

La pensión especial anticipada de vejez: un análisis desde la perspectiva de la teoría

de la eficacia simbólica del derecho

The anticipated old-age special pension: an analysis from the perspective of the theory of symbolic efficiency of the law

<https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1656>

Resumen

El presente artículo es el resultado de un proyecto de investigación denominado La protección constitucional y legal del sistema de seguridad social en pensiones al hijo con diversidad funcional en Colombia. El estudio se realizó desde el campo de la seguridad social y, en particular, se relaciona con la prestación económica establecida por el legislador en el año 2003, conocida como la pensión especial anticipada de vejez, cuyo principal objetivo teórico es brindar protección a los progenitores de hijos que se encuentran en situación de diversidad funcional.

La investigación realiza un análisis de la prestación económica mencionada a la luz de la teoría de la eficacia simbólica del derecho, estableciendo que la normativa que regula este derecho se enmarca en un plano formal, retórico y simbólico, al no permitir una efectividad material para amparar y proteger al colectivo que se encuentra en situación de diversidad funcional que, por su situación de vulnerabilidad, requiere especial protección del Estado colombiano, tal como lo exigen claros preceptos constitucionales integrados a nuestro ordenamiento jurídico por exigencias del bloque de constitucionalidad.

Palabras clave: diversidad funcional, eficacia simbólica del derecho, modelo argumentativo, tipo sobreviviente, pensión especial anticipada de vejez.

Abstract

This article is the result of a research project called The Constitutional and legal protection of the social security system in pensions for children with functional diversity in Colombia. The study was carried out from the field of social security and, in particular, is related to the economic benefit established by the legislator in 2003, known as the anticipated old-age special pension, whose main theoretical objective is to protect the parents of children who are in a situation of functional diversity.

The investigation makes an analysis of the aforementioned economic benefit in the light of the theory of the symbolic efficacy of the law, establishing that the rules that regulate this right are framed in a formal, rhetorical and symbolic plan, by not allowing a material effectiveness to protect the group that is in a situation of functional diversity that, due to its situation of vulnerability, requires special protection from the Colombian State, as required by clear constitutional precepts integrated to our legal system by requirements of the constitutionality block.

Keywords: functional diversity, symbolic efficiency of the law, argumentative model, supervenient type, special old-age pensions.

Ligia Cielo Romero Marín

Universidad del Norte.

Contacto: ligiacielo02@hotmail.com

Jairo Enrique Ibarra Lozano

Universidad Autónoma del Caribe.

Contacto: Ibarralozano56@hotmail.com

Como citar:

Romero Marín, L. C., & Ibarra Lozano, J. E. (2017). La pensión especial anticipada de vejez: Un análisis desde la perspectiva de la teoría de la eficacia simbólica del derecho. *Advocatus*, 2(29). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1656>



Open Access

Recibido:

6 de diciembre de 2016

Aceptado:

9 de febrero de 2017

Publicado:

3 de julio de 2017

Introducción

En Colombia, a partir del año 2003, se creó la institución de la pensión especial anticipada de vejez que tiene un doble derrotero, por una parte, ir cumpliendo progresivamente con las obligaciones que ha adquirido el Estado colombiano a partir de la ratificación de tratados internacionales que brindan protección a un segmento históricamente discriminado, como ha sido la población discapacitada; y por la otra, ser un instrumento efectivo que permita contribuir al proceso de rehabilitación y consecución de la vida digna de los niños en situación de diversidad funcional, facilitando el tiempo y el dinero a sus padres para acompañarlos y apoyarlos durante esta etapa.

En este sentido, la pensión especial de vejez para las madres o padres trabajadores con hijos afectados por una invalidez se suma a otras prestaciones ya existentes dentro del sistema de seguridad social, que se han ido creando gradualmente dentro del cuadro normativo colombiano, y a las que habrán de sumarse todavía más, en aplicación de las normas constitucionales y las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados con organismos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La presente investigación resulta novedosa debido a que son escasos los trabajos que en Colombia se han dedicado a analizar a profundidad la figura de la pensión especial de vejez para madre o padre con hijo en situación de diversidad funcional, a la que pueden acceder los padres cuyos hijos se encuentren en debilidad

manifiesta por tener una discapacidad física o mental que los afecte y que debe ser de tal magnitud que le impida valerse por sí mismo, esto es, que no le permita subsistir dignamente de forma autónoma dado que, al no tener las funciones vitales descritas, se convertiría en una persona en situación de diversidad.

El estudio pone de manifiesto las enormes dificultades que representan los requisitos diseñados por el legislador dentro del contexto económico y social colombiano, principalmente por la exigencia de cotización al sistema pensional de 1300 semanas que inciden directamente en el escaso reconocimiento que realizan las administradoras de pensiones de esta prestación.

La pertinencia del tema objeto de estudio deviene de la deuda histórica que América Latina posee con la población en situación de discapacidad; además, porque con la investigación se demostró, con fundamento en la “eficacia simbólica del derecho”, desarrollada en Colombia por el tratadista Mauricio García Villegas, que la norma reguladora de la pensión especial de vejez se torna formal y simbólica, dado que su propósito no se cumple, impidiendo que sea efectivamente conducente, pues no permite que la madre o el padre puedan dedicarse en los primeros años de vida del hijo a acompañarlo en el proceso de rehabilitación y apoyo.

Metodología

La investigación es de nivel descriptivo de tipo cualitativo hermenéutico y documental, el nivel descriptivo se caracteriza por la no manipulación de variables, “se limita a la descripción

de los fenómenos” (Martínez & Ávila, 2010). De forma más amplia, comenta Niño “que la investigación de nivel descriptivo caracteriza la realidad objeto de estudio, un aspecto de ella, sus partes, sus clases, sus categorías o las relaciones que se pueden establecer entre varios objetos, con el fin de esclarecer una verdad, corroborar un enunciado o comprobar una hipótesis” (Niño, 2011, p. 34).

