

Expediente T-1.791.427

Sentencia T-752/08

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Protección constitucional/PROTECCION CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

PENSION DE INVALIDEZ-Aplicación del principio de progresividad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Elementos/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Carácter iusfundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Alcance y contenido

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Hipótesis en que resulta procedente

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHOS SOCIALES-Alcance

PENSION DE INVALIDEZ-Aplicación del principio de progresividad

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Línea jurisprudencial

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Exigencias establecidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 39 con las modificaciones hechas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003

PENSION DE INVALIDEZ-Norma que establece requisito de fidelidad

Referencia: expediente T- 1.791.427

Acción de tutela instaurada por Ana María Arboleda Balbín contra el Instituto de Seguros Sociales

Magistrado Ponente

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil ocho (2008)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, así como el conjuer designado para el efecto; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Catorce Penal del

Circuito de Medellín en la acción de tutela instaurada por Ana María Arboleda Balbín contra el Instituto de Seguros Sociales

I. ANTECEDENTES

La Ciudadana Ana María Arboleda Balbín interpuso acción de tutela con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y al debido proceso; garantías que, según lo expuesto en el escrito de demanda, fueron vulneradas por el Instituto de Seguros Sociales con ocasión de la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala:

- 1.- La accionante se vinculó laboralmente a la empresa "Tulli Fashion", asumiendo el cargo de confeccionista a partir "del año 2002", en vista de su condición de madre cabeza de familia y tras la muerte de su esposo.
- 2.- En el mes de enero de 2006, debido a fuertes quebrantos de salud, fue sometida a observación médica por parte de la entidad demandada; valoración a partir de la cual le fue diagnosticado "glaucoma crónico de ángulo abierto".
- 3.- El día 1° de septiembre de esa misma anualidad, fue emitido un "Dictamen médico laboral" en el cual se determinó que, además del padecimiento anterior, la paciente sufría de "osteopenia moderada y osteoartritis severa de manos y columna". Así mismo, estimó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en una cifra que ascendía al 50.01 %.
- 4.- El día 21 de septiembre de 2006, con fundamento en la mencionada calificación, la Ciudadana presentó ante la entidad demandada una solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez.
- 5.- Mediante Resolución 010889 del 23 de Mayo de 2007, la Gerencia Seccional del Departamento de atención al pensionado del Instituto de Seguros Sociales resolvió de manera negativa la petición elevada por la Ciudadana. Tal determinación se debió a que, de conformidad con el reporte de semanas expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto se estableció que la accionante no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Con fundamento en los hechos reseñados, la accionante solicitó como medida de protección de sus derechos fundamentales una orden en virtud de la cual se ordenara a la entidad demandada la realización de "un nuevo estudio en donde se tenga en cuenta las circunstancias actuales concernientes a la salud de la accionante, en procura y respeto de las normas y principios anteriormente nombrados"

Ahora bien, antes de examinar la sentencia de única instancia, es preciso anotar que dentro del término procesal conferido por el juez de instancia, la entidad demandada se abstuvo de presentar escrito de contestación de demanda.

II. Sentencia objeto de revisión

Mediante providencia del 4 de septiembre de 2007, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín declaró improcedente la acción interpuesta por el apoderado judicial de la Ciudadana. Luego de realizar una escueta consideración a propósito del mecanismo de amparo consagrado en el artículo 86 del texto constitucional, el Juez señaló que la pretensión elevada por la

peticionaria no se encontraba llamada a prosperar de acuerdo a lo prescrito por el principio de subsidiariedad que regula la procedibilidad de la acción de tutela. En consecuencia, estimó que la Ciudadana contaba con recursos judiciales diferentes que podrían ser interpuestos ante la jurisdicción ordinaria, los cuales hacían improcedente, en el caso concreto, la solicitud de protección judicial de sus derechos fundamentales.

