

**CONGRESO DE INVESTIGACIÓN DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**DERECHO Y EFICIENCIA ECONÓMICA  
(8 de octubre de 2010)**

**Fernando Castillo Cadena\***

Buenos días. Antes de exponer el tema, no veo cómo el derecho explique, o mejor, cómo potencialmente pueda explicar porqué el derecho no se aplica. El análisis económico provee una herramienta útil y bastante sencilla para lograr diseñar políticas públicas que son deseables para la sociedad en su conjunto. Sólo hasta que se logra el dominio de la herramienta se entiende su funcionalidad y es por ello, que se está divulgando de manera rápida en todos los países de derecho continental. Veo una contradicción casi en todo lo que dice Diego López Medina, pero dónde más es cuando señala “la economía funciona” pero en buena parte de su exposición la ataca. Entiendo su argumento de que la eficiencia no debiera trascender la justicia, o que la eficiencia no puede ser el único valor de la justicia; (parece que se quedó en los 70) pero de ahí en adelante descalificar o negar el potencial del Análisis Económico simplemente es ignorar lo que hace este enfoque científico y todo su potencial.

Pensé que ya no era necesario llamar la atención en éste foro sobre la necesidad de realizar trabajo interdisciplinario al momento de la formulación de las normas jurídicas que han de regir a la sociedad, como tampoco sobre la necesidad evidente de incurrir en costos para determinar cuál es el efecto de estas normas al momento de su aplicación; o cuáles son las razones por las cuales la sociedad las evade o las elude. Sin embargo, aparece necesario recordar que el derecho por sí sólo no explica la conducta de la sociedad y lo que hace el derecho es precisamente normar las conductas de la sociedad.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magister en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga. Profesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Friedrich Hayek señala que la división en especialidades, máxime entre la economía y el derecho prestó efectos nocivos, señala que “las normas de conducta que el hombre de leyes estudia están al servicio de un orden cuya naturaleza el jurista ignora en gran medida; y que este orden lo estudia principalmente el economista, que a su vez ignora igualmente el carácter de las normas de conducta en que descansa el orden en cuestión” (Derecho, Legislación y Libertad. Pág. 19 )

Hugo Palacios Mejía lo coloca así:

El hecho es que, a menudo, el encuentro de abogados y economistas está lejos de ser pacífico. Los abogados consideran que los economistas, en sus recomendaciones, pierden de vista importantes aspectos de la vida social; y que el objetivo último de “eficiencia” que persiguen los economistas, es distinto, y quizás irreconciliable con el objetivo de “justicia” que debería ser el norte hacia el cual se orientaran todas las decisiones públicas. Los economistas, a su vez, consideran que el carácter empírico de su ciencia, y su reconocida capacidad predictiva, dan a sus recomendaciones normativas un sustento más confiable, para promover el progreso social, que el que puede derivarse de un concepto abstracto de “justicia”.

Palacios Mejía concluye: (Agenda para un diálogo entre economistas y abogados)

Importa destacar, para concluir, que, pese a los problemas conceptuales y metodológicos que los economistas encuentran en sus modelos más comunes, y a la incertidumbre que surge sobre la utilidad de algunos de los que se ofrecen en reemplazo, la teoría económica puede exhibir muchos éxitos, esto es, experiencia de muchas predicciones que fueron y son confirmadas por los hechos. Por eso es posible afirmar que la economía ofrece el mejor respaldo científico posible al derecho, cuando se trata de crear normas para inducir o desalentar conductas de las personas, cuyo cumplimiento no dependa principalmente de la capacidad de coerción del Estado.

Yo creo al igual que el Dr. Palacios, que la necesidad de diálogo entre ambas disciplinas es urgente y necesaria. Sin lugar a dudas considero importante incluir al análisis económico en la discusión no sólo del diseño del derecho, de su creación, sino también de su implementación y ejecución.

Todos los días hemos estado inundados de noticias que encienden nuestra sensibilidad social. Que el sistema de salud es insostenible; que sólo el 25% de los colombianos tendrá una pensión; que la educación pública está en déficit; que los ricos se aprovechan de los programas de subsidios diseñados para los pobres; que los gobernantes utilizan abusivamente los recursos del sector público y no me

refiero sólo a los posibles desfalcos sino a los actualmente más problemáticos casos de abuso como la utilización de la inteligencia del estado para enlodar el nombre de cualquier número de personas o acaso para intimidar.

