



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

rderecho@uninorte.edu.co

Universidad del Norte

Colombia

Dueñas Ruiz, Oscar José

Colombia, España, Uruguay, Costa Rica, Cuba, Ecuador: Seguridad Social para el adulto mayor

Revista de Derecho, núm. 37, enero-junio, 2012, pp. 68-110

Universidad del Norte

Barranquilla, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85123908004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Colombia, España, Uruguay, Costa Rica, Cuba, Ecuador: Seguridad Social para el adulto mayor*

Colombia, Spain, Uruguay, Costa Rica, Cuba,
Ecuador: Social Security for the elderly

Oscar José Dueñas Ruiz**

Universidad del Rosario (Colombia)

* Este proyecto recibió apoyo institucional de la Universidad del Rosario y de la OISS, pero sin financiación específica. En la investigación sobre España y Costa Rica, la fuente principal fue la OISS, oficina principal en Madrid y la oficina en San José; para Ecuador, ayudó en la información la Universidad Estatal Simón Bolívar de Guaranda; en cuanto a Cuba, la Universidad de La Habana, y especialmente la profesora Esther Grillo; en Uruguay y Colombia, la percepción fue directa. Para la publicación colaboró la institución Hospital Mayor Mederi.

**Abogado de la Universidad del Rosario, magister en Seguridad y Social y en Servicios Sociales (Universidad de Alcalá de Henares y OISS), profesor universitario y en postgrado en varias universidades; conferencista nacional e internacional; autor de varios libros y artículos; profesor de pregrado e investigador de la Universidad del Rosario; miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y autor de varios libros. Dirección: Bogotá, Avenida Jiménez, n° 8-45, 2° piso. oscarjoseduenas@hotmail.com

REVISTA DE DERECHO

N.º 37, Barranquilla, 2012

ISSN: 0121-8697

Resumen

Estudio de tres bloques de derechos necesarios para el adulto mayor: salud, pensiones y servicios sociales. Se analizan dentro de un marco conceptual jurídico e histórico, acudiéndose a un lenguaje sencillo y entendible. Este artículo es corolario de un proyecto investigativo ya terminado elaborado por la Universidad del Rosario y la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS). Se estudiaron esos tres derechos en el escenario colombiano, con base en la normatividad, la jurisprudencia y la praxis. Para tener una visión del ámbito iberoamericano se investigó el tratamiento que se les da en otros países: España, Ecuador, Cuba, Costa Rica, Uruguay, destacándose los rasgos más importantes. Varios capítulos fueron desarrollados con base en el método holístico dialéctico configuracional. Las conclusiones se ubican preferencialmente en un espacio jurídico. La principal consiste en que sea cual fuere el modelo de seguridad social, es indispensable una visión humanista.

Palabras clave: Derechos fundamentales, salud, pensión, servicios sociales, Estado de bienestar, dialéctica.

Abstract

There are (we study) three chapters about elder adult rights: Health, Pensions and Social Services. We analyze them from a historical and juridical point, with a simple and understandings language. This article is a corollary of a finished investigation by Rosario University and Iberomaericana Social Security Organization (OISS). We studied the development of three rights (healthy, pensions and social services) in Colombia taking its legality, jurisprudence and practice. In order to improve our knowledge about another Iberian-american countries, we also studied the development of the those three rights in Spain, Ecuador, Cuba, Costa Rica and Uruguay (taking the most important points). Some chapters had been studied by a holistic and dialect method. But, above all, every Social Security System must account in the first place the man, the human aspect.

Keywords: Fundamental rights, health, pension, social services, Welfare State, dialectic.

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2011

Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2011

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo es un resumen y hace parte de la socialización de una investigación científica y crítica basada en una investigación ya finalizada, “Derechos humanos y políticas públicas para el adulto mayor”, en Colombia, España, Uruguay, Costa Rica, Cuba, Ecuador¹. La selección de estos seis países iberoamericanos se debió a que tres de ellos tienen población más envejecida: España, Cuba, Uruguay, y los otros, Colombia, Costa Rica, Ecuador, tienen población en envejecimiento intermedio o moderado. Como se aprecia, este escenario multinacional tuvo como telón de fondo el acelerado proceso de envejecimiento global. Se calcula que en 2050, en América Latina habrá 136 millones de adultos mayores; hoy son aproximadamente 100 millones, y hay tantos mayores de 60 años como niños menores de cinco años². Además, la creciente importancia de Latinoamérica a nivel mundial obliga que el propósito de la mayoría de sus países mejorar sea la calidad de vida de sus habitantes, y en este aspecto es útil el estudio realizado.

En la investigación se fue más allá del texto de la ley, se penetró en el contexto y no se excluyó ninguna de las tres formas de apreciar y usar el derecho, a saber:

- a. Simplemente como norma, es lo que el hombre común y corriente califica como derecho;
- b. derechos exigibles ante las autoridades, especialmente las encargadas de prestar los servicios públicos; esto es lo que debería acontecer, porque no tendría sentido que la ley fuera letra muerta;

¹ Investigación dirigida por Oscar José Dueñas Ruiz, y los investigadores principales fueron la doctora Gina Magnolia Riaño, directora del Centro Regional del Área Andina de la OISS, las profesoras de la Universidad del Rosario María Teresa Palacios y Jimena Sierra, y Miguel Ángel Carvajal, funcionario de la OISS en Bogotá. Colaboraron quince estudiantes de la Facultad de Derecho del Colegio Mayor del Rosario. El manuscrito inicial fue revisado por los pares académicos José Carlos Baura Ortega, director del Proyecto Personas Mayores, Dependencia y Servicios Sociales en Iberoamérica (OISS), y Antonio Jiménez Lara, sociólogo, consultor del Programa de Adultos Mayores de la OISS. Fue publicada en la Colección Textos de Jurisprudencia, Centro Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

² Base de datos de la OISS.

- c. derechos exigibles ante los jueces, cuando el Estado no cumple con las promesas que ha establecido en la Constitución y en las leyes.

2. IMPORTANCIA E HIPÓTESIS

La situación de dependencia del adulto mayor obliga a analizar tres bloques de derechos: salud, pensiones y servicios sociales. El empleo del término “bloques de derechos” surge de seminarios organizados por la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social –OISS–. Cuestión que es relevante porque plantea tres bloques preferentes (no únicos) para defender al adulto mayor; eso implica que hay un mayor escudo de protección. Esos derechos son:

Salud, no solamente en cuanto derecho fundamental a acceder a ella, sino como participación del adulto mayor en una vida activa y como garantía prevalente para las personas en situación de dependencia. Está en el terreno práctico el desafío del deber ser del derecho a la salud y la situación crítica que se observa, porque en algunos países como el nuestro se ubica la salud dentro de la economía de mercado. Y aunque se proclame la universalización de la salud, deja mucho que desear la calidad de esta para cumplir con este derecho *fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humano*³.

Servicios sociales, tema de actualidad, en el cual son también partícipes las localidades y la sociedad civil, teniendo como finalidad una vida digna que promueva la autonomía del adulto mayor y contribuya a resolverle problemas humanos de su cotidianidad, especialmente en una época de crisis económica y de millones de personas excluidas. Particular importancia tiene la normatividad y las realizaciones que en el siglo XXI se vienen desarrollando. Son programas que incluyen, por ejemplo, intervención de cuidadores, centros de día, teleasistencia, atención sanitaria a domicilio, pisos tutelados, estancias temporales, termalismo social, preparación para la jubilación, etc. Desafortunadamente, falta una cultura sobre servicios sociales, lo cual ha obstaculizado su rápido y adecuado desenvolvimiento en la teoría y en la práctica.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General, párrafo 1.

Pensiones. Para comprender el tema de las pensiones de invalidez, vejez y muerte –IVM–, la base es la normatividad, la jurisprudencia y la operatividad del sistema; en el caso colombiano, con un modelo paralelo (el público de Prima Media y el privado de Ahorro Individual), es necesario observar si este modelo realmente es el que se impone en la actualidad en Iberoamérica, o si, por el contrario, la tendencia en otros países sigue siendo la protección al jubilado y la de preferenciar el sistema público de pensiones y la protección asistencial.

Una de las hipótesis que se manejó en la investigación fue la de que la estrategia adecuada para defender la seguridad social de las personas es la garantía humanista de los derechos.

3. METODOLOGÍA

En la mayor parte de la investigación se recurrió al examen de las normas y al conocimiento de los organismos gestores de la seguridad social teniendo como base principal la experiencia y las informaciones provenientes de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social. Partiendo de allí se formularon los razonamientos que servirán de punto de apoyo para las conclusiones. Sin embargo, en los casos concretos de Uruguay y de Cuba y en el análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana se apeló a los planteamientos metodológicos de los rectores Homero Calixto Fuentes (Universidad de Oriente, Cuba) y Gabriel Galarza López (Universidad Estatal de Bolívar, Guaranda, Ecuador), expuestos en el texto *La concepción científica holística configuracional: su significado en el modelo de la Universidad Humana y Cultural* (Fuentes & Galarza López, 2010). Se adoptó tal método porque los mencionados docentes basan su investigación científica en el humanismo real, cuyo centro es el hombre con sus necesidades.

3.1. UN EJEMPLO DEL EJERCICIO METÓDICO BASADO EN LA CONCEPCIÓN CIENTÍFICO HOLÍSTICA CONFIGURACIONAL

La mencionada metodología se empleó al investigar y analizar la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el derecho a la salud.

En el caso colombiano, al haberse convertido la salud en un apetecible objeto de la economía de mercado, los sujetos que reclaman atención, entre ellos indudablemente los adultos mayores, van a estar sometidos a múltiples inconvenientes porque las EPS van a tener como una de sus metas el equilibrio financiero.

Causa asombro que algo de la cotidianidad del ser humano (curarse de las enfermedades para vivir dignamente) no solamente requiera de la asistencia médica sino de previa sentencia judicial. Por tal circunstancia, los pronunciamientos de la Corte Constitucional adquieren un indudable valor y merecen ser analizados.

Ese itinerario jurisprudencial debe ser examinado como un proceso complejo y dialéctico, dentro de un contexto multidimensional. Es decir, debe ser holístico. En este aspecto, los observadores de la jurisprudencia aprecian los datos fácticos, teóricos y tendenciales provenientes de sentencias importantes, para luego, dialécticamente, comprender (análisis) y explicar (síntesis) y, finalmente, interpretar la jurisprudencia. Por consiguiente, no se trata de simples transcripciones, sino de una visión dinámica de la cultura del precedente⁴. Implica una reconceptualización de la metodología de la investigación de la jurisprudencia y, por supuesto, de la investigación jurídica en general. Con este marco dinámico se busca ir más allá de la simple transcripción de los argumentos de las Altas Cortes de Justicia. En la metodología que se usó en la investigación hay también un alejamiento del agrupamiento tipológico de la jurisprudencia que por lo descarnado, al basarse en la “teoría pura” o en la “teoría impura” del derecho, únicamente tiene un sentido “teorista” y se olvida de la condición humana.