En cuanto al trabajo documental, afirman Yuni y Ariel en su texto *Técnicas para investigar* “que el análisis documental permite ‘contextualizar’ el fenómeno a estudiar, estableciendo relaciones diacrónicas y sincrónicas entre acontecimientos actuales y pasados, lo cual posibilita hacer un ‘pronóstico’ comprensivo e interpretativo de un suceso determinado. La investigación documental posibilita una mirada retrospectiva (hacia atrás), una mirada actual, y otra prospectiva (hacia delante) de la realidad que es objeto de indagación” (Yuni & Ariel, Claudio, s.f., p. 10).

Se aplicó el análisis documental de las sentencias proferidas por la honorable Corte Constitucional colombiana a favor de los hijos con diversidad funcional y de sus padres, para determinar los límites, alcances y sentido del precedente judicial para este colectivo.

El enfoque teórico de los casos relacionados con las normas aplicadas a la pensión especial de vejez para padres con hijos en situación de diversidad funcional en Colombia, desde la perspectiva de contrastación a la luz de la teoría de la eficacia simbólica del derecho, plantea un recorrido teórico necesario que se ha venido realizando desde horizontes disciplinares y

conceptuales por diferentes estudiosos de las ciencias sociales y jurídicas, aplicado a la prestación económica antes expuesta.

La pensión especial anticipada de vejez en el ordenamiento colombiano

Antecedentes normativos

Colombia para los años noventa se encontraba en una situación de crisis aguda debido a fenómenos como la apertura económica, la globalización, el narcotráfico, el desempleo, el subempleo y la corrupción; este estado de cosas exigía un cambio en las estructuras económicas, sociales y jurídicas. Un grupo de estudiantes universitarios propuso reformar la Constitución Política, hecho que culminó con la elección de una Asamblea Nacional, lográndose dar paso a un Estado social de derecho.

El nuevo modelo de Estado establecido en la Carta Magna de 1991 implicó innovaciones en la seguridad social, soportadas en el artículo 48 superior que de forma explícita preceptúa que la seguridad social es un derecho irrenunciable, que se debe garantizar a todos los habitantes y que se orienta a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, dirigida, coordinada y controlada por el Estado.

En este mismo sentido, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con disposiciones de orden constitucional cuyo propósito es brindar especial protección al colectivo en situación de diversidad funcional, tales como: el artículo 13, orientado a lograr que la igualdad sea real y efectiva; el artículo 44, que dispone protección para

los niños; el artículo 47, que establece políticas de prevención y rehabilitación e integración social para las personas con disminución de capacidad; y el artículo 48, que indica que la seguridad social es un servicio público. Además, existen una serie de disposiciones legales orientadas a lograr el mismo propósito, como la Ley 361 de 1997, que establece mecanismos de integración para las personas con algún grado de diversidad; el Decreto número 2737 de 1989, denominado Código del Menor, que dispone derechos para los niños en situación de diversidad funcional y para su familia; la Ley 1306 de 2009, que consagra protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental; y el Decreto 1507 de 2014, por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

En este orden de ideas, se tiene que, a partir de la transformación a Estado social, las medidas que se han implementado en el ordenamiento jurídico colombiano buscan, principalmente, garantizar el derecho a la igualdad y la vida digna reconocidas en la Carta Magna para este colectivo. Es por esto que la Corte Constitucional ha insistido en que “la dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-123, pp. 6 y 7).

A esta misma línea protectora se sumó el Sistema General de Seguridad Social a través de la institución jurídica de la pensión, como instrumento idóneo para lograr la redistribución de

recursos de los grupos sociales más favorecidos económicamente hacia aquellos que no pueden generar por sí mismos un ahorro suficiente para financiar su consumo.

De manera que el cambio implicó dejar el modelo obsoleto y restringido que existía antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que se circunscribía únicamente a relaciones laborales dependientes y pasar al novedoso modelo fincado sobre la aspiración del principio de universalidad propuesto por William Beveridge en Inglaterra. Es de resaltar que la Constitución de 1991 sirvió de fundamento para la gran reforma de la seguridad social que germinó con la Ley 100 de 1993 y la posterior legislación que desde la citada data se ha expedido, aunado al valioso y abundante precedente judicial de las altas Cortes.

Este artículo se circunscribirá al estudio de la pensión especial anticipada de vejez, cuya inclusión en la legislación fue el resultado de reclamaciones que despertaron la sensibilidad y responsabilidad social de una senadora de la República, quien durante varios años presentó proyectos de ley al Congreso con el propósito de buscar solución a la adversa situación de la madre trabajadora que tiene bajo su responsabilidad un hijo en situación de diversidad funcional y que además debe trabajar para mantener a su núcleo familiar.

Lamentablemente dos proyectos fracasaron por falta de voluntad política social; sin embargo, después de insistir fue posible que se aceptara bajo el argumento del respeto a la dignidad humana que pregonaba el nuevo modelo de

Estado social y del compromiso que le asiste al Estado como director, coordinador y vigilante de la seguridad social, cuyo deber es brindar las garantías para su efectividad. Por tanto, era pertinente la creación a favor del hijo en situación de diversidad funcional, y de contera para su madre trabajadora, de una prestación como la pensión especial anticipada de vejez, en aras de hacer efectivas las disposiciones antes mencionadas.

