institucionalización de iguales libertades en nombre de una satisfacción igual de las necesidades de cada uno".

Es indudable que el Código Napoleónico permitió desigualdades sociales de otro tipo, permitiendo una conexión entre estructura de clases y sistema jurídico, que significa la desigualdad material de derechos, aunque formalmente todos somos iguales.

Ha perdido vigencia esa confrontación radical de igualdad vs. Libertad porque se desdibujó la polarización capitalismo vs. comunismo. Pero continúa estando en el orden del día la cuestión social, debido al aumento de las desigualdades no solo entre personas sino entre países. De ahí que el sociólogo y director de la Escuela de Altos Estudios de París, Alain Touraine, exprese: *"El futuro de la democracia depende de la capacidad de los parlamentos y los gobiernos de responder a estas demandas "*, pero el mismo anota que *"lo que vemos constituirse es un nuevo sistema político compuesto sobre todo por jueces y por asociaciones sociales, culturales y políticas que forman lo que denominamos la sociedad civil"*.

En todo caso, la diferencia entre Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, en el ámbito de los derechos, se puede resumir así: el Estado de Derecho habla de los Derechos de libertad y de igualdad, mientras que el Estado Social de Derecho no solo habla de la igualdad y la libertad, sino también de los derechos sociales, económicos y culturales. Aunque ambos modelos hacen parte del sistema capitalista, en el Estado Social de Derecho una denominación nueva surge: la de los derechos fundamentales. Hay quienes identifican los derechos fundamentales con los derechos de libertad (Schmitt decía: *"los derechos fundamentales en sentido propio son esencialmente derechos del hombre individualmente libre"*).

La universalización de los derechos, especialmente después de la segunda guerra mundial puso sobre el tapete la importancia de los mal denominados derechos de segunda generación, o sea, los derechos sociales, económicos y culturales.

Hay que agregar que después de la segunda guerra mundial, la defensa de los derechos humanos va a ser muy importante. Desafortunadamente vino la guerra fría y el tema de los derechos humanos entra en la nevera. Caído el muro de Berlín, finalizada la guerra fría, se pone nuevamente sobre el tapete la temática de los derechos humanos y nuestras nuevas constituciones precisamente surgen dentro de ese clima.

Para comprender mejor el salto del constitucionalismo clásico al constitucionalismo antropocéntrico, ocurrido especialmente en la postguerra, debe precisarse lo siguiente:

2. El pacto social del Estado de Derecho es diferente al pacto social en el Estado Social de Derecho

El profesor Fernando Valdés dal Re, en su informe presentado en el XVII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, efectuado en Montevideo en septiembre de 2003, explica que en el constitucionalismo tradicional, en el siglo XIX y principios del siglo XX, el pacto social se entendía bajo dos visiones:

a. **La versión Norteamericana**, según la cual el pacto social es la expresión de la voluntad de los individuos de limitar los poderes políticos con fines de garantizar la propiedad y la libertad. La tergiversación al conjugar la libertad económica con la idolatría al derecho de propiedad dio como resultado la preferencia del "laissez faire", como se vio en la jurisprudencia norteamericana entre los años 1892 a 1937. Esta actitud significó un freno a la política del presidente Roosevelt, en cuanto el Tribunal Supremo declaraba inconstitucionales las medidas del "New Deal", Jurisprudencia que fue radicalmente modificada en 1937, con sentencias de contenido social, durante la era catalogada como la "Revolución constitucional Ltda, impulsada por los jueces Cardozo y Holmes.

b. **La versión Europea** del pacto social, consistente en la afirmación de la soberanía nacional, en la cual el contenido normativo constitucional no pasa de ser un simple enunciado programático, desprovisto de fuerza jurídicamente vinculante, salvo que fuere desarrollado por la ley.

c. **Al establecerse el Estado Social de Derecho**, especialmente después de la segunda guerra mundial, dentro del esquema capitalista se superó el modelo del Estado Liberal, se adoptó el Estado de Bienestar (que ya se expresaba en la política norteamericana del