Se trata de no despreciar la lógica dialéctica, que es diferente de la lógica formal; esta última tiene como principio básico el de no contra-

⁴Dicen Fuentes y Galarza López (2010) que “La actividad humana es comprendida como la actividad transformadora, cognitiva, valorativa y comunicativa desarrollada por los sujetos, media la naturaleza humana y su capacidad transformadora en síntesis dinamizadora y condiciona la transformación y desarrollo de los propios seres humanos en un contexto histórico social y cultural determinado, lo cual sustenta el progreso humano” (p. 39).

dicción y la primera maneja las contradicciones. Dentro de esta última característica (existencia de contradicciones) se piensa en bipolaridad: por un lado, el objeto para conocer, que sería la realidad jurisprudencial y por el otro lado está el sujeto, el investigador que con óptica humanista observa, comprende, explica e interpreta ese objeto llamado la jurisprudencia. Al actuar de esta manera se elabora una configuración subjetiva de la realidad. Este comportamiento metódico impide que la jurisprudencia sea simplemente letra menuda al rededor de la ley o que la jurisprudencia se idealice, porque al acontecer esto último se convierte a los magistrados de las Altas Cortes en los modernos padres de la Iglesia, se atenta contra la capacidad de las personas para interpretar y de los jueces para ser autónomos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el punto de partida hermenéutico para el objetivo específico de estudiar la jurisprudencia constitucional colombiana, en materia de salud, exige los siguientes cuatro pasos en cuanto a la búsqueda de las categorías fundamentales y relacionales de esa producción jurídica: observación, comprensión, explicación e interpretación. Pero antes de arribar a este último paso, el de la interpretación, metodológicamente se trabajará con categorías (configuraciones, dimensiones, eslabones, estructura de relaciones) para que la interpretación de la jurisprudencia sea el punto de llegado de todo el proceso.

3.1.1. Observación científica de la jurisprudencia constitucional en salud

Se parte de un grupo de casos seleccionados: sentencias de tutela de la Corte Constitucional que previa argumentación jurídica ordenan la entrega de medicamentos recetados o procedimientos señalados por el médico tratante (el que tiene una relación laboral con la respectiva EPS).

3.1.1.1. *Datos fácticos*

En los tres primeros años de vida de la tutela (1992 a 1994) fueron muy pocas las que tenían que ver con el derecho a la salud. En 1995, las

tutelas por salud empiezan a ubicarse en el grupo de las mayormente instauradas porque a partir de 1994 entraron en vigencia los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la salud y comenzaron a funcionar las empresas prestadoras del servicio –EPS–; esto afectó notablemente a las personas, quienes acudieron ante los jueces para que se ampararan los derechos fundamentales que eran violados. Se llegó a pensar que la medicina se había judicializado.

Desde 2001 las tutelas por salud ocupan el primer lugar en cuanto a cantidad, y se puede afirmar que durante los 18 años de funcionamiento de esta acción los amparos mediante los cuales se reclaman procedimientos médicos o medicamentos copan más de la tercera parte del mundo de la tutela; luego se puede hablar de más de un millón de casos, teniendo en cuenta que desde 1992 y hasta diciembre de 2010 se instauraron en Colombia tres millones de tutelas.

La Corte Constitucional conoció de infinidad de temas sobre salud en las siguientes sentencias, que son simplemente un muestreo: T-020 de 1995, síndrome de Down; T-752 de 1998, implante coclear; T- 016 de 1999, mioma y tumor maligno; T-179 de 2000, parálisis cerebral; T-476 de 2000, mamoplastia; T-941 de 2000, aparatos ortopédicos; T-1036 de 2000, cambio de gafas; T-1123 de 2000, prótesis; T- 284 de 2001, toxina botulínica; T- 358 de 2001, exámenes durante la epilepsia; T-416 de 2001, desprendimiento de retina; T-419 de 2001, cáncer; T- 423 de 2001, parkinson; T- 457 de 2001, exámenes por abortos reiterados; T-488 de 2001, audífonos; T-566/01, síndrome de Poland; T-698 de 2001, tratamiento de fertilidad; T-134 de 2002, trastorno mental represivo; T-946 de 2002, tratamiento de fertilidad; T-343 de 2003, servicios de odontología; T-221 de 2004, trasplante de córnea; T-277 de 2004, endoscopia funcional de senos paranasales, T-538 de 2004, oxígeno; T-666 de 2004, vacunas; T-219 de 2005, trasplante de riñón; T-719 de 2005, reflujo gastroesofágico; T-789 de 2005, resonancia nuclear magnética; T-1289 de 2005, alergias; T-1290 de 2005, vesícula; T-037 de 2006, terapia del lenguaje; T-652 de 2006, trasplante de médula ósea; T-867 de 2006, bypass; T-888 de 2006, diagnósticos; T-973 de 2006, quemaduras; T-977 de 2006, hepatitis A; T-1004 de 2006, TAC; T-1008 de 2006, cambio de gafas; T-1019 de 2006, ligadura de trompas; T-1052 de 2006, atención

odontológica; T-016 de 2007, tratamiento de queloides; T-059 de 2007, tratamiento por adicciones; T-225 de 2007, terapia de lenguaje, psicológica y ocupacional; T-492 de 2007, craneofaringioma; T-695 de 2007, autismo; T-752 de 2007, fertilización in vitro; T-913 de 2007, otorrinolaringología; T-151 de 2008, exámenes diagnósticos.

Los casos concretos, anteriormente relacionados, representan menos del 1% de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en materia de salud, sin embargo, estos datos fácticos son insuficientes para demostrar un comportamiento judicial humanitario, muy ligado a la cotidianidad de la gente. Llegan hasta mediados de 2008, porque el 31 de julio de dicho año se profirió una sentencia (T-760 de 2008) que por su importancia y efectos exige un análisis especial porque en esta decisión figuran unos datos fácticos. La sola forma de escribirse la sentencia es de por sí llamativa⁵. Sin embargo, el mismo fallo fija como su principal propósito la reducción de la presentación de acciones de tutela para acceder a los servicios de salud, y este es el primer dato fáctico. También se ubica como otro de los propósitos de la sentencia facilitarles a las EPS el recobro del dinero gastado cuando hubieren entregado un medicamento o efectuado un procedimiento que no estuviere expresamente consignado en el plan obligatorio de salud (POS). Es decir que los peticionarios de la tutela pasaron a un lugar secundario, se convirtieron en simples “usuarios” del servicio de salud, o “pacientes”, si se quisiera emplear una expresión menos dura, y el interés principal del fallo fue el de proteger el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993 y blindar el equilibrio financiero de las EPS; este objetivo de la sentencia es, en realidad, el principal dato fáctico.

⁵ Formalmente, las partes relevantes de esta sentencia son las siguientes: antecedentes, consideraciones y fundamentos, decisión y parte resolutive. También incluye dos anexos: el primero reseña los pormenores de 18 expedientes acumulados; el segundo, en aras de la pedagogía constitucional, presenta la evolución del derecho a la salud en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos; esta enumeración respalda el derecho a la salud como derecho fundamental.

3.1.1.2. *Datos tendenciales*

Hay sentencias que fijan las tendencias que ha tenido la Corte Constitucional en materia de tutela respecto al amparo del derecho a la salud. En el resumen que se presenta a continuación se esboza la idea principal que permite estructurar un acopio jurisprudencial: C-377 de 1994, medicina tradicional; T-05 de 1995, mora patronal; T- 477 de 1995, consentimiento informado; T- 281 de 1996, servicio público; SU-480 de 1997, recobro al Fosyga; C-112 de 1998, afiliación; SU-819 de 1999, tratamiento médico en el exterior; T- 387 de 2001, atención mientras se afilia al Sisbén; T-419 de 2001, recuperación total del paciente; T-1034 de 2001, continuación de tratamiento; T-1083 de 2003, entrega de medicamentos no genéricos; T-1158 de 2004, medicamento genérico o comercial, T-662 de 2006, médico no adscrito a la EPS; T-826 de 2007, demora en entrega de medicamento.

Son numerosas las sentencias relacionadas en la investigación, y en cada una de ellas se señala la tendencia jurisprudencial que se inicia o que se consolida.

Existen otros datos tendenciales en la Sentencia T-760 de 2008. En este fallo se le da importancia a: i) modificación de la tendencia anterior que no consideraba a la salud como derecho fundamental, ii) planteamiento de los derechos de los pacientes, iii) protección del derecho a acceder al servicio de salud, iv) precisión sobre medicamentos de marca, v) toma posición frente al POS, vi) unificación de planes para los niños.

Del anterior relato se deduciría un ascenso de lo cuantitativo a lo cualitativo (cara amable de la sentencia), sin embargo, detrás de todo ello se observa que al ascender el derecho a la salud a derecho fundamental no fue solamente una posición teórica sino que obedeció, como lo reconoce el magistrado ponente, al propósito de darle al núcleo esencial del derecho a la salud un menor espacio que el núcleo esencial del derecho a la vida⁶ y, por consiguiente, una menor protección tutelar, de ahí que

⁶ Contrario a lo que piensa el magistrado ponente, en la actualidad, el derecho a la salud tiene un núcleo muy extenso: incluye la accesibilidad, el mismo derecho habitacional y, por supuesto, la dignidad.

también se hubiere criticado en la Sentencia T-760 de 2008 la teoría de la conexidad. En cuanto a la aparente amplitud sobre medicamentos de marca y enumeración de accesos al servicio a la salud, la prosperidad de la tutela la supedita a que el paciente no tenga medios económicos para sufragar el mismo lo que no figure en el POS. Y respecto a la igualdad de trato, la realidad demostrará que la nivelación fue por lo bajo. Todo esto demuestra la naturaleza compleja y contradictoria de la jurisprudencia y, por lo mismo, la necesidad de acudir a la dialéctica para entender el texto y el contexto de las decisiones judiciales.