La “consciencia colectiva” que defino como la respuesta común del ciudadano a estos problemas ingenuamente clama por mayor severidad de las normas; hoy es común escuchar propuestas tan poco racionales como proponer cadena perpetua sobre varios delitos, graves pero que pueden ser considerados menores; cuando desde el más sencillo análisis racional realizado, muestra que entonces los delincuentes quedan incentivados para cometer delitos peores para tapar esos delitos graves pero que son menores. Si robar da pena de muerte, es preferible matar al que sufre el delito o acaso el policía para tratar de salvarse el delincuente.

Algunos señalan que el problema de la salud se debió a falta de regulación y lanzan propuestas para seguir regulando el tema. No obstante la percepción nuestra es totalmente diferente, la seguridad social en general ha sido sobre regulada. El perspicaz dirá que la sobre regulación es igual a la falta de regulación; y lo cierto es que tiene razón. Desde el más puro análisis económico institucional; la falta de claridad en la definición de los derechos lleva a la incertidumbre y por ende a mayores reclamaciones que vienen aparejadas a costosos procesos administrativos y judiciales.

A menudo estudiantes de los diferentes niveles me preguntan porqué se producen estas fallas culpando por regla general a las normas jurídicas. Señalan algunos que son las normas jurídicas las que, por no regular debidamente los diferentes temas, crean incentivos al fraude. Y la respuesta mía suele ser, que, aunque es cierto que en algunas ocasiones se encuentran vacíos jurídicos ante conductas ¿ilícitas?, como por ejemplo, el famoso caso de DMG, la mayor de las veces existe respuesta jurídica al problema, es decir, existe un texto normativo que tipifica la conducta y la castiga. El problema entonces es otro: es la percepción del agente acerca de la probabilidad del castigo, la que dirían los economistas se encuentra en función de los costos en que debe incurrir el Estado para realizar la debida supervisión a sus propios agentes y a los demás agentes económicos que somos los ciudadanos. Por ejemplo,

múltiples estudios han mostrado que un incremento en la fuerza de policía y de fiscales disuaden el delito.

Entonces no basta con que se estipulen normas jurídicas para que la sociedad en su conjunto incurra en las conductas deseables; sino que deben existir los estímulos que resulten necesarios para llevar a que la sociedad se dirija hacia esos resultados, que entendemos deseables. Cuando hablo de que entendemos, hablo del establecimiento de esos objetivos sociales que de una u otra forma los convertimos es un imperativo jurídico al establecerlo en una norma jurídica y que se tornan base del desarrollo de las políticas públicas porque consideramos que nos llevan a mejores resultados como sociedad.

Lo que se considera como deseable en una sociedad a menudo se corresponde con lo que esa sociedad considera como justo. En nuestro caso no existe excepción a la regla: por ejemplo, en nuestra Constitución Política estipulamos una serie de derechos explícitos que benefician a los ciudadanos en todas las etapas de la vida. Establecemos derechos para la niñez, la infancia y la adolescencia, incluso otorgamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que, como adelante intentaré mostrar puede crear desequilibrios demasiado importantes en la misma sociedad; otorgamos derechos a la educación, a la protección de los datos, a la seguridad social, derecho a la recreación, declaramos especialmente protegida a la tercera edad. Es decir, entregamos un set de derechos a todos los ciudadanos, por el simple hecho de ser personas.

Preocupados por los temas de justicia distributiva establecemos órdenes que nos lleven a una mejor distribución de la riqueza o, por lo menos para paliar los peores aspectos de la pobreza. Así se establecen programas de ayuda a todos los ciudadanos, pero en especial a aquellos que de una forma u otra se encuentran en mayor riesgo vulnerabilidad. Por ejemplo en el artículo cuarto constitucional se establece un deber especial de protección por parte del Estado para aquellas personas que sen encuentren en estado de debilidad manifiesta, por razones económicas, físicas o mentales; o el artículo 43 que establece un apoyo especial para las mujeres cabeza de familia o, incluso, el establecimiento de un subsidio

alimentario cuando en estado de embarazo y durante el parto esté desempleada o desamparada. De igual manera, el artículo 46 establece un subsidio para la indigencia.

La redistribución se torna en un loable objetivo social; así permitimos que el Estado intervenga en la economía con el objetivo de mejorar la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación del un ambiente sano, cuando no de “asegurar” que todas las personas, en especial, las de menores ingresos tengan acceso a los bienes y servicios.

Así las cosas, es fácil observar que los motivos de “justicia” se incorporan fácilmente al derecho a través de lo que la sociedad establece como deseable para sus miembros a través de normas que hoy en día aparecen como casi plenamente justiciables. Sin embargo, y por desfortuna para todos nosotros, las normas jurídicas simplemente son normas y en ocasiones, por no decir casi siempre, las normas “dicen pero no hacen”. Y no hacen porque su cumplimiento es costoso; razón por la cual hoy tenemos la tensión constitucional al cambiar del concepto de una constitución de principios a una constitución de derechos justiciables.