Creación de la pensión especial de vejez

La pensión de vejez constituye la médula espinal de cualquier sistema de protección social, tal como manifiesta Tortuero (2013). Precisamente por ello, el legislador debe ser especialmente cuidadoso a la hora de definir requisitos y condiciones de acceso a esta prestación. Al expedirse la Ley 797 de 2003, que reformó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue posible la creación de la pensión especial anticipada de vejez, en principio para la madre trabajadora y luego extendida, vía precedente constitucional, para el padre trabajador.

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-563 de 2011, define esta prestación de la siguiente forma:

Beneficio pensional que trata el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9° de la ley 797 de 2003 no está previsto en estricto sentido a favor de la madre o el padre, pues su objetivo principal es el de proteger al hijo discapacitado, afectado por una invalidez física o mental y que dependen económicamente de ellos. Por tal motivo, en virtud de esta dispo-

sición se les otorga a sus progenitores la posibilidad de atenderlos a fin de compensar con su cuidado personal las deficiencias que padecen, impulsar su proceso de rehabilitación y ayudarlos a sobrevivir de una forma más digna. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-563, p. 1)

La pensión especial anticipada de vejez tiene un doble derrotero, por una parte, ir cumpliendo progresivamente con las obligaciones que ha adquirido el Estado colombiano a partir de la ratificación de tratados internacionales que brindan protección a un segmento históricamente discriminado como lo ha sido la población en situación de discapacidad; y, por la otra, ser un instrumento efectivo que permita contribuir al proceso de rehabilitación y consecución de la vida digna de los niños en situación de diversidad funcional, facilitando el tiempo y el dinero a sus padres para acompañarlos y apoyarlos durante esta etapa.

En este sentido, la pensión especial anticipada de vejez para las madres o padres trabajadores con hijos afectados por situación de diversidad funcional se suma a otras prestaciones ya existentes dentro del sistema de seguridad social que se han implementado gradualmente dentro del cuadro normativo colombiano y a las que habrán de sumarse en aplicación de las normas constitucionales y las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados con organismos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como la Convención Internacional para los Derechos de los Niños, adoptada por la

Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya finalidad principal es la protección de los niños (as) de todo el mundo y la mejora de sus condiciones de vida. Este tratado permite que los Estados adscritos se sensibilicen frente a visiones excluyentes relativas a los derechos fundamentales del colectivo antes mencionado.

Precisamente por este compromiso, Peces-Barbas indica que una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos fue el avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo XX, que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención mencionada (Peces-Barba, 1987).

En definitiva, un sustento a todas las políticas públicas que se implementen a favor de los niños y niñas y, más aún, cuando se encuentren en situación de diversidad funcional, obedece al principio del interés superior que, según Cillero, responde a que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen” (Cillero Bruñol, 1998, p. 78).

Requisitos de la pensión especial anticipada de vejez en Colombia

El legislador colombiano, en el año 2003 al expedir la Ley 797 de 2003, estableció en el inciso 2º, párrafo 4º, del artículo 9º, unos requisitos para acceder a esta prestación social, inicialmente concebida solo para la madre trabajadora con hijo en situación de discapacidad, la cual fue extendida al padre trabajador

vía precedente constitucional, exigiendo los siguientes requisitos:

- Que la madre o padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones por lo menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, es decir, a partir del año 2015, 1300 semanas;
- Que el hijo se encuentre en situación de discapacidad física o mental, debidamente calificada;
- Que el hijo discapacitado sea dependiente de su madre o de su padre, si fuere el caso;
- Que el hijo permanezca en situación de diversidad funcional y continúe como dependiente de los progenitores; y
- Que la madre y padre no se reincorpore a la fuerza laboral.

Frente a la viabilidad de acceso a la pensión ordinaria de vejez, la Superintendencia Financiera presentó el siguiente informe:

En el Sistema de Pensiones se encuentran registrados como afiliados 13.892.175 personas, pero solo se encuentran activas, es decir con cotizaciones al día, 6.251.479 equivalentes al 45% de los cotizantes. Quiere decir lo anterior que el 55% (7.640.696 personas) de los cotizantes quizás no completen los requisitos para pensionarse, pero es de suponer que entre ambos cónyuges o compañeros permanentes sí sea posible, por lo cual la pensión familiar está dirigida al 55% de los afiliados actuales que de otra

forma no se podrían pensionar. (Raad Hernández & Casabianca Prada, 2008)

Adviértase entonces, la complejidad que supone en Colombia que una sola persona alcance a cotizar 1300 semanas para acceder a la pensión de vejez, lo que nuevamente nos reafirma la complejidad de acceder a la pensión especial anticipada de vejez tempranamente, para acompañar y participar en el proceso de rehabilitación e inclusión del hijo en situación de diversidad y, de esta manera se cumpla con los fines para las que fue creada y permita que la madre o padre puedan dedicarse a cuidado especial que su hijo requiere, así como brindarle todo el amor y solidaridad en pro de una mejor calidad de vida.

Por lo que es viable inferir la dificultad en el cumplimiento de los requisitos si estos mismos se trasladan a la pensión especial anticipada de vejez, por ende resulta procedente plantear la hipótesis que dio origen a la investigación como es: “La pensión especial de vejez para padres de hijos en situación de diversidad funcional tiene una eficacia simbólica dentro del ordenamiento jurídico colombiano”.

Para corroborar la mencionada hipótesis, se analizará esta prestación a la luz de la eficacia simbólica del derecho.

La teoría de la eficacia simbólica del derecho

Para el estudio de la teoría de la eficacia simbólica del derecho, se hizo necesario el análisis del recorrido teórico que se ha venido realizando desde horizontes disciplinares y conceptuales

por diferentes estudiosos de las ciencias sociales y jurídicas, frente a la mencionada teoría.