Después de la Sentencia T-760 de 2008, pese a que es citada permanentemente, la verdad es que la jurisprudencia vuelve a su cauce anterior; valgan tres ejemplos: T-959 de 2009: la sentencia analiza, al mismo tiempo, el derecho a la salud y el derecho a la vida; T-019 de 2010: la tutela señala que dentro del núcleo a la salud cabe el traslado de un enfermo por el principio de solidaridad; T-603 de 2010: en un caso de esclerosis múltiple, la Corte insiste en los principios de integralidad y progresividad y reconoce que por un mismo acto se pueden violar los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social.

3.1.1.3. Datos teóricos

Otras sentencias de amparo arrojan información sobre las bases teóricas que respaldan las determinaciones que se toman en la garantía de los derechos fundamentales relacionados con la salud. Se mencionan unos pocos y la tesis central en ellos: SU-111 de 1997, derechos presenciales y políticas públicas; T-260 de 1998, núcleo del derecho a la vida; T-941 de 2000, conexidad entre el derecho a la vida y el derecho a la salud; T-524 de 2001, atención prioritaria a anciano; T-1276 de 2001, mínimo vital; T-388 de 2003, derechos fundamentales del menor; T-277 de 2004, acceso a la salud; T-354 de 2005, continuidad e integralidad; C-684 de 2005, el derecho a la salud en conexidad con la dignidad humana; T- 752 de 2005, derecho de igualdad; T-1019 de 2006, autorización para procedimientos en menor incapaz; T- 201 de 2007, protección al niño; C-811 de 2007, igualdad y dignidad humana.

De la relación anterior se desprende que el garantismo de la Corte empieza a tener una fisura al supeditar, en ocasiones, la prosperidad de la acción de tutela a la carencia de medios económicos de quien la instaura o de su familia.

En la Sentencia T-760 de 2008, los datos teóricos fueron los siguientes: impertinencia de la teoría genética en la calificación de los derechos fundamentales, crítica a la teoría de la conexidad, preferencia del “respeto” sobre el cumplimiento. Son aportes teóricos que la investigación analizó en detenimiento.

3.2. COMPRENSIÓN HOLÍSTICA DE LA JURISPRUDENCIA EN SALUD

Para conformar la imagen totalizadora de la jurisprudencia observada en los datos fácticos, tendenciales y teóricos se requiere hacer un análisis histórico-tendencial de las diferentes expresiones de la producción constitucional colombiana en materia de salud, seleccionando sentencias hito⁷.

Ello implica observar el enfoque dado en las sentencias de inconstitucionalidad. Durante las décadas en las cuales el guardián de la Constitución fue la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, fue preferencialmente el de resaltar a la salud como servicio público, lo cual conllevaba la labor de vigilancia y control estatal. Es decir, la tendencia era la de salvaguardar el funcionamiento orgánico, respetándose, en lo posible, lo determinado por el legislador. Cuando el control constitucional se le adscribió a la Corte Constitucional, al ser creada esta por la Constitución de 1991, el tema principal de estudio ha sido el de examinar el diseño del sistema. Particular importancia tiene la Senten-

⁷ Hay que aclarar que la jurisprudencia constitucional colombiana está conformada: i) por sentencias de constitucionalidad, puesto que cuando se demanda una ley o un decreto que se estiman contrarios a la Constitución, la Corte tiene competencia para declarar o no si la norma inferior se retira del mundo jurídico; ii) por sentencias de tutela, cuando la Corte Constitucional ampara los derechos fundamentales que están consagrados en la Constitución o en tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos (en ocasiones se habla de derechos fundamentales innominados –tema discutible–, ya que son los creados por la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional).

cia C-408 de 1994: unos ciudadanos demandaron a la Ley 100 de 1993 por haber sido expedida inconstitucionalmente, ya que la Constitución indica que tratándose de normas sobre derechos fundamentales, la ley debe ser estatutaria, y resulta que la Ley 100 era una simple ley ordinaria, luego se habría violado la Constitución por el trámite indebido que se le dio a dicha ley. La Corte Constitucional salvo por unanimidad la Ley 100 de 1993 con la peregrina tesis de que la seguridad social no es un derecho fundamental. Para justificar esta equivocación se acudió a la teoría genética de los derechos; se dijo que solamente los derechos de primera generación (igualdad y libertad) son derechos fundamentales y que la seguridad social, por ser derecho prestacional, es de segunda generación. Es decir, que históricamente la tendencia ha sido la de salvar, en lo posible, el diseño del Sistema de la Seguridad Social, lo cual obliga a la Corte a buscar otras vías para salvaguardar los derechos subjetivos. De ahí que, en ocasiones, se incurra en contradicciones.

Contrasta lo anterior con las sentencias de tutela, las cuales masivamente tratan de proteger los derechos subjetivos de las personas, como se apreció al ver los datos antes reseñados.

3.3. EXPLICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SALUD

A cada nivel de comprensión corresponde un nivel de explicación que permita profundizar sobre el tema objeto de investigación. Por ejemplo, para explicar la Sentencia C-408 de 1994 habría que decir que la Ley 100 de 1993 es una ley sobre seguridad social expedida en el momento de auge teórico y práctico de la economía de mercado, por no decir del neoliberalismo, el momento político era el de las privatizaciones, a la opinión pública se le vendió la idea de que dicha ley era la solución para los problemas de salud y pensiones propios del subdesarrollo; entonces, la Corte dijo que la ley objeto de análisis era constitucional (pese a que formalmente no lo era) con la tesis de que la seguridad social no es un derecho fundamental. La Corte salvó el sistema. No obstante, recurriendo a la teoría de la conexidad garantizó el acceso al servicio de salud.

3.4. METODOLOGÍA PARA LLEGAR A UNA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Siguiendo la orientación metodológica de Fuentes y Galarza López (2010, p. 18 y ss.) se tendrán en cuenta las categorías siguientes: configuraciones (permiten determinar el objeto estudiado en sus rasgos esenciales y concretos), dimensiones (se expresan movimientos, que al sucederse se transforman en el tiempo, y por eso se modifica su lógica interna), eslabones (cada uno conforma un ciclo), estructura de relaciones (permite predecir comportamientos).

3.4.1. Configuración: *el garantismo*

La principal cualidad de la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de salud, en las acciones de amparo o de tutela, es la del garantismo judicial.

Surgió como una necesidad por la contradicción existente entre una Constitución que caracteriza a Colombia como un Estado social de derecho y un modelo neoliberal que no solamente ha sido un modelo económico sino que se convirtió en un modelo de Estado y, con el paso del tiempo, dos décadas después, en una ideología. En esta contradicción, el comportamiento judicial generalizado fue el de proteger a las personas afectadas por el sistema, aunque la misma Corte consideró que el modelo establecido era constitucional (al declarar exequible la Ley 100 de 1993).

Sin embargo, en la contradicción de fondo: Estado social de derecho Vs. Modelo neoliberal, la jurisprudencia no siempre se inclinó por el primero. Con esa ideología neoliberal y con el atrayente argumento de que lo general está por encima de lo particular, la Corte empezó a hablar de algo nuevo: políticas públicas. Esta proyección, formulada en la época de la economía de mercado, se compagina con la desregulación económica.

3.4.2. Dimensión: *el humanismo*

El desarrollo jurisprudencial inicial respondió a la concepción humanista que buena parte de los funcionarios de la Corte Constitucional y de la judicatura colombiana en general habían tenido, bien sea por su formación católica (con el conocimiento y desarrollo de las encíclicas papales en materia social), formación liberal (expresada en la política social que le señaló el presidente López Pumarejo en la década de 1930 y con la visión de la relación laboral propia de Mario de la Cueva, diferente de la visión contractual), formación marxista (aunque son muy pocos quienes en la judicatura nacional durante el siglo XX la tuvieron, de todas maneras sí existió y se inclinaba por la protección de los derechos sociales de los trabajadores). A medida que la ideología neoliberal va impregnando a grandes sectores de la sociedad, la transformación del comportamiento de las autoridades y de los particulares es palpable en temas sociales.

En este proceso se efectúa un movimiento muy sutil e inteligente cuando en la Sentencia T-760 de 2008 se despersonaliza a quienes interpusieron los amparos. Es una estrategia, aparentemente de dimensión cualitativa superior (porque se analiza lo macro), pero se deja un poco de lado la condición humana y el oficio del juez comprometido con los derechos subjetivos fundamentales de las personas.

3.4.3. Eslabones en el itinerario jurisprudencial

En este aspecto, la jurisprudencia en salud, en su movimiento abundante y complejo, tiene ascensos y caídas, en momentos determinados.

- a. Las primeras sentencias de tutela se enmarcaron dentro del esquema de que la salud no es un derecho fundamental. Se convirtió en muletilla que se ampara en conexidad con el derecho a la vida. Partiéndose de esa base (salvo en dos o tres fallos), la lógica interna de la Corte Constitucional fue la de responder a la enorme cantidad de casos que se presentaban, lo cual le daba perfiles a la jurisprudencia, por ejemplo, respecto a medicamentos genéricos, accesibilidad al servicio, sostenibilidad financiera mediante el recobro al

Fosyga, atención prevalente a adultos mayores, niños y mujeres embarazadas, aclaración sobre procedimientos no incluidos en el POS, consentimiento informado, cuotas de afiliación, etc. La protección era amplia porque el fundamento era la vida en dignidad y el tema económico no podía ser obstáculo para el otorgamiento del amparo. Los problemas financieros recaían sobre la EPS y no sobre el usuario. El comportamiento era humanista.

- b. La manera estratégica para taponar el acudimiento a la tutela tuvo, paradójicamente, como argumento central que la salud sí es un derecho fundamental. Se suponía que si lo que determinaba la tutela no era el derecho a la vida, lo que se debería proteger sería la financiación de la salud y, por consiguiente, el tema económico sería el eje del comportamiento de los jueces, quienes deberían ser cuidadosos en el otorgamiento del amparo teniendo como elemento para el juzgamiento la capacidad económica del accionante (solo se reconocerían medicamentos y procedimientos por fuera del POS cuando el paciente no tuviera medios económicos para pagarlos por su cuenta, posición que ya tenía antecedentes jurisprudenciales), se le daba mayor importancia a los comités científico-técnicos de las EPS para que estos avalaran el otorgamiento más allá del POS y estudiaran la capacidad económica del reclamante y se señalaban pasos expeditos para que las EPS pudieran recobrar el dinero invertido.
- c. La estrategia diseñada en la Sentencia T-760 de 2008 por el magistrado Manuel José Cepeda perdió contundencia cuando dicho magistrado se retiró de la Corporación por vencimiento del período y los nuevos magistrados, aunque permanentemente citan en sus fallos la T-760, admiten que no solamente se viola el derecho a la salud (en la visión restringida que le daba la mencionada sentencia) sino que también se pueden afectar otros derechos fundamentales, entre ellos la vida y la seguridad social.