Generalmente se produce cierta desazón, incluso perplejidad, cuando desde la economía se nos dice que la norma jurídica para el agente económico, para el ciudadano, es simplemente un dato. Cotejados sobre las actividades más simples de la vida cotidiana cómo por ejemplo la determinación de cuántas personas se pasan un semáforo en rojo, se vislumbra que esa intuición económica es en promedio cierta, entendemos por fin que es lo que el economista dice cuando señala que el derecho es un valor esperado: no es lo que la norma dice, sino lo que la norma en efecto hace. En otras palabras, cuáles son los comportamientos que la norma induce en los ciudadanos y, entonces los más aventurados podemos señalar que el derecho es el que otorga los incentivos o desincentivos al mejor desempeño de los individuos y que, por tanto, el derecho tiene un efecto “moldeador” en la conducta del individuo.

Así las cosas es posible señalar que la economía otorga una potente arma al derecho para lograr su propio cometido, en el sentido de crear incentivos para que los ciudadanos obren de manera equitativa o de manera eficiente o de ¿ambas? Para darle gusto a la doctora Ana Isabel. Como lo reitero ahora, no se trata de dar privilegios a la eficiencia sobre la equidad o la justicia entendida como equidad; se trata de crear “trade off” entre eficiencia y equidad que permitan lograr los mejores equilibrios sociales.

Sin embargo, antes de continuar permítanme reposar en algunas reflexiones sobre nuestra Constitución. No quiero empezar a hablar de eficiencia sin hablar de economía no sólo como la ciencia de la elección racional sino como aquella que rama de la ciencia social que busca evitar o por lo menos minimizar el desperdicio. Ello se puede lograr de muchas maneras como enseguida lo veremos, pero es importante tener claridad sobre aquello que busca la economía para quitar de alguna manera la sensación de “pecado” cuando se aborda el problema jurídico desde esta ciencia.

En efecto, no es raro encontrar descalificaciones entre las ciencias sociales, incluso el derecho en ellas, por motivo de su método y objetos de estudio. Así las cosas, y me acuerdo de un compañero de doctorado, que cada vez que el profesor argumentaba tomando el modelo neoclásico aparecía con la insistente y reiterativa pregunta ¿profesor no le parece un poco absurda la justificación del mecanismo de precios?

Hoy mejor que ayer los abogados estamos entendiendo que las relaciones entre las diferentes ciencias son condición necesaria para abordar los problemas jurídicos; en efecto, hemos venido reconociendo de una manera u otra que el derecho no es suficiente para dar una solución efectiva y eficiente a los problemas sociales. Y ello no sólo justifica la existencia de nuestro doctorado en ciencias jurídicas, que no en derecho, sino que legitima todas las preocupaciones sociales acerca del papel del derecho, haciéndolo no sólo un problema cuya solución debe provenir exclusivamente del jurista sino también de los demás investigadores sociales. Para traer a colación al doctor Roberto Vidal López. ¿De qué nos sirve que las normas

reconozcan derechos sobre la tierra, si la eficacia del derecho en tierras de desplazamiento es cercana a cero? Abordar los problemas, esos que otrora se antojaban exclusivamente jurídicos, y que daban como respuesta un cambio en la ley igual de ineficaz al postulado original, desde una perspectiva multidisciplinaria nos permite destapar los problemas que no ve el derecho, pero que descubiertos con la ayuda de otras ciencias, nos permitirán implementar normas que logren los resultados que desea la sociedad.

Pero dije que iba a realizar una reflexión a partir de la Constitución Política para intentar dar una propuesta de por qué es importante tener en cuenta la eficiencia económica al momento de abordar los problemas que antes se entendían como propios del derecho.

Pues bien, el preámbulo de la constitución política establece lo siguiente:

**“EL PUEBLO DE COLOMBIA,**

en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA”**

Quiero resaltar la atención sobre lo que se busca, que no es otra cosa que garantizar un orden político, económico y social justo. Quisiera a modo de ensayo, si me lo es permitido, dividirlo así: un orden político justo, un orden económico justo, y un orden social justo. De este modo la primera pregunta que podría surgir es que es un orden económico justo.

Si entendemos como orden económico justo lograr los mejores resultados para la sociedad utilizando de la mejor manera todos los factores de producción, haciendo que ella en su conjunto maximice su bienestar, entonces podremos establecer una serie de tareas tendientes a buscar la mejor utilización de cada uno de los recursos físicos y humanos de qué dispone la sociedad para lograr el fin cometido.