En ese sentido, el sociólogo francés Pierre Bourdieu (Bourdieu, 2008), desde una sociología del lenguaje, plantea que este no es únicamente un instrumento del intelecto, sino una herramienta de la acción y de poder. Considera que el lenguaje no es neutro e “inocente”, que este sirve para reproducir y legitimar el dominio de quienes ostentan el poder en los distintos campos de la dinámica social; de tal manera que el lenguaje constituye un capital simbólico que forma parte de los bienes culturales y de las prácticas sociales, los hábitos y representaciones sociales.

Al respecto, afirma el sociólogo francés que:

La eficacia del discurso ritual se resuelve en el misterio del ministerio en la alquimia de los diferentes sentidos del término a través de la cual el representante constituye al grupo que le corresponde a él: el portavoz dotado del poder de hablar y actuar en nombre del grupo, y en primer lugar sobre el grupo que existe única y exclusivamente por esta delegación. (Bourdieu, 2008, pp. 73-77)

De esta manera, según el autor mencionado en el discurso, se conjugan tres condiciones interrelacionadas: “las propiedades lingüísticas del discurso, las propiedades de quien lo pronuncia y las propiedades de la institución que autoriza a pronunciarlos”. Ahora bien, para que tenga eficacia y funcione el discurso, se requiere que esté revestido de autoridad y para legitimarse debe ser un acto de delegación que no puede

ser ejercido a título personal; de manera que quienes la experimenten, reconozcan y acepten están autorizados para ello.

Nótese, entonces, que el lenguaje es un mecanismo que transmite el querer de quien ostenta autoridad y cuenta con poder político y económico, a través del cual se logra subyugar al resto del conglomerado que no hace parte de las instituciones públicas.

Continuando con las distintas acepciones de la eficacia simbólica, se resalta la afirmación del doctor en filosofía Honorio Manuel Velasco Maillo, de la Universidad Nacional a Distancia (UNED), quien indica:

Los actos simbólicos son increíblemente poderosos e increíblemente perdurables, fuertemente encadenados a los actos de la vida ordinaria; los rituales no parecen ser considerados breves secuencias de conducta, cuyas transformaciones son transitorias, sino que su poder consiste en proyectarse más allá, de manera regular en proyectar regularidad en lo que es secuencia y proceso. (Velasco, 1988)

La afirmación anterior nos ilustra claramente que los actos humanos están consustancialmente ligados a nuestros imaginarios simbólicos y definen las formas de nuestros hábitos, representaciones y conductas.

Por otro lado, Roland Barthes afirma que la realidad es imposible de conocer sin el lenguaje, que a su vez este se constituye en el legislador de la realidad, por tal razón, el lenguaje es un objeto en el que se inscribe el poder. En ese sentido, el

autor citado ilustra el carácter polisémico del símbolo en tanto que, no solamente sirve para comprender la realidad sino para expresar una posición de poder (Barthes, 1999).

Es importante destacar que el campo simbólico plantea diversas interpretaciones de sentido y de significado, por ejemplo, Umberto Eco, en lugar de hablar de producción de significado, habla de interpretación textual. Para que exista símbolo, según este autor, debe existir analogía, es decir, con relación a varios sentidos. Para él, lo simbólico consiste en utilizar una de estas representaciones y excluir otras dentro de un contexto específico. Lo planteado por el autor nos sugiere que del ejercicio interpretativo no se manifiesta en el significado de las palabras sino en el poder evocador de lo simbólico (Eco, 1990).

En esa línea, Ernst Cassirer manifiesta “que el hombre no puede enfrentarse con la realidad de un modo inmediato: no puede verla, como si dijéramos, cara a cara. La realidad física parece retroceder en la misma proporción que avanza la actividad simbólica” (1987, pp. 1-2). Es así como el autor mencionado, destaca el valor que tiene el símbolo en el proceso de producción de sentido y significado, que permiten generar horizontes de comprensión. Adicionalmente García Villegas (1993) que el lenguaje y las prácticas discursivas se derivan de la posición que ocupan los agentes en la estructura social, es así como el lenguaje no solo comunica, también permite persuadir y actuar.

Ahora bien, en el campo jurídico se tiene que la capacidad vinculadora de los símbolos,

cuando las normas se publican para regular los actos de las prácticas sociales, tienen dos tipos de incidencia; una de carácter instrumental y otra de carácter simbólico, tal como lo afirma García Villegas (2014), al plantear “que la transformación de la realidad a través de medios caracteriza la acción instrumental mientras que las acciones orientadas a la producción de significados, en el contexto de la interpretación, caracterizan las acciones simbólicas” (p. 91). Lo anterior permite concebir que la creación y aplicación del derecho sean asuntos que no siempre pueden explicarse exclusivamente desde el punto de vista normativo, tal como lo afirma el citado autor, manifestando que:

La incidencia social del derecho, que proviene de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca cuando se publica, y que logra la incidencia social por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad o de justicia. Se trata de un efecto discursivo, o del encuentro entre el lenguaje y su potencialidad de hacer cosas con palabras. (García Villegas, 2014, p. 2)

De esta forma, una norma es eficaz no solo por estar vigente en el ordenamiento jurídico, sino porque ella tiene la intención de originar un comportamiento activo o pasivo en sus destinatarios, por lo cual este modelo instrumental va íntimamente relacionado con la práctica de la norma, convirtiéndose esta en un indicador para evaluar el mayor o menor grado de eficacia de una disposición.

En relación con la eficacia simbólica en el campo de la representación, su fuerza radica

en el impacto mental que produce el discurso para establecer que es lo lícito o ilícito, lo justo o lo injusto, lo verdadero y lo falso cumpliendo una función psicológica al generar imaginarios y simbolizaciones que tienen un fuerte poder de evocación y significación.