3.4.4. Estructura de relaciones⁸

Las categorías ya analizadas: configuraciones, dimensiones, eslabones, permiten hacer una síntesis de ellas, para llegar a la expresión actual de la totalidad jurisprudencial objeto de la investigación y predecir hacia el futuro que el comportamiento de la Corte Constitucional girará alrededor de parámetros que han sido producto de un permanente movimiento, que en líneas generales se resumen así:

- a. La seguridad social en salud es un servicio público prestado por el Estado y por particulares (en cuyo caso opera la sostenibilidad financiera).
- b. La Corte Constitucional preserva la estructura del sistema, aunque sea injusto, siempre y cuando no esté en contra de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.
- c. Para aminorar la injusticia del régimen legalmente diseñado, los jueces, en los fallos de tutela, deben considerar a la salud como un derecho fundamental, cuya violación también puede afectar otros derechos, especialmente el derecho a la vida y el derecho a la seguridad social.
- d. El garantismo es la regla, aunque tal garantía se disminuye cuando se maneja el concepto de mínimo vital, la visión economicista y el consecuencialismo.
- e. El comportamiento de la Corte Constitucional, al proferir sus decisiones, está muy influido por la cultura del precedente, hasta el punto de admitir que el derecho es creación de los jueces, sin embargo, se mantiene la concepción humanista y la protección a los derechos subjetivos.

⁸ En el planteamiento de Fuentes y Galarza López (2010), “En la estructura de relaciones se evidencia que cada categoría es un nivel de síntesis, de modo que en el desarrollo del proceso las relaciones dialécticas que se establecen son capaces de integrarse formando relaciones de significación de un orden superior, que al sintetizarse se constituyen, no en partes o agregados de la totalidad, sino en expresiones de ésta” (p. 30).

Esta estructura es el resultado de admitir que existe una relación entre el objeto del conocimiento y el sujeto que conoce.

3.5. INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN SALUD

No se agota la investigación con la resumida conclusión antes hecha porque el método que se ha venido empleando parte de la relación integral sujeto-objeto; del objeto del conocimiento (en nuestro caso, la jurisprudencia constitucional en salud) y del sujeto implicado en la investigación científica (el observador de dicha jurisprudencia). El proceso investigativo se inicia con la observación y se cierra con la interpretación. Es complejo este último paso de interpretar la jurisprudencia porque ello equivale a interpretar la interpretación (en otras palabras, hermenéutica de segundo nivel).

Este trabajo significa que el observador hará una valoración, y esta no es otra cosa que una configuración subjetiva de la realidad. Al hacerlo, el valorador no solo tiene en cuenta el objeto sino el interés, porque se trata de un valorar determinado. En el presente caso, el interés es que el hombre con sus necesidades siempre esté en el centro, con el propósito de impedir que se deje de lado el constitucionalismo humanista que elaboró la Corte Constitucional colombiana, sobre todo el espíritu de la Sentencia T-406 de 1992, que insistió en la responsabilidad del juez como garante de los derechos fundamentales y, por consiguiente, impedir que la justicia quede sometida a la economía de mercado. Si ello es así, la jurisprudencia, desde la mirada del sujeto, es justo reconocer que ha seguido una línea de justicia social, impulsada desde las sentencias de constitucionalidad de la Corte Suprema en la década de 1950, y especialmente en la década de 1960, por las miles de sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, y por consiguiente, aunque en una sentencia aislada (C-1064 de 2001) la Corte hubiere dicho lo contrario, la jurisprudencia está abogando por un Estado de bienestar, o si se prefiere otro vocabulario, por un real Estado social de derecho en sus dimensiones cuantitativa y cualitativa (T-406 de 1992). Políticamente significa, sin que ese fuere el propósito del análisis la jurisprudencial, que definitivamente se le pierde el miedo a la expresión “justicia social” y que entran por la puerta grande de la judicatura nacional los derechos sociales, económicos y culturales.

3.6. OTRO EJERCICIO METODOLÓGICO EN CUANTO AL DERECHO A LAS PENSIONES Y SERVICIOS SOCIALES

Con fundamento en la misma metodología empleada para analizar el derecho a la salud, la investigación efectuada entre la Universidad del Rosario y la OISS, al analizar el tema de las pensiones en Colombia, recurrió a la concepción científica holística configuracional, por tratarse de un método que “permite la modelación del pensamiento científico, encaminado a reconocer la esencia de los procesos y fenómenos investigados desde una lógica constructiva que afianza y asegura el camino hacia la verdad científica” (Fuentes y Galarza López, 2010, p. 56). El resumen de lo investigado es el siguiente:

En la **Observación** del tema de pensiones se tienen como **datos fácticos**:

- i) Una abundante normatividad⁹;
- ii) el viacrucis del pensionado¹⁰;
- iii) el acudimiento masivo a la acción de tutela¹¹.

⁹ De resaltar: el artículo 48 de la C.P., artículo adicionado por el Acto Legislativo n° 1 de 2005. El Acto Legislativo n° 1 de 2005, reformativo de la Constitución, fijó algunas restricciones que implican que se marchiten los regímenes de transición, especiales y exceptuados, pero en la misma norma se protegieron todos los derechos adquiridos en materia pensional. La Ley 100 de 1993, que consagró dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual. De la reciente normatividad es de resaltar la Ley 1151 de 2007, *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*, que en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Colpensiones (reglamentada por el Decreto 4488 de 2009).

¹⁰ Para un colombiano es difícil adquirir el status de pensionado, debe esperar muchos meses para que se le reconozca la pensión; si se le reconoce, generalmente el monto de la mesada es inferior al que corresponde; y aunque la persona esté pensionada, tiene sobre su cabeza una espada de Damocles porque estará sujeta a la posibilidad de que se le puede revocar unilateralmente lo reconocido.

¹¹ En diecinueve años se han instaurado aproximadamente setecientas cincuenta mil tutelas (acciones de amparo) para reclamar derechos relacionados con pensiones. Lo obvio debía ser que se reconociera lo debido y no hubiere necesidad de acudir a los juzgados.

Respecto a los **datos tendenciales**:

- i) Una insuficiente cultura de la seguridad social¹²;
- ii) En cuanto al comportamiento jurisprudencial, cuando la Corte Suprema de Justicia tuvo el control de constitucional de leyes y decretos (hasta 1991) se profirieron por la Sala Plena de dicha Corporación, durante un siglo, 2686 sentencias, pues bien, el tema que ocupó el primer lugar en cuanto acudimiento de los ciudadanos fue el de pensiones¹³. El comportamiento jurisprudencial fue variado. A principios del siglo XX, la inclinación fue proteger las pensiones de los militares de alto rango, mientras que las pensiones de civiles seguían ubicándose en la categoría de simples “gracias”. Posición radicalmente modificada el 28 de febrero de 1946, cuando se declaró inexecutable el artículo 9 del Decreto 136 de 1932, que puso límite a las mesadas pensionales, por considerar que se afectan derechos adquiridos; se habló de status del pensionado, se superó el concepto de otorgamiento gracioso de la pensión; se llegó a afirmar que de los términos de las leyes que otorgan el derecho a pedir pensiones del Estado se deduce la obligación correlativa de este a atender a su servicio y pago cuando quiera que el particular ha llenado los requisitos exigidos en las leyes, y siempre que la autoridad competente haya decretado la pensión. A partir de 1946, la posición es garantista, en cuanto se considera a la pensión como un derecho adquirido. Décadas después se arriba a un momento culminante de la jurisprudencia en pensiones al introducirse los conceptos de solidaridad e irrevocabilidad; en efecto, el 15 de diciembre de 1965 se habló del principio de solidaridad humana en el caso de las pensiones, y el 15 de marzo de 1968 se decidió sobre la irrevocabilidad

¹² No puede hablarse de movilizaciones o de una opinión pública que defienda lo poco que existe, ni siquiera entre 1990 y 1994, cuando hubo un retroceso normativo de los derechos de los trabajadores y de los jubilados.

¹³ 9% en un muestreo de 333 sentencias (dato tomado del libro *Itinerario de la Jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos*, publicación hecha por la Editorial de la Universidad del Rosario, Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2009, pp. 269-270).

de las pensiones jubilatorias, e inclusive las remuneratorias y las gratuitas ya causadas. Quien reúna los requisitos tiene un derecho perfecto, dijo la Corte. Después de expedida la Constitución de 1991, el acudimiento a la tutela por parte de los aspirantes a jubilados ha sido masivo y ocupa, después del derecho a la salud, cuantitativamente, el segundo lugar. Cualitativamente, la jurisprudencia es respetuosa de los derechos; aunque en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se aprecian dos grupos de fallos: como los atropellos que se han cometido contra los pensionados han dado lugar a miles de acciones de tutela, surge una jurisprudencia garantista de la Corte Constitucional; por el contrario, en las *acciones de inconstitucionalidad*, esta es protectora del régimen diseñado por el legislador; no solo respecto a la Ley 100 de 1993 sino sobre las normas que posteriormente la han modificado, la jurisprudencia ha sido generosa con el sistema legalmente implantado, lo cual, obviamente, repercute en contra de las personas.

- iii) Otro dato tendencial importante es el respeto a los derechos adquiridos. Ha sido una constante en la vida jurídica nacional abogar por el respeto a los derechos adquiridos. Es una postura permanente invocada y, además, protegida mediante una rica jurisprudencia.
- iv) Un cuarto dato es la presencia de la ideología neoliberal en los últimos 20 años. Fue determinante para el avance del neoliberalismo el *Discurso para las Américas* y el *Consenso de Washington*, que delinear la política norteamericana hacia Latinoamérica, y dentro de sus postulados juega un papel determinante la globalización¹⁴.

¹⁴ Por consiguiente, se impone el modelo neoliberal, que abre el camino a las reformas refundación (Ley 50 de 1990, que flexibilizó la legislación laboral, recortó beneficios a los trabajadores, afectó su estabilidad laboral, cambió el régimen de cesantías, permitió las cooperativas de trabajo asociadas y los contratos basura); la Ley 100 de 1993 (permitió la privatización de la seguridad social y la salud como mercancía).