Si entendemos como orden económico justo evitar o minimizar el desperdicio, casualmente llegaremos al mismo resultado, porque al fondo, en mi criterio, lo único que busca la ciencia económica es evitar el desperdicio y ello se logra cuando se utilizan adecuadamente todos los factores de producción de que dispone la sociedad, y el derecho ... es también un verdadero factor de producción: otorgar un derecho a alguna persona lo hace más rico en relación con otras; otorgar un derecho a alguna persona también implica volver más pobres a otras: Cuando se otorga un derecho al ruido, en lugar del derecho al silencio. Cuando se otorga una licencia de construcción de un edificio que le quita la vista del paisaje que tiene otro edificio, etc.

Conforme con lo anterior, podemos entender que una medida es más eficiente cuando minimiza el desperdicio social; o mejor, cuando los factores de producción son utilizados de la mejor manera posible para que, dadas las economías de escala, se logre cada vez un mayor bienestar social. Inicialmente podemos comparar la eficiencia con la fabricación de una torta. Al mezclar los insumos de determinada manera podemos generar tortas de un determinado tamaño; pero si con el tiempo, al variar los factores de producción, al hacer una mezcla diferente, a los mismos costos, logramos hacer crecer el tamaño de la torta, habremos utilizado todos los insumos de la manera más eficientemente posible; pero igual si logramos mayores de producción de tortas, tortas más grandes, a menores costos por el involucramiento de, por ejemplo, menos factores de producción habremos logrado la mejor utilización de los recursos escasos que poseemos y, al liberar algunos factores de este proceso productivo, los podremos utilizar en otros procesos que presumiblemente nos llevarán a mejorar el bienestar social.



Así las cosas, un orden económico que busca la eficiencia es un orden económico que contribuye a la justicia. Se puede hablar en mi criterio de un orden económico justo y ello se logra cuando se evita el desperdicio.

La Constitución Política de 1991 incorpora a sus textos normativos la palabra eficiencia. Por ejemplo los artículos 48 y 49 se establece que la seguridad social y los servicios de salud y saneamiento ambiental se deben regir bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En el artículo 267 se establece el principio de eficiencia en la vigilancia de la gestión fiscal del Estado. En el artículo 336 la obligación del Estado de Enajenar las empresas monopolísticas cuando no sean eficientes es otro ejemplo claro. El artículo 350 establece que en la distribución del gasto territorial debe tenerse en cuenta la eficiencia fiscal y administrativa, etc. En la Constitución de 1886 no había una sola referencia a la eficiencia.(Véase Palacios Mejía)

Es entonces atinado afirmar que la Constitución Política de 1991 le otorga singular importancia a la eficiencia, y con ello, también es válido afirmar que el texto normativo, coherente con el preámbulo, busca la mejor utilización de todos los recursos físicos y humanos que posee el Estado.

Cuando los economistas se refieren a la economía del bienestar suelen utilizar algunas medidas de eficiencia que muestren las mejoras de bienestar en una determinada población. El criterio más comúnmente utilizado es el atribuido a Wilfredo Pareto, economista italiano, el que en su más sencilla expresión estableció que cualquier arreglo social que frente a otro logre que alguien mejore sin empeorar a los demás es eficiente. Así las cosas cada vez que la sociedad pueda pasar de una situación a otra mejorando a alguien sin empeorar a los demás, ello será eficiente. Por su parte la optimalidad de Pareto se logra cuando se llega a una situación a partir de la cual ya nadie puede mejorarse, o mejor, cuando las demás situaciones posibles a las cuales la sociedad puede trasladarse la mejora de alguien implica un perjuicio para los demás.

Esta noción de eficiencia es quizás la menos conflictiva y relativamente poco controversial, la razón como simple es deducir es que normativamente nadie empeora.

Sin embargo, existe otro criterio de eficiencia, definitivamente mucho más controversial pero también mucho más utilizado en la definición de las políticas públicas. No es fácil a veces que nosotros los abogados aceptemos con calma relativa que de un acuerdo social puedan derivarse pérdidas para alguna parte de la sociedad. Ello ha implicado recordar en muchas de las veces que típicamente en las legislaciones, en el derecho, hemos insertado la cláusula que establece que el interés general prevalece sobre el particular y que, en caso de conflicto, el interés particular debe ceder al general. Si me lo permiten, el criterio de Kaldor y Hicks permite darle un contenido a esta cláusula jurídica.

El criterio de Kaldor y Hicks establece que de un arreglo social a otro pueden existir ganadores y perdedores, pero que si los ganadores, ganan más de lo que pierden los perdedores de modo tal que los puedan compensar potencialmente, ese cambio de situación es eficiente. En palabras más sencillas: si a pesar de que existen perdedores al cambiar de situación, se aumenta el tamaño de la torta, ese cambio es eficiente.