Para comprender que se entiende por eficacia de la norma, es menester consignar unas distinciones preliminares entre los términos comúnmente confundidos: efectividad, eficacia y eficiencia. Se advierte que no existe un acuerdo con respecto a la definición y uso de estos conceptos, que en muchas obras suelen ser utilizados como sinónimos. No obstante, “se habla de normas efectivas en sentido amplio cuando estas logran la realización de la conducta prevista en ellas, sin que ello implique el logro de los objetivos establecidos en el texto jurídico” (García Villegas, 2014, p. 98).

Una reforma pensional, por ejemplo, es efectiva cuando logra que un número significativo de afiliados con relaciones de trabajo dependientes e independientes paguen los aportes al sistema para garantizar los riesgos futuros de vejez, invalidez y sobrevivientes.

En cuanto a la eficacia en sentido estricto, se manifiesta cuando una norma, además de conseguir que se cumpla la conducta prevista, logra los propósitos previstos en ella. Así, en el ejemplo propuesto anteriormente, la señalada reforma pensional será efectiva si, además de lograr sensibilizar a empleadores y a los trabajadores dependientes e independientes de la importancia de afiliarse al sistema general de pensiones, se logra el pago de los aportes pensionales.

Por último, se habla de eficiencia cuando se logran los objetivos previstos a través de la utilización de los mejores medios posibles. En el ejemplo planteado, los objetivos pensionales logrados se consiguieron con el menor costo posible.

No obstante, al haber delimitado la terminología anterior, el propio concepto de eficacia genera controversia, por lo cual se hace necesario reseñar algunas de las posiciones doctrinales más relevantes desarrolladas en torno a la temática tratada.

Una aproximación al concepto de eficacia de las normas jurídicas es la visión planteada por Federico de Castro, cuando afirma que “las normas de derecho manifiestan su eficacia dando valor jurídico, y conformando, según él, la realidad social” (De Castro, 1949, p. 495). Con ello se reafirma que mediante los procesos de representación y simbolización los sujetos sociales perciben la realidad social, que es una forma de construirla y de darle sentido a la misma, produciendo efectos en las conductas de los actores sociales.

En ese sentido, esa facultad de distinguir, de personificar, de simbolizar, genera unos efectos derivados de la interpretación de los actores o agentes de los hechos, formando esquemas de interpretación sobre la naturaleza del discurso jurídico, los cuales van a incidir en los procesos de significación que producen los agentes intervinientes.

De otra parte, el estudio de la eficacia de la norma propuesto por Liborio Hierro, en su

obra *La eficacia de la norma jurídica*, distingue cuatro formas de definirla, siendo estas la eficacia como cumplimiento por parte de los subordinados, eficacia como aplicación por parte de las autoridades del Estado, eficacia como éxito de los objetivos y la eficacia como eficiencia (Hierro, 2010).

Por su parte, Sumner establece que la eficacia como cumplimiento u obligación establecida nos permite “acatar el contenido de la norma”. Para el autor, “la conformidad con una regla es totalmente una cuestión de mera conducta. Es suficiente para la conformidad que yo haga lo que la regla establece; mi razón para hacerlo es completamente irrelevante” (Sumner, 1990, p. 63).

Por lo anterior, la eficacia como correspondencia ha sido ampliamente discutida y como resultado de los debates, esta visión fue paulatinamente desplazada por acepciones más amplias de eficacia en las cuales entra a valorarse la aplicación y el éxito de los propósitos establecidos en la disposición, como indicador para evaluar la eficacia de una norma.

Ahora bien, para Peter Ingram y ante la dificultad de medir la eficacia desde el punto de vista de cumplimiento, plantea que “determinar la eficacia de un sistema jurídico es más difícil que la evaluación de la conducta obediente” (Ingram, 1983, p. 495).

Por otro lado, se encontró la visión de eficacia como éxito, según la cual la eficacia de las normas jurídicas consiste:

En que sirvan para alcanzar el estado de cosas que el editor de la norma se propone

[...]. Ello quiere decir que para calibrar la eficacia como el “éxito” de la norma en servir de instrumento para alcanzar un estado de cosas deseable es necesario tomar en cuenta 1) el estado de cosas previo, 2) los propósitos del legislador, 3) la eficacia como cumplimiento o en su defecto aplicación y 4) el estado de cosas resultante. (Hierro, 2010, p. 169)

En el Estado social de derecho impera una visión teleológica, en donde las normas responden a una finalidad social y constitucional, por lo cual una verdadera eficacia acorde con estos postulados será aquella que evaluará el cumplimiento de los fines con la aplicación de las normas.

Por tal razón, respecto al alcance y delimitación de un término como eficacia en su significación jurídica, es en esencia interminable, “si bien hay muchas situaciones en las cuales se puede afirmar con claridad que una norma es eficaz o ineficaz, establecer una definición clara de eficacia, válida para todo tipo de normas, es algo problemático, casi imposible” (García Villegas, 2014, p. 94). La creación y aplicación del derecho son asuntos que no siempre pueden explicarse desde un punto de vista exclusivamente normativo, tal como lo afirma el profesor García Villegas.

La eficacia simbólica es utilizada por el Estado para legitimar el poder y hacer efectiva la autoridad por medio del lenguaje jurídico; al promulgar leyes que son utilizadas para enviar mensajes a la sociedad de que efectivamente está cumpliendo con las obligaciones y respon-

sabilidades que le corresponde como garante del Estado social de derecho. Sin embargo, no siempre la creación de la norma busca solucionar problemas sociales concretos, sino suscitar apreciaciones de aceptación hacia el sistema político tal como manifiestan García Villegas y Rodríguez Garavito (2003, pp. 15-66).