New Deale) y por consiguiente la visión del pacto social se modificó. El ingreso de los derechos sociales, económicos y culturales al texto constitucional, la constitucionalización del derecho laboral (tanto el colectivo como el individual), el objetivo del Estado de lograr una mejor calidad de vida para los asociados, y la consagración de derechos, principios y garantías constitucionales, fueron factores que superaron el esquema planteado hace más de dos siglos por las revoluciones burguesas. En el Estado Social de Derecho ya no solo existen los derechos de libertad y de igualdad ante la ley, sino que tienen cabida la igualdad sustancial y la justicia social. La nueva versión del pacto social se refleja en unos derechos fundamentales que han homologado como tales a los derechos sociales. Alonso Olea habla de la "versión laboral de los derechos fundamentales". Valdés dal Re dice:

"En buena medida, la constitucionalización de los derechos laborales ha facilitado históricamente el tránsito de una noción monista de derechos fundamentales (derechos de libertad) a otra dualista (derechos de libertad y derechos de prestación), en la que terminará normalizándose una subcategoría de derechos fundamentales, los derechos sociales, constitutivos del núcleo del Estado Social y Democrático de Derecho). O expresada la misma idea en otras palabras, la configuración por parte del constitucionalismo moderno de unos derechos laborales como derechos fundamentales ha contribuido al cambio de modelo de Estado; esto es, a la transformación de las relaciones entre Estado y Sociedad y de la función tipificadora de esas relaciones asignada a las constituciones. Estas ya no son solo un pacto para la limitación del ejercicio del poder político; también son, en nada desdeñable, un pacto para la predeterminación de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos".

La presencia de los derechos sociales (entre ellos la seguridad social) en las constituciones caracteriza al Estado moderno. Lo básico es que esos derechos se garanticen y para ello es necesario reconocer que son derechos fundamentales.

3. La tendencia apunta a que los derechos sociales y dentro de ellos la seguridad social son derechos fundamentales

Cuando Norberto Bobbio dice que nuestra época es "*el tiempo de los derechos*", se refiere especialmente al reclamo por los derechos fundamentales. Derechos que los individuos le exigen a la sociedad y por supuesto a sus jueces y autoridades. Derechos que han sido construidos por acumulados históricos, en ocasiones promovidos democráticamente.

El deber del Estado no es solamente reconocer en el texto constitucional los derechos a la seguridad social. También es su misión homologarlos como derechos fundamentales porque el listado de tales derechos no está cerrado y porque existen elementos teóricos que permiten calificar cuándo un derecho constitucional adquiere jusfundamentalidad.

En todo caso, el papel del Estado implica abogar por la eficacia pluridimensional de los derechos fundamentales.

El juez debe protegerlos, entendiendo que la jurisdicción es ejercicio de poder que se legitima al garantizarse los derechos fundamentales. La legitimidad de las decisiones judiciales depende precisamente de la efectividad de los derechos fundamentales, en el

"tiempo de los derechos" como dice Bobbio. La legitimidad no depende, como lo afirman algunos seguidores del "nuevo derecho", de la fortaleza de la argumentación. Argumentar es indispensable pero históricamente no legitima.

El poder del juez democrático debe detener el avance de los factores de poder económicos y políticos cuando éstos afectan las libertades públicas, los derechos individuales, los derechos colectivos y sociales, sólo así se evitan las desigualdades, solo así se garantiza una mejor calidad de vida.

En este nuevo contexto la acción de amparo viene a ser el cauce procesal adecuado para proteger los derechos fundamentales de las personas y por ende de los sujetos de la seguridad social.

La antigua visión monista de los derechos fundamentales (identificándolos solo con los derechos de libertad) ha sido superada porque se ha repensado la teoría y hoy la visión dualista está en el centro del debate.

4. Definición lógica y elementos estructurales de los derechos fundamentales

La fuerza expansiva de los derechos fundamentales ha conducido al reconocimiento de los derechos sociales, de ahí que los trabajadores tenemos derechos fundamentales en nuestra condición de asalariados y por supuesto la seguridad social adquiere carácter jusfundamental.

Esta situación significa un replanteamiento frente a quienes sostienen que los derechos a la seguridad social no son fundamentales porque hacen parte de los llamados "derechos de segunda generación".

Luigi Ferrajoli es quien ha elaborado la definición mas precisa de los derechos fundamentales. Según él, son "aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar".

De esta definición se ha extraído la idea de que los derechos fundamentales son únicamente los inherentes a la persona, y, hay quienes coligen: son los derechos humanos y los derechos civiles. El telón de fondo de esta caracterización jurisprudencial es el jusnaturalismo.