Normativamente la expropiación es un ejemplo de la aplicación del criterio de eficiencia de Kaldor y Hicks. En efecto, es una situación en que existen perdedores y ganadores, aunque los perdedores sean compensados. La explicación económica diría entonces que si los beneficios sociales que se producen por la expropiación, dada la construcción de la obra pública, son mayores que los costos que se derivan de la expropiación y la construcción de la obra, entonces esa obra será eficiente.

Así las cosas, podemos encontrar utilidad para el derecho en los instrumentos y conceptos de la economía para rellenar ciertos contenidos abstractos nuestros, tales como el "bien común", la "función social", etc. Pero además es entonces el instrumental económico necesario para determinar la mejor manera en que

podemos asignar nuestros recursos, que por definición son escasos, para mejorar el bienestar de nuestra sociedad.

Ahora bien, no es fácil por muchas razones hablar de lo que en seguida voy a hablar porque suele contemplarse situaciones de sensibilidad extrema que pueden llevar a malos entendidos. Sin embargo es necesario para continuar con mi argumentación tocar estos temas.

La libertad del ser humano, reconocida en cualquier texto constitucional, por lo menos formalmente, es un derecho humano que tiene responsabilidades. Todo derecho lleva aparejado un deber y el deber que se impone al derecho a la libertad es la responsabilidad. Por tanto, es el hombre en ejercicio de su libertad el primer responsable de su destino. No estamos negando en momento alguno que los principios de solidaridad, de hermandad, de altruismo que rodean y son inherentes al ser humano, deban tenerse en cuenta; sin embargo consideramos que todos ellos deben surgir en el caso de necesidad y si se quiere en el caso de necesidad urgente.

El estado de bienestar como tal otorga una serie de derechos, justiciables, que en nuestra opinión deben ser racionalizados en debida forma para evitar excesos y abusos. Tal vez suene poco científico acudir a la ley del menor esfuerzo para explicar el tema, pero lo voy a hacer. En virtud de dicha ley el ser humano intenta obtener todo lo más al menor esfuerzo posible; es decir, en muchas ocasiones no estamos dispuestos a pagar el precio del bien o servicio; y por ello falseamos nuestras preferencias en relación con nuestra disposición a pagar. Aunque es un tema bastante clásico para la hacienda pública, esta clase de conductas se extiende a otra clase de bienes y servicios que no son los públicos puros.

Dos ejemplos que también son clásicos en el estudio de la hacienda pública quiero traer a colación, el primero acerca de la trampa de la pobreza y el segundo acerca de la teoría del polizón, free rider, free loader, o en nuestro idioma criollo el famoso goterero o gorrero.

En Francia hace algunos años se estableció un subsidio a los hijos. El objetivo de la política pública era incrementar la tasa de natalidad para asegurar entre otros la sostenibilidad de su sistema pensional. Los subsidios eran relativamente altos y se pagaban por cabeza, es decir por niño. Aunque las autoridades francesas obviamente preveían un crecimiento en la tasa de natalidad para ellos no era obvio que ésta fuera a darse en sólo una parte o sector de la población en promedio. En efecto, lo que la medida trajo como consecuencia es que algunas madres se dedicaron al negocio del “subsidio” es decir, se especializaron en concebir hijos de modo tal que el subsidio recibido fuera mas o menos igual a aquella suma de dinero que necesitaban para su manutención. Ello produjo un retiro de la fuerza laboral de aquellas mujeres, y un desincentivo a la educación y a la capacitación profesional para el trabajo.

Lo peor para la autoridad fue que en múltiples casos las mujeres pasaban de percibir el auxilio por hijos a recibir la pensión no contributiva de la seguridad social, lo que implicaba que estas personas siempre vivieron de los impuestos que pagaron los demás.

Indudablemente el objetivo de política pública que se perseguía no era que las mujeres se desvincularan del mercado de trabajo; por tanto, lo que posteriormente se produjo como respuesta de la política pública al caso planteado, fue una variación en el tipo de ayuda, variando, valga la redundancia, marginalmente el tipo del subsidio que recibían estas madres; es decir, dando cada vez menos por cada hijo adicional.

Por el segundo problema percibido, el del goterero, también surgen problemas de riesgo moral. En Estados Unidos hace casi una treintena, el seguro de desempleo se otorgaba a aquellos que después de seis meses de trabajo fueran despedidos por sus empleadores. Un sector inmigrante de la población de Estados Unidos al conocer el sistema, comenzó cíclicamente a hacerse despedir de sus empleadores una vez cumplían los seis meses de trabajo, para vivir del seguro los siguientes seis meses de su vida.