Respecto a los **datos teóricos**, son de resaltar los siguientes:

- i) El principio de legalidad.
- ii) La interpretación formalista en los juzgados (salvo la Corte Constitucional) llega a la “cositería” y el desconocimiento de las sentencias ha imperado en el proceder de los organismos de la seguridad social en pensiones, apartándose de líneas jurisprudenciales constitucionales, suficientemente claras, lo cual ha motivado la enérgica reacción de la Procuraduría General de la Nación para que no se perjudique a miles de personas pensionadas o aspirantes a pensionadas.
- iii) Existen unos datos teóricos en la Sentencia T-752 de 2008, sentencia hito en materia de pensiones. Dijo cuándo prospera la tutela en la invocación de los derechos de los jubilados y precisó que la pensión es un derecho fundamental (tres días después la T-760 dijo que la salud es un derecho fundamental); contempló otros aspectos centrales para la teoría de la seguridad social y del derecho en general: la **favorabilidad** y la **progresividad**¹⁵.

Para una **comprensión en cuanto totalidad** se requiere una rápida información sobre el contexto histórico colombiano. En las primeras décadas del siglo XX, los liberales (en su expresión intelectual) eran inclinados a posiciones socialistas y amigos del movimiento sindical. Es la época de las **reformas fundacionales**. En esta etapa, después de la caída del Partido Conservador, en 1930, el triunfo de los liberales coincide con una mentalidad nueva en el ámbito industrial. De ahí el acceso al poder de la burguesía industrial, sin que lo logran a través de una revolución. Se legisla sobre la propiedad, la huelga, el salario, los sindicatos¹⁶. Los liberales, y especialmente el gobierno de López Pumarejo, tenían como política una alianza táctica con los obreros. Con

¹⁵ Este fallo también acude a las Observaciones del CDESC para sustentar el calificativo que se les da a las pensiones de derecho fundamental.

¹⁶ Como se aprecia, era una visión propia de la burguesía inteligente, que también se expresa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil que, siguiendo el ejemplo de la Corte de Casación Civil de Francia, le da ágil interpretación al Código Civil para evitar que este desapareciera por desueto. En opinión de Tafur Morales, se trató de humanizar el derecho civil.

esa visión se expidió la Ley 83 de 1931, que fue la respuesta a las luchas obreras anteriores. En 1942 asumió otra vez la presidencia Alfonso López. En su propósito de mantener dentro de su colectividad a la clase obrera y de agradecerle su colaboración a raíz de un frustrado golpe de estado que mantuvo detenido al presidente de la república un día en la ciudad de Pasto, en 1944 impulsó reformas laborales, dentro de una visión del nuevo derecho de la época y de la función social; se dictó el Decreto 2350 de 1944, que reglamentó el derecho colectivo de trabajo; decreto duramente criticado por los industriales.

A mediados del siglo XX, algunos sectores conservadores también fueron proclives a los derechos sociales. Vienen las **reformas adecuación**. En este contexto se expidió Código de Procedimiento Laboral (Decreto Legislativo 2158 de 1948). Más tarde, durante el gobierno de Laureano Gómez, se promulgó el Código Sustantivo del Trabajo (decretos legislativos 2663 y 3743 de 1950), que comenzó a regir el 1° de enero de 1951. Estos códigos son unas reformas adecuación a la normatividad expedida durante el gobierno liberal. Para algunos son expresión de una legislación avanzada; otros consideran que dichos códigos no les dieron la importancia debida a los Convenios de la OIT. La adecuación de las normas, dentro de las cuales figuraba lo referente a pensiones, continuó en 1951 y 1952, cuando se produjeron numerosos decretos y resoluciones, estableciéndose una diferencia abismal entre el campo agitado por la violencia y las ciudades en plan de crecimiento. A partir de 1958 reinició actividades el Congreso de la República. Se dictaron numerosas leyes en materia laboral y pensional. La Ley 171 de 1971 se refiere a las pensiones y a la estabilidad laboral. Y, por supuesto, hubo varias leyes que desarrollaron las diferentes facetas de la relación laboral y de las prestaciones laborales.

Con la imposición del modelo neoliberal, y la consecuente flexibilización laboral, a finales del siglo XX se disminuyeron los derechos, se adoptaron los contratos basura, se afectó la estabilidad laboral, se hicieron reformas refundación en seguridad social. Lo grave es que esto aconteció dentro de un clima de intolerancia. Es el momento de **las reformas refundación**. La Ley 100 de 1993 hace parte de lo que se conoce como “reforma refundación” porque fue una modificación sustancial

al sistema pensional que venía operando. Se estableció en Colombia, al igual que en Perú, un curioso sistema paralelo, en el cual la persona puede escoger entre un régimen público o de Prima Media con Prestación Definida (la mesada pensional está en relación con el salario) y un régimen privado de Ahorro Individual (la mesada o tasa de reemplazo depende del ahorro del cotizante). Es un modelo vertical que ha originado muchos inconvenientes porque la emulación por captar cotizantes se efectúa dentro de una economía de mercado.

En esta etapa final es cuando surge la **respuesta de la jurisprudencia constitucional**.

Con el establecimiento de la acción de tutela (amparo), quienes defienden su jubilación hallarán puntos favorables en la jurisprudencia constitucional, que es abundante. Ya se mencionó, como ejemplo muy importante, la Sentencia T-752 de 2008, pero no se ha hablado de un punto central en ella: el señalamiento de la interpretación de los derechos constitucionales. Para ello se remite al artículo 93 de la C. P.¹⁷

Configuraciones de la norma y la jurisprudencia. Las expresiones dinámicas de los procesos interpretativos de la norma y de la jurisprudencia en pensiones pueden resumirse así:

- a. En cuanto a la norma, desde 1939 hasta 1990 la regulación buscaba proteger los derechos. Por ejemplo, se distinguía entre conflicto jurídico y conflicto económico. Con el neoliberalismo y la flexibilización laboral se desmejoran las prestaciones, entre ellas la jubilación.
- b. En cuanto a la jurisprudencia, existen diferencias. La jurisprudencia constitucional es permanentemente invocada por ser garantista; desde el punto de vista simplemente formal, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es restrictiva y ligada

¹⁷ Una aclaración indispensable: el artículo 93 de la C. P., en su inciso 1°, es básico para el llamado BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, y el **inciso 2°** tiene que ver con la interpretación de las normas constitucionales a la luz de los derechos humanos.

a la técnica de casación; y la jurisprudencia del Consejo de Estado oscila entre el garantismo y el consecuencialismo.

- c. En cuanto al operador en los organismos gestores de la seguridad social en pensiones, la inclinación es la de restringir al máximo el otorgamiento del derecho con la disculpa de mantener el equilibrio financiero.

Dimensiones de la pensión en el marco jurídico. En pensiones, concretamente en jurisprudencia constitucional, dos conceptos han tenido elaboración teórica ascendente cualitativamente: la de los derechos fundamentales y la de los derechos adquiridos. Hoy, la línea es la pensión como derecho subjetivo fundamental. En Colombia, los derechos pensionales ya no necesitan de la teoría de la conexidad para ser catalogados como derechos fundamentales (T-752/08, T-090/09, T-168/09, T-217/09, T-396/09), pero durante 17 años la misma Corte dijo que no eran derechos fundamentales. La contradicción dio lugar a una evolución que cambió la lógica interna inicial. En la Sentencia T-752 de 2008 la Corte Constitucional de Colombia reconoció que la pensión es un derecho fundamental *per se*. No obstante lo anterior, señaló unos parámetros para la tutela:

En estos eventos, el juez de tutela se encuentra llamado a realizar la siguiente valoración para efectos de decidir la prosperidad de la reclamación de amparo del derecho fundamental a la seguridad social: (i) en primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional; conclusión a la cual arriba el juez de tutela no sólo a partir del conjunto de condiciones materiales objetivas en las cuales se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto¹⁸. (ii) En segundo término, teniendo presentes los postulados

¹⁸ Al respecto, Sentencia T-335 de 2000: “La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional”.

de supremacía del derecho sustancial sobre las formas y de presunción de buena fe, el juez de tutela ha de contar con un escenario probatorio propicio que le permita reconocer la vulneración concreta del derecho fundamental y, en consecuencia, pueda adoptar las decisiones que sean pertinentes para efectos de corregir tal infracción. Cabe anotar que en aquellos eventos en los cuales la situación fáctica que rodea la acción no resulte del todo clara, el juez de amparo debe emplear las facultades probatorias conferidas por el Decreto 2591 de 1991, en la medida en que la eventual indeterminación probatoria dentro del proceso de tutela no puede emplearse de manera legítima como justificación para dar respaldo a decisiones judiciales contrarias a los accionantes. Antes bien, dicha oscuridad probatoria debe ser remediada de manera perentoria por parte del juez de amparo en su calidad de garante de los derechos fundamentales que se vean comprometidos en la controversia. (iii) Para terminar, el juez se encuentra llamado a examinar si el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

Estructura de relaciones. Se puede hacer esta simplificación: el tema de las pensiones ingresó a la Constitución, pero el diseño del sistema se trasladó al legislador y se permitió la actividad de los particulares en los organismos gestores, abriéndoseles la puerta a los Fondos de Ahorro. *La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.* La ley elaboró un modelo paralelo (régimen de Prima Media con Prestación Definida, régimen de Ahorro Individual, escogencia entre los dos por el afiliado), manteniendo la clásicas posturas de invalidez, vejez y muerte –IVM–. El 1 de abril de 1994 comenzó a regir la Ley 100 de 1993, reforma refundación del sistema colombiano. Ha sido una constante en la vida jurídica nacional abogar por el respeto a los derechos adquiridos. Es una postura invocada permanentemente y, además, protegida mediante una jurisprudencia argumentada. Lo anterior se aminora por la inducción al “consecuencialismo” en el trabajo de los jueces (no tanto de la Corte Constitucional), lo cual facilita la creencia de que la economía del mercado en general y la base financiera en lo particular (pensiones-salud) determinan el funcionamiento del sistema. Esta afectación al garantismo también se debe a la

radicalización del principio de legalidad y la interpretación formalista de las normas, apartándose de líneas jurisprudenciales constitucionales suficientemente claras. En otras palabras, la Corte atempera la arremetida de las reformas refundación en materia de seguridad social. En esa contradicción jurisprudencia-modelo económico, el análisis tendrá como centro el humanismo o lo financiero. Es ahí donde se halla la contradicción de fondo. La pelea es entre el humanismo y el mercado. El desafío es mantener la jurisprudencia (especialmente la constitucional) como la garantizadora de los derechos.

Interpretación del tema pensional. La jurisprudencia constitucional colombiana en materia de pensiones es lo digno de mostrar a nivel regional. El diseño legal (modelo paralelo o vertical) ha ocasionado tantas dificultades que precisamente las personas se han visto obligadas a acudir ante los jueces. Esto ha significado un fortalecimiento del derecho subjetivo. Y si además el derecho a la pensión es fundamental, se colige que la clave es la jurisprudencia. Pero esta no se podrá mantener si en la sociedad no se forma una cultura de la seguridad social.