La anterior situación se produce cuando el derecho abandona su función social, dándole prioridad al poder político y económico. Por ello, algunas normas que se expiden no cumplen el propósito para las cuales fueron creadas y en otros eventos sus propósitos se transforman en fines no enunciados.

La teoría de la eficacia simbólica del derecho se desarrolla precisamente por la necesaria conexión que existe entre el derecho y la política, y, parafraseando a García y Rodríguez (2003), la eficacia simbólica constituye, una especie de diálogo legitimador entre las comunidades y la clase política, puesto que las solas acciones no son suficientes para satisfacer las demandas sociales, debido a que dentro del sistema jurídico el derecho funciona como instrumento de simulación para el tratamiento de situaciones problemáticas.

De esta forma, la eficacia simbólica del derecho opera como una especie de quimera institucional, un cumplimiento retórico a los problemas y un menosprecio a la eficacia del derecho, generándose una desatención en la práctica y, en esta medida, el derecho es utilizado para cumplir la función sociológica de preservar el statu quo imperante, aun ante el cambio de percepciones psicosociales, tal como manifiesta García Villegas (1993).

Por otro lado, la eficacia simbólica del derecho puede convertirse en un instrumento de inconformidad del *statu quo*, y compromete efectivamente la responsabilidad del Estado para la resolución de sus peticiones perdiendo su método dominante efectivo. En este punto, el derecho deja de actuar como una mentira institucional para reanimar la esperanza colectiva en torno al cumplimiento de la retórica promulgada de acuerdo a lo establecido por García Villegas y Rodríguez Garavito (2003).

Adicional a esto, de acuerdo con García Villegas (2014) se reconoce que el estudio de la dimensión simbólica no es algo inusual en los estudios del derecho, puesto que lo simbólico ha tenido especial importancia en el derecho constitucional, penal, laboral y ambiental.

Nótese cómo en todo sistema jurídico existen normas simbólicas que permiten imponer al poder político y económico, las reglas que en determinado momento les convengan a éstos en aras de lograr sus objetivos.

Modelos y tipos de eficacia simbólica

Para el doctrinante García Villegas (1993), la eficacia simbólica se expresa mediante tres modelos simbólicos, y estos a su vez contienen unos tipos que se mezclan entre sí, de manera que no existe un modelo totalmente puro, para lo cual acude al concepto de tipo ideal propuesto por Max Weber en su obra *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*.

Es de resaltar que los modelos de eficacia simbólica que propone García Villegas tienen una relación directa con el recorrido imperativo al que

debe someterse una norma en la búsqueda de los objetivos propuestos: promulgación, ejecución y eficacia. De ese recorrido obligatorio se derivan tres tipos de eficacia simbólica: eficacia enunciativa, eficacia argumentativa y eficacia substancial.

Para los efectos del presente trabajo, se comenzará explicando el modelo de eficacia enunciativa, que, según el nombrado autor, son aquellas normas carentes de eficacia real o instrumental, pero en la práctica tienen éxito al cumplir otro objetivo, como es precisamente el objetivo simbólico, el cual se hace efectivo con el simple acto de promulgación. Este modelo de eficacia cuenta, a su vez, con unos tipos de eficacia: performativa, convencional y de selección o aprendizaje.

El tipo de eficacia enunciativa-performativa se caracteriza porque la norma se crea con el único objetivo de ser solo promulgada y no ser aplicada. Utilizada por los gobiernos y políticos de turno para vender la idea de que están cumpliendo con su labor como líderes, por ello se utilizan expresiones como “se tomarán las medidas”, “emprenderemos las acciones necesarias...”, “haremos lo indispensable”.

García Villegas se fundamenta en lo manifestado por Ch. Grzegorzcyk, en relación a que la norma se convierte en una respuesta política y manifiesta. “El poder del derecho es el poder de decir el derecho: ‘dire c’est faire’” (1993, p. 239). Este tipo de normas se utiliza en estados de emergencia, con la finalidad de controlar situaciones de orden público.

En cuanto al segundo tipo de norma denominada eficacia enunciativa-convencional, manifiesta García Villegas (1993, p. 239) que sirve para dar

respuesta a un compromiso que el gobierno tiene frente a diferentes partes que tienen un interés específico divergente en relación con una determinada disposición, es decir, no se considera fracaso el hecho de que la norma promulgada no se aplique, debido a que su objetivo simbólico es precisamente mantener la norma dentro del ordenamiento jurídico; pero sin aplicarla. Como muestra de esto, encontramos la prohibición del aborto en una norma de la legislación Belga, sin embargo, la sanción contemplada en la misma nunca se aplicó, por tanto, se logró el objetivo simbólico, es decir, responder a compromisos de determinados colectivos que manifestaban un interés específico discordante en relación con la norma.

El tercer tipo dentro del modelo de la eficacia enunciativa es el de selección o aprendizaje, el cual se caracteriza porque la norma no tiene un objetivo explícito, o el mismo es confuso o indeterminado, por tanto, la eficacia instrumental se torna en un fracaso aparente, sin embargo, es precisamente una estrategia de la clase política o de los gobernantes para responder a las demandas sociales.

Es más, en muchas ocasiones se crea la norma sin tener claro la forma como regular la situación, esto es, “sólo se promulga la norma con el objetivo de tantear el terreno”, “para hacerse a una idea” para buscar precisamente el objetivo y, en consecuencia, para definir el interés que debe salir favorecido” (1993, p. 239).

El segundo modelo es el de la eficacia argumentativa, que son aquellas normas que tienen efectividad pero no logran eficacia, dado que

existe una tergiversación entre los objetivos propuestos en la norma y los objetivos logrados. “Es aquí donde surge la eficacia simbólica del derecho una norma que cumple propósitos diferentes a los explícitos” (1993, p. 245).