Ambos ejemplos como se ve, responden a la ley del menor esfuerzo haciendo entrar en conflicto a la política pública con la política de bienestar que busca que el ciudadano esté protegido en cada una de las etapas de la vida.

Volviendo al tema, si consideramos el recurso humano como un verdadero factor de producción, que contribuye a cumplir con los fines del estado, lo que podría señalar la economía es que las normas se diseñen de tal forma que se eviten los incentivos al fraude, es decir, que los ciudadanos no tengan incentivos para aplicar la ley del menor esfuerzo.

Por regla general, somos los ciudadanos propensos a ésta clase de reglas. No quiero profundizar sobre el tema pero el caso de AGROINGRESO SEGURO es un claro ejemplo de que este problema toca a todas las capas de la sociedad. En éste programa estatal muchos de los que aplicaron lotearon sus terrenos, asignando la propiedad a diferentes familiares y amigos para recibir más recursos, no reembolsables, por parte del Estado.

Estos análisis de eficiencia revelan en muchos casos situaciones que la ley no debiera permitir, a menos que sea un objetivo muy justificado. Quiero llamar la atención sobre un problema básico que aún no he podido resolver pero que está en mi cabeza, dados los temas que rutinariamente trabajo: ¿Deben los menores de 18 o los mayores de 18 años que se casen, recibir la pensión de sobrevivientes si mueren sus padres?.

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido con nitidez que las personas que se invalidan después de años y vuelven a depender económicamente de sus padres, deben recibir a la muerte de sus padres la pensión de sobrevivientes a pesar de que se encuentre casada. Esto parece justo.

Lo que no parece claro ni justo es que se asuma que las personas que siendo menores de edad se casen, puedan percibir la pensión. Aquí existe una terrible incoherencia de la norma: el Código Civil establece la emancipación por el hecho del matrimonio del menor; sin embargo, la Corte Constitucional, estableció que la

emancipación no necesariamente implica que otras obligaciones de padres frente a hijos desaparezcan. La pregunta que puede surgir de la observación es cuántos matrimonios de este tipo, reciben alguna clase de asistencia de los padres en toda la sociedad colombiana. Porque la norma aparece reflejar lo que las personas con alta capacidad económica suelen hacer en relación con sus hijos pero no lo que la sociedad en su conjunto puede y debe hacer. Sé que este tema puede generar mucha controversia. Pero de hecho, lo que puede cuestionarse al fondo es qué clase de responsabilidad estamos internalizando en el individuo para el ejercicio de su libertad. Y ¿esto no está llevando a que cada vez hagamos uso o abuso del estado asistencialista?

Ahora bien debo señalar que el estado de bienestar ha traído consigo enormes pérdidas de valores en la sociedad como el de la solidaridad. Si se observa el más rudimentario esquema de seguridad social, el familiar, se establece un esquema intergeneracional mediante el cual los padres proveían a sus hijos durante las primeras etapas de su vida, para que fueran los hijos los que procuraran sustento a sus padres en la última etapa de sus vidas. Ello en parte también explica porqué nuestros ancestros estaban dispuestos a tener más hijos.

Sin embargo, al entrar el estado de bienestar, dadas las pensiones, los padres fueron adquiriendo independencia, rompiéndose los vínculos solidarios entre familias. Es común en Europa ver cómo algunas personas mueren y sólo se descubre sus muertes, cuando el olor de la descomposición del cadáver llega a sus vecinos. En otras palabras, la excesiva intervención del estado en la protección de la familia están llevando a que los vínculos de solidaridad, hermandad, ayuda mutua y acaso altruismo se estén destruyendo, desplazando lo que debiera ser una respuesta privada en principio al problema a una respuesta pública.

Y todo esto también me sirve para afirmar que el estado de bienestar nos está llevando a crear en el imaginario la obligación de un estado totalmente asistencialista, o cómo señaló ayer Ana María, una creencia de que los derechos son absolutos. El problema de esta creencia es que nos lleva a que los ciudadanos

pese a que toda una política pública esté bien elaborada evitando incentivos al fraude puedan salirse con la suya a través de la “interpretación constitucional”.

Las terribles necesidades de reafirmación de los ciudadanos a través de las prestaciones estatales puede estar llevando a límites insospechados de dependencia que antes de propugnar por un orden económico justo, lo devasta, lo acaba.

No por otra razón desde la economía se hace el llamado a la mejor utilización de los recursos de la sociedad, recursos que son escasos y que no son suficientes para garantizar, por regla general, todos los derechos y principios que suelen reconocer las constituciones.