Respecto de los **servicios sociales** es poco lo que se puede decir, ya que en Colombia continúan siendo asistencialismo, aunque el objetivo es que sean tratados como derechos subjetivos. Por eso, en la investigación no se efectuó un análisis a fondo sino que se informó sobre los programas que existen en seis países iberoamericanos.

4. RESULTADOS

Las metodologías empleadas y el trabajo de campo¹⁹ permitieron ver lo principal en los seis países investigados.

4.1. Colombia

La reforma refundación de la seguridad social se sustenta en la Ley 100 de 1993, que le puso orden a una dispersión en la prestación de los ser-

¹⁹ Se trabajó en Colombia, España, Uruguay, Ecuador y Cuba.

vicios públicos de la seguridad social pero que no es un buen modelo, como lo ha demostrado el paso del tiempo. Caben estas apreciaciones:

En cuanto a las **pensiones**, el manejo jurídico se halla no solamente en el artículo 48 de la Constitución Política, en el Acto Legislativo n° 1 de 2005, en las leyes y decretos que diseñan la seguridad social, sino especialmente en la reclamación de los derechos; por esta última circunstancia surge una jurisprudencia constitucional conocida y alabada.

En pensiones contributivas²⁰ el sistema es paralelo, debido a que coexisten, como alternativa, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual; la persona selecciona el régimen. Ambos regímenes emulan en una economía de mercado. Es un modelo vertical, igual que el diseñado en Perú en la misma época (1993). Tanto en Perú como en Colombia, las reclamaciones por derechos pensionales han llegado a la jurisdicción constitucional, por vía de tutela o amparo. La jurisprudencia ha sido abundante, y garantiza, como es natural, la efectividad de los derechos fundamentales. En cuanto a los instrumentos normativos, la jurisprudencia no solamente se basa en la Constitución Política sino que destacan las Observaciones del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas y las Recomendaciones de la OIT.

En **salud**: Las normas que hoy rigen se expidieron con base en la Constitución de 1991 (que permitió que también los particulares prestaran el servicio); después se promulgó la Ley 100 de 1993, que creó las EPS. La realidad colombiana se simplifica así: miles de empleados públicos recibían la atención de salud en la Caja Nacional de Previsión; esta institución ya no existe. Centenares de miles de trabajadores particulares y del Estado estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales; la Vicepresidencia de Salud fue escindida del ISS mediante decreto; por un tiempo funcionaron las ESE; ahora ya no funcionan. Consecuencia: la prestación del servicio de salud la tienen, casi en su totalidad, las

²⁰ No existen las no contributivas; se dan algunos subsidios a adultos mayores en extrema pobreza.

empresas privadas. Es una expresión del neoliberalismo. Además, especialmente a partir de 1995, una parte de los usuarios, para acceder al servicio, después de obtener la orden del médico tratante para procedimientos médicos y para entrega de medicamentos, se han visto obligados a instaurar acciones de tutela para que el juez, mediante sentencia, ordene la atención. Esto es lo más relevante e impactante. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud (más de 10 000 sentencias de la Corte Constitucional, en un universo donde los jueces colombianos han proferido en los últimos 19 años aproximadamente un millón de fallos de tutela para proteger el acceso de los colombianos a la salud, ante la realidad de que hay dificultad en la entrega de medicamentos y realización de procedimientos médicos) constituye un acumulado digno de resaltar. Por otro aspecto, en 2011 se promulgó la Ley 1438, que el Gobierno estima tratará de solucionar los problemas; pero las asociaciones médicas y los sindicatos la critican.

Servicios sociales: Diferentes normas empiezan a hablar de servicios sociales, pero no existe una cultura al respecto. No obstante, tanto el Estado como entidades particulares sin ánimo de lucro y, por supuesto, las iglesias, especialmente la católica, desarrollan proyectos. El Estado central y las municipales también dan auxilios monetarios a colectivos de adultos mayores, pero más que servicios sociales son asistencia social. No se puede pasar por alto que en Colombia funcionan las cajas de compensación familiar, muy conocidas a nivel nacional e internacional.

Dos aspectos son dignos de mencionar: uno positivo, la riqueza de la jurisprudencia constitucional para la protección de los derechos fundamentales de la salud y de las pensiones; eso ha derivado en un evidente activismo judicial. Otro negativo: el deseo de liquidar al Instituto de los Seguros Sociales; ya desaparecieron las vicepresidencias de Salud y de Riesgos Profesionales; ahora se propone acabar con la Vicepresidencia de Pensiones y reemplazarla por Colpensiones.

4.2. España

España es referente del modelo europeo y una de las expresiones del Estado de bienestar. Como toda Europa, España está inmersa en la discusión sobre el modelo de Estado de bienestar y los obstáculos derivados de la economía del mercado; esto explica, en parte, que la reforma a las pensiones está en el ojo del huracán. Todas estas experiencias son dignas de tener en cuenta, no tanto como ejemplo para seguir sino como expresión de las respuestas políticas globales ante la crisis económica.

Una base importante para la seguridad social española en su conjunto es la Ley General de la Seguridad Social, Ley 26 de 1990.

En cuanto a la **salud**, existe un Sistema Nacional de Salud (SNS), de atención integral, basado en el artículo 43 de la Constitución de 1978. La Constitución española establece que la protección de la salud es un derecho fundamental de todo ciudadano. La Ley General de Salud²¹ señala los principios y directrices, financiamiento público, universalidad y gratuidad; derechos y deberes definidos por los ciudadanos y por los poderes públicos; descentralización política para las Comunidades Autónomas; atención integral (hay atención primaria y atención especializada u hospitalaria). El funcionamiento del servicio depende, entonces, del presupuesto público. Aunque el porcentaje del PIB destinado a salud equivale a 7,7%, es decir, está por debajo de la media de la Unión Europea, de todas maneras los resultados han sido satisfactorios.

Respecto a las **pensiones**: Se trata de un sistema público. El Estado fija los requisitos, las cotizaciones, el monto, colabora económicamente y, por lo tanto, no es un régimen de ahorro individual. Para fortificar lo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social opera como caja única de la seguridad social; a esa caja van a parar las aportaciones de empresarios, asalariados, autónomos o agricultores de todas las au-

²¹ Ley 14 de 1986.

tonomías españolas; con el dinero depositado en esa arca se pagan el subsidio de desempleo y las pensiones públicas. En 2011 se firmó un pacto entre el Gobierno, sindicatos y empleadores para mantener el sistema público de pensiones, pero con adecuaciones en cuanto a la edad de jubilación, que se elevó de 65 a 67 años, no obstante, se estableció un periodo gradual para su entrada en vigor; también se aumentaron los años de trabajo: actualmente hay que trabajar un mínimo de 35 años para cobrar el 100% de la pensión; a partir de 2013 este plazo se aumentará progresivamente hasta alcanzar los 37 años en 2027 para los que se retiren a los 67 años; quienes hayan cotizado durante 38,5 años podrán retirarse a los 65 años cobrando toda la pensión.

En cuanto a los **servicios sociales**, se consolidan en la Ley 39 de 2006, cuyo objetivo es proteger a la persona adulta mayor desde el derecho y no desde la beneficencia; regula condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, con un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español. En el modelo español es muy importante esa Ley 39 de 14 de diciembre de 2006 y sus decretos reglamentarios sobre la autonomía personal, manera efectiva de desarrollar los servicios sociales, programas que desarrolla con eficacia el IMSERSO (Instituto de Migraciones y Servicios Sociales), institución que en 2004 elaboró un LIBRO BLANCO que recogió propuestas y perfiles del reto de la dependencia, inventarió los recursos, y al rededor de dicho libro se logró un consenso técnico, político y social. La exposición de motivos de dicha Ley ilustra muchísimo sobre la protección debida a personas que integran colectivos vulnerables.

En consecuencia, en España hay servicio de salud gratuito, se defiende el sistema público de pensiones y se protege el nuevo pilar del Estado de bienestar: los servicios sociales.

4.3. Uruguay

Se trata de un país donde se le da mucha importancia al diálogo nacional en seguridad social y a la educación. Podría decirse que su nivel de

vida responde, entre otras causas, a una cultura de la seguridad social y a una cultura en general que se refleja en el respeto a los adultos mayores. Para el análisis del caso uruguayo, el eje es la educación, es el tema de actualidad y está muy ligado a la idiosincrasia uruguaya.

En la República Oriental del Uruguay, por norma constitucional, se creó el Banco de Previsión Social (BPS)²², sustento para la seguridad social uruguaya, lo cual ha significado cobertura al 88% del total de pasivos del país.

En cuando a la **salud**: El 1° de enero de 2008 empezó a regir el llamado Sistema Nacional Integrado de Salud –SNIS–, relacionado con la cobertura médica. Allí ingresan e ingresarán todos los uruguayos. Se busca la universalidad. Hay quienes opinan que si eso se logra es a riesgo de disminuir en eficiencia²³.

Respecto a las **pensiones**²⁴: A partir de 1995 se estableció un sistema mixto, a cargo del BPS y de capitalización (AFP), que sustituyó al sistema de seguro social²⁵; se alimenta con cotizaciones (15% de los ingresos que se reparte entre los dos sistemas). El accionar de los Fondos Privados es complementario y no alternativo. Se adiciona tal esquema con reformas establecidas a partir de 2005; algunas de ellas son garantistas: cada hijo habilita un año de jubilación para la madre; el tiempo de jubilación disminuyó de 35 a 30 años; existe la jubilación por edad avanzada (70 años de edad y 15 de servicios reconocidos), jubilación especial. Y es muy importante que por mandato constitucional (ratificado en referendo) se ha establecido el incremento anual de las pensiones.

En **servicios sociales** son numerosos los programas a favor del adulto mayor. “Programa Nacional Adulto Mayor” (PRONAM). Este progra-

²² Artículo 195 de la Constitución.

²³ Principales leyes: 17930 de 2005, 18211 de 2007, 18731 de 2011, 18732 de 2011.

²⁴ Base constitucional: artículo 67.