Este modelo a su vez tiene dos tipos, el primero: la eficacia argumentativa-originada, la cual se sustenta en un discurso para su creación que luego desconoce en forma premeditada, en busca de ciertos propósitos diferentes. Se da con frecuencia en el órgano ejecutivo en estado de excepción. Tal como manifiesta García Villegas (1993, p. 247), un ejemplo de esta categoría de eficacia es el Decreto 2047 de 1990, que consagró rebaja de pena a los narcotraficantes que se entregaran y confesaran sus delitos de tráfico de estupefacientes.

El segundo tipo de eficacia es argumentativa-sobreviniente, y se caracteriza por la falta de comunicación entre los órganos creadores y aplicadores del derecho, y precisamente este divorcio trae consigo el fracaso en la eficacia instrumental. Esta separación es una estrategia utilizada por los políticos, para vender la idea a sus electores que están cumpliendo con las promesas preelectorales y se aprovechan para cumplir a su vez con los objetivos propios, como es hacer creer que están efectivizando sus compromisos con el colectivo que los eligió, sin embargo, desconocen la armonización que imperativamente debe existir entre la instancia creadora y aplicadora.

Por último, tenemos el tercer modelo de eficacia simbólica: la substancial, según García Villegas, es aquella en la que “no siempre la eficacia

simbólica es producto de estrategias utilizadas por las instancias creadoras y aplicadoras, que persiguen objetivos diferentes a los propiamente jurídicos” (1993, p. 257).

Este modelo de eficacia integra dos tipos: la eficacia de legitimación, mediante la cual ciertas normas son producto del ejercicio de una fuerte presión de grupos sociales a las autoridades, predominando de manera injustificada unos intereses en detrimento de otros, siendo el derecho eficaz instrumentalmente. Sin embargo, la mencionada eficacia deviene en inactiva, puesto que solo fortalece las relaciones intersubjetivas de una cierta realidad.

La eficacia substancial-tipo de figuración tiene relación con aquellas normas, cuya finalidad es crear una representación a partir del impulso, esto es, su objetivo explícito es un símbolo a través del cual se pretende hacer ver la realidad de cierta forma.

Análisis de la pensión especial de vejez a la luz de la teoría de la eficacia simbólica del derecho

Habiendo explicado los modelos y tipos de la eficacia simbólica del derechos, desarrollados por el profesor Mauricio García Villegas, se pudo constatar que la disposición que regula la pensión especial anticipada de vejez establecida en el inciso 2º, del parágrafo 4º, del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se circunscribe en el modelo de la eficacia argumentativa del tipo sobreviniente, dado que la norma tiene un objetivo claro y concreto, como es que la madre o padre trabajador puedan acceder tempranamente a la

pensión especial anticipada de vejez para dedicarse al cuidado y apoyo de su hijo, sin embargo, en la instancia aplicadora esta pensión resulta simbólica y retórica, puesto que para cotizar las 1300 semanas se requiere aportar durante 25.27 años, lo que necesariamente conduce a inferir que el propósito o finalidad principal se queda en el plano simbólico, lo que va en contradicción con conceptos médicos que atribuyen al cuidado y amor de la madre el mejor remedio para la cura de enfermedades de sus hijos.

Al exigir un requisito de esta magnitud, se desvirtúa el propósito de la norma que es la de proteger de manera excepcional al hijo en situación de diversidad funcional, requisito que es indispensable para acceder a la pensión especial. Al respecto, se observa que este derecho se hace materialmente inaccesible cuando se le impone a los progenitores el aporte de 1300 semanas, que traducidos en tiempo equivale a 25,27 años de aporte como a cualquier otro cotizante, impidiendo que los padres abandonen tempranamente el mercado laboral y se dediquen a cuidar, atender y socorrer a sus hijos en situación de diversidad funcional en los primeros años de vida, que son tan importantes para su rehabilitación, soslayando la condición especial del hijo. que, según concepto científico del Dr. Glenn Doman en su obra ¿Qué hacer por su niño con lesión cerebral?, al manifestar:

¿Quién logró tales milagros, si se les puede calificar así, en la década de los años sesenta? fueron los padres quienes lo lograron, y en casa. Los padres esas personas en general ignoradas, en ocasiones despreciadas, con frecuencia tratadas

con aire condescendiente y casi nunca creídas aplicaron en esa el tratamiento que llevó a un niño de la desesperación a la esperanza, de la parálisis a caminar, de la ceguera a la lectura, de un coeficiente intelectual de 70 a uno de 140, del silencio al habla. Los padres. (Doman, 2012, p. 27)

Conclusiones

La consagración de la pensión especial de vejez ha sido el inicio de un largo camino que se debe recorrer hasta lograr que el Estado colombiano, la sociedad y las instituciones públicas y privadas entiendan y acepten que todas las personas tienen un compromiso social, serio y responsable con el colectivo poblacional que se encuentra en situación de diversidad funcional, en especial los niños o niñas en aras de lograr su rehabilitación e integración social y, de esta manera, contribuir a la conformación de una sociedad más justa y equitativa.

Los instrumentos internacionales aportaron al debate y a la construcción de la mencionada pensión, en ese sentido se destaca la Convención Internacional para los Derechos de los Niños, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya finalidad principal es la protección de los derechos de los niños de todo el mundo y mejorar sus condiciones de vida, permitiendo que los Estados parte se sensibilizaran frente a visiones excluyentes producto de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales.

Precisamente por esto, Peces-Barba (1987) indica que una de las principales consecuen-

cias de la positivización internacional de los derechos humanos fue el avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo XX, que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención mencionada.