Es en esta parte dónde también se justifica la necesidad de racionalizar los factores de producción de que disponemos para evitar su uso excesivo, pero antes, para lograr el mayor bienestar de todos los ciudadanos.

Ante todo debemos tener en cuenta que la restricción presupuestaria del estado existe y que ello nos indica que los recursos que tenemos para financiar un estado asistencialista, que permita un determinado estado de bienestar son limitados y los derechos que se reconocen y garantizan son de amplia gama y generalmente costosos.

Es por ello que una debida optimización de los recursos es adecuada y tremendamente necesaria. Por eso en nuestro criterio surgió el principio de progresividad. Por el principio de progresividad se establece una obligación del estado, a expandir la cobertura de un servicio público que garantice por lo general un derecho económico, social o cultural.

Por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución Política al establecer como principio de la seguridad social el de “universalidad” nos otorgó un criterio orientador de la política pública de la seguridad social. En ese mismo artículo se estableció la obligación de ampliar la cobertura en forma progresiva.

Este es un claro reconocimiento inicial de que el Estado no poseía los recursos necesarios, en un momento determinado, para garantizar el derecho “irrenunciable” a la seguridad social, pero que era deber del Estado, acorde con sus obligaciones internacionales, ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social.

Sin embargo, por ejemplo, en el tema de pensiones no aparece claro que pueda significar la progresividad. Uno podría señalar que aumentar el número de población afiliada es ampliar la cobertura; sin embargo, el sistema de pensiones per sé lo que busca es entregar pensiones efectivas; por tanto, la afiliación no es un criterio suficiente para determinar la progresividad del sistema de pensiones, pues lo que se busca, reitero, es que las personas efectivamente se pensionen.

Pero de qué depende ello, ¿depende sólo de los requisitos de pensión? O ¿de la política de empleo? O ¿de los incentivos al fraude que pueda generarse dentro del mismo sistema?. Un ejemplo claro de esto último, está representado por algunos afiliados del régimen de ahorro individual que buscan no pensionarse. Una explicación al problema que se presenta es la siguiente: Mientras el capital necesario para financiar una pensión de salario mínimo, es decir de 515 mil pesos, asciende a la suma de 110' millones para una persona de 62 años. Un apartamento comprado por valor de \$100 millones puede generar una renta de hasta 1' millón de pesos; lo que casi duplica su ingreso pensional. El problema general es que en el agregado no sabemos si todos los afiliados pueden administrar de manera eficiente sus recursos o no; y si no, es claro que existe un riesgo bastante fuerte de indigencia.

Ahora bien, el establecimiento de los requisitos paramétricos de un sistema de pensiones es necesario para la sostenibilidad del sistema; y la sostenibilidad depende de la duración de las prestaciones; ello implica que los requisitos deben establecerse de conformidad con las variables económicas y sociales relevantes, una de ellas la tendencia de mortalidad de la población asegurada que se refleja en las tablas de mortalidad.



Si no se ajustan regularmente estos parámetros, el sistema puede quedar desfinanciado. Los individuos actuales en el agregado no son muchas veces conscientes de que mantener un determinado set de requisitos para acceder a las pensiones sin incrementar impuestos o cotizaciones, implica gravar a la siguiente generación o, en otras palabras, endeudar a personas que aún no han nacido y que no participan en la decisión.

Lo que paradójicamente entonces puede entenderse como regresividad en el sistema, como es aumentar los requisitos para el acceso a la pensión, es realmente protectora del sistema y garantiza el financiamiento del sistema en el largo plazo permitiendo que la población asegurada pueda llegar a pensionarse en algún momento.

Ahora bien, y esto debo aclararlo, la regresividad no está prohibida. Las obligaciones internacionales no incluyen en momento alguno la prohibición de regresividad. Simplemente la regresividad debe justificarse de tal manera que quede más o menos claro que es la mejor forma de no afectar de manera importante el bienestar social. En las sentencias de constitucionalidad que declararon inexecutable las normas que incrementaban los requisitos de acceso a la pensión de invalidez, (Ley 797 y Ley 860) la Corte dejó claro que no se percibió en momento alguno durante el trámite elemento que permitiera justificar la necesidad de dar la regresividad al sistema. Lo anterior simplemente implica que el Gobierno tiene herramientas para dar regresividad a las normas que rigen los derechos económicos, sociales y culturales; pero si ha de aplicarlas debe esforzarse en justificar la necesidad de esa medida.