²⁵ Leyes principales: 16713 de 1995, 18395 de 2008.

ma reconoce la importancia de promover la participación de los adultos mayores en el diseño de las intervenciones públicas que se generen a su favor para impulsar y asegurar la calidad de vida de las personas adultas mayores mediante la satisfacción integral de sus necesidades, su participación activa y la promoción de sus derechos, a través de respuestas articuladas entre el Estado y la sociedad civil. Programa “Fortalecimiento de la sociedad civil organizada”: a través de este se brinda apoyo a las instituciones sin fines de lucro que prestan servicios a adultos mayores y personas con discapacidad en el ámbito nacional. Además funcionan, entre otros: Programa de vivienda y otras soluciones habitacionales; programas de actividades culturales, físicas y recreativas; Programa de atención integral para personas mayores en situación de calle; turismo social; cursos para cuidadores; servicios de alojamiento, rehabilitación, alimentación; ropería/lavandería, peluquería; actividades gremiales, sociales, físicas, educativas; servicios de peluquería y atención jurídico-notarial; servicios de emergencia móvil; rehabilitación.

Una sociedad democrática y culta, con un buen funcionamiento del Banco de Previsión Social, son las características para resaltar. Hay que agregar que en la actualidad el tema central es el educativo, visto desde diferentes ópticas: la del Uruguay tradicional y la de la economía de mercado. Esto indudablemente se reflejará, en el futuro, en el desenvolvimiento de la seguridad social. Sea lo que fuere, se puede decir que en una población educada se facilita la protección a los bloques de derechos del adulto mayor. En otras palabras, los naturales inconvenientes de cualquier sistema de seguridad social pueden ser mitigados si hay un alto nivel cultural en la población.

4.4. Costa Rica

Existe la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)²⁶. Se le da importancia al presupuesto del Estado para la atención en salud, a las normas costarricenses sobre servicios sociales y a los programas que desarrolla.

²⁶ La CCSS fue creada mediante Ley 17 de 1943.

Costa Rica es paradigma en materia de la seguridad social en la Mesoamérica, con una visión geriátrica, con un cubrimiento del 90% en salud; con un seguro social avanzado y ayuda adecuada del presupuesto nacional; con un fuerte cuidado domiciliario para el adulto mayor; las universidades abrieron el campo para las personas mayores hace cuarenta años. Costa Rica, un país que no es rico, tiene una vida sana; uno de sus lugares geográficos es catalogado como “zona azul”, es decir, sitio donde hay una gran cantidad de longevos (en el mundo solamente se han reconocido 4 zonas azules). Este país es un referente histórico de lo que se puede lograr.

Las prestaciones en materia de **salud** están a cargo de dos instituciones principales: Caja Costarricense de Seguro Social, que mediante el Seguro de Enfermedad y Maternidad cubre asistencia médica general, especial y quirúrgica, asistencia hospitalaria, servicio de farmacia, servicio de odontología; por otro lado, el Instituto Nacional de Seguros brinda prestaciones en materia de salud en los siguientes casos: accidentes laborales, enfermedades ocupacionales, accidentes de tránsito. Costa Rica invierte en salud un 9.3% de su Producto Interno Bruto, y el gasto público en salud duplica el gasto privado.

El régimen de **pensiones** opera bajo el modelo de los tres pilares: el contributivo, que administra la CCSS; un segundo pilar de pensión complementaria obligatoria a la otorgada en el régimen público, cuya administración está a cargo de operadoras de fondos de pensiones de capital público o privado o instituciones debidamente autorizadas por ley; y un tercer pilar de ahorro voluntario, cuya cobertura es universal y su administración recae en los mismos entes que administran la pensión complementaria obligatoria.

Servicios sociales: Los prestan entidades oficiales, particulares, y son abundantes los programas. Algunos interesantes: transporte gratuito o a menor costo, Patronato de ciegos, protección adecuada frente al maltrato, abuso, marginación y negligencia contra el adulto mayor.

La importancia de Costa Rica radica en un acumulado histórico a favor de los derechos del adulto mayor y de la seguridad social, lo cual se refleja en el trato que se les da y la destinación presupuestal.

4.5. Cuba²⁷

Expresión de otro sistema político, en el cual se distribuyen equitativamente los resultados del trabajo común, de acuerdo con las demandas sociales y el rendimiento de cada uno. La investigación se enmarca en el proceso desarrollado en 2011, en el cual se plantean reformas expresadas en unos Lineamientos en los cuales “socialismo” y “trabajo” son los dos conceptos que guían las readecuaciones que se proponen, con una reducción de la plantilla de los empleados públicos, con un surgimiento del trabajo por cuenta propio y con la salvaguarda de la seguridad social, como algo intocable.

Una de las bases del socialismo en Cuba es la **salud** totalmente gratuita. La Constitución²⁸ garantiza que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia y que no haya enfermo que no tenga atención médica. Existe la responsabilidad estatal respecto a la recuperación y protección de la salud de las personas. Para lograr un alto nivel hay aspectos prácticos como estos: miles de médicos y enfermeras de la familia, grandes instituciones de salud que constituyen un sólido pilar para el desarrollo científico-técnico del sistema, tecnología avanzada e investigación permanente.

Se reconocen las tres clases de **pensiones**: invalidez, vejez y muerte –IVM–²⁹. Para acceder a la pensión de vejez se requieren tres requisitos: 65 años para los varones y 60 para las mujeres; que se trabaje más de 30 años; que la persona esté vinculada laboralmente cuando pide la pensión. La mesada corresponde al cómputo de los salarios de los 5 mejores años de los últimos 15 años laborados. La cuantía de la pensión ordinaria es del 60% del salario promedio y un 2% adicional por cada año de servicios, superior a los 30 años de trabajo. El jubilado puede continuar laborando (siempre y cuando no sea en el mismo sitio donde trabajaba cuando se pensionó); salario y pensión son acumulables.

²⁷ Se contó con la colaboración de profesoras de la Universidad de La Habana.

²⁸ Artículos 9, literal b, 40, 42.

²⁹ Leyes 105 de 2009, 24 de 1979 y la Ley de Seguridad Social (105 de 2008).

Desde 2009, el trabajador debe contribuir con el 5% de su salario para la seguridad social (pensiones), pero esa contribución va por sectores, porque el principio socialista es que el ciudadano contribuye con su trabajo.

Los **servicios sociales** se configuran a través de programas y acciones de protección social³⁰. Su escenario: la solidaridad familiar. Entre los programas están: Círculos de Abuelos, Casas de Abuelos, asistente social a domicilio, cuidador; servicio de alimentación para quienes no pueden elaborar sus alimentos y no tienen ingresos para alimentarse adecuadamente; servicio de teleasistencia, 15 000 adultos mayores están en universidad; centros de entrenamiento socio-laboral para desarrollar habilidades de personas con discapacidad; existe un especial cuidado para quienes viven solos o habitan en pisos altos. Los servicios sociales hacen parte, o se distinguen, sería mejor decir, de la asistencia social cubana que aparece en el artículo 108 de la Ley 105 de 2009.

La estrategia en los Lineamientos indica que hay algo intocable: el acceso a la atención médica, la educación, la cultura, el deporte, la recreación, la seguridad social y la protección mediante la asistencia social a las personas que lo necesiten. Dentro del mejoramiento de lo existente es interesante el punto de prestar la máxima atención al desarrollo de la medicina natural y tradicional. En cuanto a seguridad social, los Lineamientos son reformas adecuación, basados en mantener la dignidad personal del adulto mayor y en los procesos históricos y en las configuraciones de la sociedad cubana. En su conjunto, los Lineamientos son un espacio en construcción, en los cuales un punto central es el de distinguir entre igualitarismo e igualdad. Una controversia ideológica que Carlos Marx planteó al formular objeciones al igualitarismo de Ferdinand Lasalle.

4.6. Ecuador

Lo novedoso: La constitucionalización de los derechos del adulto mayor. Hay un constitucionalismo “aspiracional”, basado en el principio

³⁰ Ley 105 de 2009.

de solidaridad; en dicha Carta son numerosos los artículos sobre los adultos mayores y el régimen del buen vivir, expresión no contextualizada por blancos o mestizos pero entendible en la cosmovisión indígena. Otro aspecto digno de resaltar es la existencia del Banco del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social –IESS–. El diseño de una concepción nueva de la política y el funcionamiento del IESS son determinantes en dicho país. En el extenso catálogo de las normas de la Constitución ecuatoriana se destacan: el artículo 10 (Titularidad de derechos); el artículo 11 (Principio de igualdad y no discriminación); el artículo 83 (Derechos de participación); el artículo 81 (Medidas de protección para personas vulnerables por delitos cometidos en su contra); el artículo 85 (Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana); el artículo 96 (Organización Colectiva); los artículos 369, 373 y 83, numeral 15 (Seguridad Social); el artículo 363 (Salud); el artículo 83, numerales 9 y 3, el artículo 369, inciso 3° (Servicios Sociales); el artículo 347 (Educación); el artículo 35 (Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria), artículos 36 (Adultas y adultos mayores), artículo 37 (Obligaciones del Estado en relación con las personas adultos mayores), y el artículo 38 (Medidas específicas para adultos mayores). Lo anterior lleva a una discusión teórica: el Constitucionalismo “aspiracional”, es decir, el reto de convertir las normas en realidades. Sin lugar a dudas, la existencia de normas incluyentes y garantistas de los derechos de los adultos mayores representa un avance. Pero ahí no se puede detener la política social.

La Constitución establece que el Estado garantizará a las personas adultas mayores la atención gratuita y especializada de **salud**, así como el acceso gratuito a medicinas. El enfoque es el de la universalidad.

Se ha establecido la **jubilación** universal. Sin embargo, los pensionados son aproximadamente 300 000 (la mesada promedio es de 300 US). Es digno de mención el seguro social campesino, que protege a los asegurados en caso de enfermedad y maternidad (toda la familia) y vejez, invalidez y muerte (jefes de familia).

Los programas de servicios sociales apuntan a la inclusión fundamentalmente de quienes no pueden ser atendidos por sus familiares.

Merece especial mención la creación de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para el manejo de los fondos previsionales públicos. Un objeto social de ese banco será la prestación de servicios financieros para atender los requerimientos de sus afiliados activos y jubilados.

CONCLUSIONES

Con la contextualización de la seguridad social como premisa mayor y la relación de seis modelos de ella como premisas inferiores se formularon unas sencillas conclusiones en las cuales se preferenciaron aquellos puntos que sirven hacia el futuro. El propósito no fue hacer cuadros comparativos, ni buscar modelos, sino tener una visión de la situación actual, en razón de que el diseño de la seguridad social cambia con relativa frecuencia, hay reformas fundación, adecuación, refundación. Cada país diseña sus propios sistemas, regímenes y estrategias, por las circunstancias cambiantes de orden político, económico y social.