Sin embargo, si se continúa leyendo a Ferrajolí, resulta que él califica como "derecho subjetivo" a cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto. De ahí que Alexy hable de derechos a algo (status positivo de la teoría constitucional moderna). Dentro de la visión de Ferrajoli, tres son los rasgos de un derecho fundamental:

- a) Universalidad, en el sentido deóntico;
- b) Indisponibilidad, de lo cual se desprende que son inalienables, irrenunciables, no pueden ser expropiados;
- c) Su estatuto está en reglas generales y abstractas. En esta nueva dimensión, el catálogo de los derechos fundamentales se halla en los textos constitucionales y en las Declaraciones Universales.

Los derechos de la seguridad social se enmarcan dentro de estos tres rasgos. En conclusión, la visión dualista de los derechos fundamentales, es acorde con el Estado Social de Derecho y evita lecturas neoliberales.

Los neoliberales sostienen que los derechos nacen, se desarrollan y mueren. El propósito de esta figura biológica es acabar con el derecho laboral (convirtiendo la relación laboral en objetivo del derecho comercial o de contratos atípicos o de los códigos de conductas de las transnacionales). Otro símil biológico es el de los derechos de primera y segunda y tercera generación, que tanto agrada a algunos teóricos españoles del derecho. Estas caracterizaciones tienen explicación metodológica pero no humanista.

Por otro aspecto, la deslaboralización de la seguridad social, consecuencia lógica del Estado Social de Derecho, implica el fortalecimiento de la seguridad social.

En efecto, repitiendo algunas ideas expresadas en esta ponencia; El Estado Social de Derecho es "la cara humana" del capitalismo. Fue, en cierta forma, una estrategia para

evitar que las "masas" se inclinaran hacia el comunismo y socialismo. Así lo vio Bismarck y ello está también dentro del modelo de Beveridge, en el tema específico de la seguridad social.

Pues bien, la seguridad social en su primera etapa, se resguardaba en normas legales laborales.

Para entender lo anterior, hay que tener en cuenta que el modelo del estado liberal es producto de las revoluciones burguesas, pero la consolidación del capitalismo solo se logra después del triunfo de aquellas. Luego de consolidado el capital industrial, surgen diversos actores sociales (especialmente el proletariado), de ahí que inicialmente hay oposición entre los derechos sociales y las legislaciones individualistas (p.ej. la ley Chapellier). Pero, esa contradicción con los sectores excluidos del sistema liberal, a mediano plazo obliga a reconocimientos mínimos, dentro de la legislación laboral, basadas más en la caridad que en la igualdad social.

Posteriormente se constitucionalizan los derechos sociales, pero esto, inicialmente, no pasa de ser cláusulas de compromiso, "derechos programáticos", dentro de experiencias reformistas como la Constitución de Weimar y la Constitución de la República Española en 1931. Fachadas brillantes que naufragan.

Después de la segunda guerra mundial, el constitucionalismo defiende los derechos humanos, destina de los presupuestos una suma respetable para la seguridad social y los derechos sociales constitucionales se convierten en derechos a algo, reclamables ante los jueces, es decir, derechos subjetivos.

Lo que plantea últimamente el Estado Social Constitucional Democrático son las garantías políticas constitucionales para tales derechos.

Se considera a la Constitución como un instrumento de autocontención política, económica y ecológica. Se contemplan en normas diferentes lo laboral y la seguridad social porque esta última va a tener como principios: la universalidad, la eficiencia y la solidaridad. Para ello es indispensable que existan garantías constitucionales para los derechos sociales. Esto impone, además, en el tema de la seguridad social:

- a) Obligación negativa de no regresividad;
- b) Obligación positiva de progresividad; ejemplo concreto: lo establecido en el protocolo de San Salvador
- c) Protección especial a quienes están en situación de subordinación o indefensión;
- d) Transparencia en el manejo de los recursos públicos.

En este espacio es indispensable la tutela de los derechos sociales.

Debe existir un triple nivel de garantías constitucionales:

- a. políticas,
- b. jurisdiccionales
- c. ciudadanas.

La presencia de garantías jurisdiccionales, implica fortalecer el derecho material. La manera obvia de lograrlo es adoptar la visión dualista y caracterizar a la seguridad social como derecho fundamental, sin discusión alguna.