Finalmente queda la política de empleo que depende del Gobierno básicamente. La falta de una política pública articulada entre empleo y seguridad social ha llevado a terribles contradicciones en la legislación. De un lado la Ley 797 estableció como causal de terminación del contrato de trabajo el cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a la pensión. A la postre la Corte Constitucional matizó esta justa causal de terminación del contrato laboral, estableciendo que ello es posible

sólo si el trabajador es incluido en nómina de pensionados. Pero además, coartando cualquier clase de libertad del afiliado, la norma permite al empleador solicitar a nombre de su empleado la respectiva pensión. Lo paradójico del asunto es que se supone que la política pública, dado el envejecimiento relativo de la población y la mayor longevidad de la población asegurada, está incentivando a que las personas se pensionen más viejas, y por ende se ha incrementado el número de semanas de cotización y se estimula la cotización adicional otorgando montos adicionales de pensión para mantener al individuo cotizando al sistema. Entonces ¿qué está incentivando estas normas? La intuición sugiere que las personas después de pensionarse van a continuar trabajando y los beneficios de ese trabajo adicional no van a redundar en la sostenibilidad del mismo sistema.

No quiero dejar pasar la ocasión para también referirme al sistema de salud. Desde 1991 se ha mejorado, sin duda, la cobertura del sistema de salud. El Gobierno ha señalado que pasamos del 22% a un poco más del 70%. Las cifras de algunos analistas difieren en el resultado final pero todos acuerdan que la cobertura se ha mejorado de manera significativa.

Sin embargo, lejos de existir una justicia entendida como equidad, el sistema de salud presenta terribles inequidades que van en función de la información del ciudadano y la disposición del juez, entre otras. Ello ha llevado que por acciones de tutelas se estén entregando prestaciones por fuera del Plan Obligatorio de Salud; lo que implica que los que no accionan no tienen derecho a prestaciones NO POS pero los que si accionan tienen derecho a prestaciones NO POS. Como invertida la cosa, en lugar de que la Justicia otorgue lo que corresponde, se acude a la justicia para obtener más de lo que se corresponde.

Las cifras no son nada despreciables: en 2008 se otorgó prestaciones NO POS por cerca de un billón de pesos mientras que en el 2009 se otorgó prestaciones NO POS por más de 1.8 billones de pesos. Si el sistema en éste momento fuera de tipo universal, digamos no existiría casi ninguna objeción a ampliar el nivel de cobertura por grado de servicio (aunque ello debiera ser generalizado, es decir para toda la población asegurada). El problema surge porque aún no hemos

alcanzado un nivel de cobertura universal; por tanto, estamos otorgando prestaciones por encima de lo que en derecho le correspondería a cualquier asegurado, con el agravante de que aún se está dejando a ciudadanos sin cobertura alguna de seguridad social; o lo que es peor, sin la cobertura básica de la seguridad social. ¿Ello es deseable? Si la definición de la política pública establecía un privilegio a la cobertura universal, es claro que la ampliación de la cobertura por grado de servicio no es lo que se deseaba.

Todo lo que he dicho muestra la necesidad de incorporar el criterio de eficiencia para la adecuada administración de todos los factores de producción de que dispone el Estado.

En otros escenarios he defendido ciertas actuaciones judiciales como costo eficientes. Hoy finalmente no me voy a referir a éste tema. Pero si quiero referirme a esfuerzos realizados por funcionarios públicos para intentar un uso eficiente de los recursos escasos de que dispone la Administración Pública. Hace unos días el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo me contaba cómo sin recursos adicionales, sin magistrados auxiliares adicionales, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia logró descongestionarse mediante un plan de acción o choque bien elaborado y cumplido por todos sus actores. Así las cosas, la moraleja es que en muchas ocasiones las administraciones públicas tienen recursos que no saben administrar; por lo cual la política pública debería también ir dirigida a lograr una adecuada administración de los recursos públicos.

Dado lo anterior, y empezando a concluir, considero que un orden económico justo se logra cuando todos los factores de producción se utilizan en su mejor uso alternativo y ello implica eliminar los incentivos al fraude que tenemos los ciudadanos, como factores de producción, que no permiten el mejor desempeño humano y el total aprovechamiento de ese capital humano. El asistencialismo, indebidamente diseñado, puede inducir a la mediocridad en el ser humano.

Pero además, los recursos escasos de que disponemos debe mostrarnos, como ayer brillantemente nos expusieron, que no existen derechos absolutos; y por tanto, los

esfuerzos adicionales deben ser cubiertos por los ciudadanos individualmente considerados, no por el sistema colectivo denominado estado.

Como siempre, mi conclusión es que el derecho requiere de la eficiencia para mejorar el bienestar social. Considero al igual que muchos el sistema social requiere de múltiples trade off entre la eficiencia y la justicia.

Mil gracias,