- A.** Lo primero, la salud, las pensiones y los servicios sociales, son derechos humanos, subjetivos y fundamentales. Las crisis económicas no son disculpas para violar los derechos, sino todo lo contrario, para cristalizarlos.³¹. Esta es la idea fuerza.
- B.** Se le da importancia a la jurisprudencia en varios de los países objeto de investigación. Normas y jurisprudencia hacen necesario profundizar el concepto de garantía y respeto de los derechos de las personas mayores y abogar por el de realización de los mismos, pues de lo que se trata es de cumplir lo que se promete dentro del Estado. Para lograr lo anterior se debe regresar al humanismo y actualizar las políticas sociales de acuerdo con la época de transición y de desasosiego que vive la humanidad. Dentro del humanismo

³¹ Carlos Marichal (2010) dice: “La crisis que sufrimos en la actualidad podría influir en un cambio: por ejemplo, contribuyendo a reducir la especulación financiera y alternativamente aumentando la inversión en bienestar social, salud y educación” (p. 34).

cabe un mayor número de factores fundamentales relacionados con los campos culturales, políticos, económicos, financieros que les dan un mayor espectro a los temas de la seguridad social. Hay que observar dialécticamente la jurisprudencia y ubicarla dentro de la cultura del precedente, viéndose la cara amable de los pronunciamientos, pero, al mismo tiempo, las objeciones que se le pueden formular al poder vinculante de la *ratio decidendi*³² y al peligro de la ubicación de algunos magistrados dentro del neoinstitucionalismo³³. Es evidente que la riqueza de la jurisprudencia constitucional en los temas de pensiones y de salud es resultado del acudimiento de las personas ante la jurisdicción constitucional y del activismo judicial, en el cual el legislador es el autor de la norma, pero su intérprete se convierte en actor, como si se tratara de interpretar lo que el autor escribió. Ese intérprete, actor, en ocasiones hasta se desvía de lo escrito por el autor (legislador) y, entonces, se afirma que ese juez es el creador del derecho. En este escenario es en el que se desarrolla una jurisprudencia que se convierte en garantista y es una especie de “cruz roja jurídica”. Se dice que la jurisprudencia dinamiza el derecho porque el sujeto (intérprete) dinamiza al objeto (la norma). Sin embargo, el problema teórico y práctico radica en el poder vinculante de la jurisprudencia, es decir, si ata a las demás autoridades.

- C. Hay que impulsar la cultura de la solidaridad con el adulto mayor. En seguridad social no se puede entrar a juegos perversos. Desalojar el asistencialismo y convertir las políticas en derechos. Ello se logra mediante un concepto adecuado de Estado y una nueva mirada del proceso de envejecimiento y de la vejez. La educación para una cultura de la seguridad social va desde la primaria hasta la universidad y debe permanecer durante toda la vida. A su vez, los ancianos tienen mucho que enseñar sobre la protección a la naturaleza y sobre los derechos humanos (no fueron impregnados de

³² La *ratio decidendi* es la razón de la decisión; se distingue del *obiter dicta*.

³³ En el neoinstitucionalismo, el juez tiene la ilusión de que es la judicatura y no el pueblo quien impulsa los movimientos sociales.

la ideología neoliberal). En resumen, se trata de educación en derechos humanos, puesto que la seguridad social no es una mercancía.

- D. Respecto al caso concreto de la salud, su desenvolvimiento está dependiendo del modelo de Estado: en un Estado de bienestar o un Estado socialista, la gratuidad y la universalidad son principios determinantes y es a través de impuestos o de destinaciones presupuestales como se financia. Si es un modelo neoliberal, la inclinación es hacia la privatización y su sostenimiento financiero depende especialmente de las cotizaciones. En ambos casos, por mandato de normas internacionales, las prestaciones, en servicio y en especie que corresponden al derecho a la salud, deben responder a mandatos de optimización.
- E. La defensa del sistema público de pensiones es connatural en el Estado de bienestar; sin embargo, sin perder su esencia, se flexibiliza la legislación en algunos aspectos. En el socialismo, el sistema también es público, gira alrededor del trabajo, pero no se desampara a quienes no cumplan los requisitos para pensionarse. Si esos no son los modelos de Estado, la oscilación es entre el sistema mixto, el de los tres pilares o, como en el caso colombiano y peruano, los regímenes paralelos en un sistema vertical.
- F. Los servicios sociales responden a programas. Es ahí donde caben las políticas públicas, siempre y cuando tengan vocación de permanencia y se deje de lado la política asistencialista y clientelista. Los servicios sociales son el nuevo pilar del Estado de bienestar, son el instrumento más adecuado en el siglo XXI. Esto es lo nuevo en el siglo XXI. Resulta que por la realidad de los millones de personas que han entrado en situación de exclusión se impone un nuevo modelo de Estado, en el que el centro van a ser las localidades y la sociedad civil. En este aspecto, la teoría constitucional debe percatarse de que las sociedades están cambiando con gran velocidad. Las leyes de dependencia son claves para formular políticas públicas para personas en situación de vulnerabilidad, pero son, simplemente, una especie de cruz roja. Aunque los servicios sociales son programas, los derechos derivados de ellos comienzan a ser considerados como

derechos subjetivos y no como derechos programáticos. En relación con los derechos de las personas mayores, las políticas públicas deben apuntar hacia los estándares internacionales en materia de servicios sociales: intervención con cuidadores de personas ancianas; atención domiciliaria para las personas en situación precaria, desde las administraciones públicas locales; aumento de transferencias, centros y hospitales de día para personas dependientes, lo cual significa una nueva visión de la atención sanitaria; estancias temporales y hogares de personas mayores, sin alejarlas del contorno familiar; asistencia teledirigida, para que las personas mayores, las personas en situación de dependencia, puedan tener permanente contacto gratuito con un centro donde puedan llamar cuando lo necesiten o, inclusive, sin necesitarlo, para romper la soledad de la sociedad contemporánea; termalismo social; atención domiciliaria de necesidades cotidianas, como el lavado de ropa, medicinas, atención sanitaria a domicilio para determinados colectivos, colaboración para disfrutar del derecho al descanso, lo cual implica, entre otras cosas, la vejez con oportunidad y con dignidad.

G. También es novedoso, en los tiempos actuales, la internacionalización. Están los convenios internacionales, las recomendaciones y las observaciones de organismos internacionales; estas últimas son cada vez más importantes, adquieren el carácter de estándares internacionales y su poder vinculante es cada día mayor. Particular importancia tiene la Observación general nº 6, **referente a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores**, proveniente de las Naciones Unidas. Por otro lado, en 1982, la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento aprobó el Plan Internacional de Viena sobre el Envejecimiento –esto es muy importante–, que contiene 62 recomendaciones. En 1991, la Asamblea General aprobó los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad. En 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó ocho objetivos mundiales para el año 2001 y una guía breve para el establecimiento de objetivos nacionales. También, en 1992, la Asamblea General adoptó la Proclamación sobre el Envejecimiento, en la que se insta a apoyar las iniciativas nacionales sobre el envejecimiento a fin de que se preste apoyo adecuado

a las contribuciones, mayormente no reconocidas, que aportan las mujeres de edad a la sociedad y se aliente a los hombres de edad para desarrollar las capacidades sociales, educativas y culturales que tal vez no pudieron desarrollar durante los años en que debían ganarse la vida. A su vez, el Pacto de DSEC en su artículo 9 se refiere a la seguridad social. En el ámbito regional, está el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Es una experiencia pionera que tiene como objetivo garantizar los derechos de los trabajadores migrantes iberoamericanos y sus familias a obtener una pensión contributiva de vejez, invalidez o supervivencia en un espacio común, la Comunidad Iberoamericana, del cual forman parte veintidós países de América Latina, el Caribe y la Unión Europea. Su vigencia principió el 1° de mayo de 2011 por contar ya con las aprobaciones requeridas.

H. Es interesante anotar la presencia de la seguridad social frente a las crisis, especialmente las de 1929 y la de 2008. En la década de 1930 se planteó la modificación de ciertas “estructuras”, pero no del sistema capitalista. Por eso, el Estado se alejó del modelo clásico liberal y adoptó el del Estado de bienestar, con tres pilares: salud, pensiones y trabajo. A finales del siglo XX, en los regímenes del socialismo real, en la Europa del Este, la crisis del sistema los llevó al capitalismo, e inclusive al capitalismo salvaje. Sin embargo, en Cuba permaneció el sistema y se mantuvo inalterable la salud gratuita para todos, el régimen de pensiones y la asistencia social; pero ha requerido de la modificación de algunas estructuras anteriores. En la crisis global actual, Cuba plantea un cambio de estructura en cuanto al trabajo, pero no se modifica en absoluto lo que tiene que ver con la seguridad social. En el siglo XXI, en los países capitalistas se ha tenido un comportamiento diferente, se mantiene el sistema y sus estructuras y se hace recaer el peso de la crisis en los trabajadores y en los pensionados; sin embargo, grandes han sido las movilizaciones en Europa, que adquieren proporciones similares a las de 1968.

REFERENCIAS Y PRINCIPALES FUENTES UTILIZADAS

- Aguiar López, M. *Conexión entre los servicios sanitarios y los servicios sociales*. Madrid: Conferencias en la OISS y la Universidad de Alcalá de Henares, Tema 35.
- Boletín de la OISS, BIOISS, n° 44.
- Constitución de Colombia.
- Constitución de Costa Rica.
- Constitución de Cuba.
- Constitución de España.
- Constitución de Ecuador.
- Constitución de Uruguay.
- Corte Constitucional Colombiana, jurisprudencia.
- Dueñas Ruiz, O., Riaño, G.M., Palacios, M^a. T. & Sierra, J. (2011). *Derechos Humanos y Políticas Públicas para el adulto mayor, en Colombia, España, Uruguay, Costa Rica, Cuba, Ecuador*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Dueñas Ruiz, O. (2007). *Las Pensiones*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Fuentes González, H. & Galarza López, G. (2010). *La concepción científica holística configuracional: su significado en el modelo de la universidad humana y cultural*. Guaranda (Ecuador): Publicación de la Universidad de Bolívar y de la Red UREL.
- Larrañaga Zeni, N. (2009). *El Derecho de la seguridad social uruguaya*. Montevideo: Editorial y Librería jurídica Amalio M. Fernández.
- Marichal, C. (2010). *Nueva historia de las grandes crisis financieras*. Buenos Aires: Editorial Suramérica.
- Sotelsek Salem, D. (2007). *Módulo 57, Estado de bienestar y políticas públicas*. Conferencias en la OISS y en la Universidad de Alcalá de Henares.
- Viamontes Guilbeaux, E. (2007). *Derecho Laboral cubano, Teoría y Legislación*. La Habana: Editorial Félix Varela.