En definitiva, un sustento a todas las políticas públicas que se implementen a favor de los niños y niñas, y más aún cuando se encuentren en situación de diversidad funcional, obedece al principio del interés superior que, según Cillero, responde a que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen” (Cillero Bruñol, 1998, p. 78).

Los resultados de la investigación demostraron que el Estado colombiano no ha respondido a la responsabilidad de garantizar al colectivo en situación de diversidad funcional frente a las políticas de seguridad social, ya que el propósito de la disposición se queda en la promulgación, inscribiéndose en el modelo de eficacia simbólica argumentativa de tipo sobreviviente, puesto que la norma tiene un propósito claro, como es que la madre o padre se dediquen a cuidar a su hijo, pero no materializable, generando desencanto y frustración en el ciudadano, al vaciar los contenidos de las normas, de los principios, de las necesidades y derechos que le asisten al colectivo objeto de estudio.

Se advierte una ambivalencia entre la voluntad política de garantizar a este grupo la pensión especial anticipada de vejez, y la necesaria sujeción a los condicionamientos que ejercen las políticas fiscales, convirtiendo la norma en

una retórica y desnaturalizando su verdadera naturaleza social, puesto que la exigencia de cotizar 1300 semanas si se quiere acceder a la prestación impide que la madre o padre pueda abandonar su actividad laboral en los primeros años de vida de su hijo que son tan esenciales para la rehabilitación, desarrollo e inclusión social.

Las anteriores recomendaciones se dirigen a lograr la efectivización de los principios y valores que deben regir en todo sistema pensional y en especial a favor de grupos poblacionales en situación de debilidad manifiesta, como solidaridad, justicia social, sostenibilidad financiera y principalmente el de progresividad.

Sobre la progresividad de las normas en materia de seguridad social se ha señalado que esta presupone dos situaciones particulares: la primera, que los derechos sociales se alcancen gradualmente, y la segunda, que tengan en sí mismo una obligación de progreso a cargo del Estado, de mejoramiento constante en las condiciones de su goce y ejercicio.

Por último, es necesario resaltar lo que manifiesta Unicef (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), refiriéndose a la protección y cuidado de los niños (as), quien señala que “no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana” (s.f., p. 3).

Referencias

- Barthes, R. (1999). *Mitologías, siglo XXI*. Traducido por Hector Schmucler. 12.^a ed. México D.S.: Siglo Veintiuno Editores. ISBN: 968-23-0557-8.
- Bourdieu, P. (2008). ¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos. Madrid, España: Ediciones Akal. ISBN: 9788446029502.
- Cassirer, E. (1987). *Antropología filosófica*. Trad. Eugenio Imaz. 5.^a ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Cillero Bruñol, M. (1998). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: E. García Méndez (Ed.), *Infancia, Ley y democracia en América Latina* (p. 78). Argentina: Editorial Temis – Depalma.
- De Castro, F. (1949). *Derecho civil de España* (p. 495). 1.^a ed. Madrid, España: Editorial Instituto de estudios políticos. ISBN: 978-84-470-3121-4.
- Doman, G. (2012). *Qué hacer por un hijo con lesión cerebral* (p. 27). Trad. Arturo Tenacio. Chile: Editorial Edaf. ISBN: 978-84-414-2124-0.
- Eco, U. (1990). *Semiótica y filosofía del lenguaje*. Trad. R. P. 1.^a ed. Barcelona, España: Editorial Lumen. ISBN: 84-264-1196-7.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). (s.f.). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España: Unicef Comité Español. Recuperado de https://old.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. 1.^a ed. Santafé de Bogotá. D.C., Colombia: Ediciones Uniandes. ISBN: 958-9057-34-9.

- García Villegas, M. (2014) Eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina (p. 91). 2^{da}. ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial. EPR, Debat. Universidad Nacional de Colombia.
- García Villegas, M. & Rodríguez Garavito, C. (2003). "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos". En: M. García Villegas & C. Rodríguez Garavito (Ed.), Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos (pp. 15-66). Bogotá: ILSA-Colección Enclave Sur.
- Hierro, L. (2010). La eficacia de las normas jurídicas. 1.^a ed. México: Editorial Fontamara. ISBN: 978-6-07-792101-1.
- Ingram, P. (1983). Effectiveness. En: Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie. Vol. 69, n.º 4.
- Martínez, H. & Ávila, E. (2010). Metodología de la investigación. México: Cengage Learning Editores.
- Niño, V. (2011). Metodología de la investigación, diseño y ejecución. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones de la U.
- Peces-Barba, G. (1987). Derecho positivo de los derechos humanos. Madrid: Debate. ISBN: 9788474442731.
- Raad Hernández, E. & Casabianca Prada, J. (s.f.). Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 399 de 2009 Cámara, 127 de 2008, Senado. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=399&p_consec=24597 [Citado en 26 de octubre de 2016].
- Sumner, L. W. (1990). The Moral Foundations of Rights (p. 63). 1.^a ed. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press. ISBN-13: 978-0198247517.
- Tortuero, J. (2013). "Desempleo juvenil vs. pensión de vejez: panel de discusión". En: Cátedra Europa (15º: 2013: Barranquilla, Colombia).
- Velasco, H. (1988). "Crear es poder. Un replanteamiento de la eficacia simbólica". En: RS. Cuadernos de Realidades Sociales, (31-32), 21-29. ISSN. 0302-7724.
- Yuni, J. & Ariel, Cl. (Año). Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación. 2.^a ed, Vol. 2. Córdoba, Argentina: Editorial Brujas.

Jurisprudencia consultada

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. (Sentencia T-123), pp. 6-7. Copia tomada directamente de la corporación.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 21 de julio de 2011. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia T-563), p. 1. Copia tomada directamente de la corporación.