III. Trámite de revisión

La Sala de Revisión del proceso de tutela de la referencia tuvo lugar el pasado ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), fecha para la cual la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández se encontraba ausente con permiso aprobado por la Presidencia de esta Corporación. En atención al salvamento de voto presentado por el Magistrado Jaime Araújo Rentería en relación con el proyecto de decisión y al consecuente empate en la votación del mismo los Magistrados presentes eligieron por sorteo efectuado ante la Secretaria General de la Corte al Doctor José Roberto Herrera Vergara como conjuuez integrante de la Sala de Decisión y convinieron establecer una fecha posterior para la adopción del fallo.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Nacional y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En atención a que la solicitud de amparo interpuesta por la accionante consiste en obtener aplicación de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 -el cual fue objeto de modificación por la Ley 860 de 2003- para el reconocimiento de la pensión de invalidez; la Sala de Revisión encuentra necesario dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿es posible ordenar la protección del contenido específico de la progresividad del derecho a la seguridad social por vía de tutela, cuando se trate del reconocimiento de la pensión de invalidez? Para tal efecto, en esta providencia se abordarán los siguientes temas: (i) Protección constitucional a la seguridad social. (ii) El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (iii) Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez.

Protección constitucional a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

En abundante jurisprudencia esta Corporación se ha ocupado de establecer el alcance de la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en nuestro ordenamiento[1]. Así, en el texto constitucional se observa que la seguridad social ha sido objeto de una configuración compleja: en primer lugar, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 superior, constituye un "servicio público de carácter obligatorio". De acuerdo a esta disposición al Estado le corresponde una importante labor en su realización dado que el texto superior le confía las correspondientes labores de dirección, coordinación y control; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia[2]. Adicionalmente, en la dirección sugerida por el artículo 48 superior, el Congreso estableció en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 que la seguridad social constituye un "servicio público esencial" en lo relativo a los

subsistemas de salud y pensiones, precisando que en este último sólo gozan de tal caracterización aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas. Dicha consagración supone un considerable incremento en la responsabilidad que resulta exigible al Estado y a todas las entidades que participan en el sistema de seguridad social, dado que las exigencias de permanencia y continuidad del servicio se convierten en deberes inexcusables, lo cual coincide con el propósito general que inspira la Ley de seguridad social.

Aunado a lo anterior, del inciso segundo de la disposición constitucional en comento surge la faceta complementaria del diseño ideado por el constituyente sobre el tema. Dicho segmento normativo establece que la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de demandar del Estado y, en términos generales, del sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 la satisfacción de prestaciones concretas. Textualmente, el inciso 2º consagra el mencionado derecho en los siguientes términos: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

De acuerdo a la regla hermenéutica consignada en el artículo 93.2 constitucional, la interpretación del derecho a la seguridad social deberá ser realizada “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”[3], razón por la cual resulta imperativa la labor de consulta de los instrumentos de esta naturaleza que permitan avanzar en el esfuerzo de determinación del aludido derecho. De manera específica, interesa resaltar ahora lo establecido en el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en la materia. De manera textual la disposición prescribe lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Sobre el particular, de manera reciente[4] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)” . De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos[5], en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales. A renglón seguido, el Comité llama la atención sobre el carácter “redistributivo” que caracteriza a este derecho; virtud de la cual se siguen las significativas consecuencias de disminución de la pobreza y promoción de la inclusión social que este derecho trae consigo.

Con orientación análoga a la propuesta por el CDESC, en sentencia T-468 de 2007, esta Corporación se pronunció sobre el notable papel que desempeña el derecho a la seguridad social dentro de la compleja red de garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional:

En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal

deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.

De acuerdo a la consideración anterior, el diseño y funcionamiento del Sistema general de seguridad social no sólo encuentra sustento en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, sino adicionalmente en el artículo 13 de la Carta, en la medida en que su implementación sigue el ineludible compromiso asumido por la organización estatal consistente en la erradicación de todas las formas de marginación social y discriminación que se opongan a la realización plena de la dignidad humana[6].

Ahora bien, de acuerdo a la observación bajo estudio, en desarrollo de lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 2° del PIDESC, corresponde a los Estados signatarios -dentro del máximo de recursos de los que dispongan adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social. Dichas medidas habrán de ser diseñadas y ejecutadas de manera tal que no permitan restricciones irrazonables o desproporcionadas de acceso y "en todo caso deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano". En consecuencia, al margen del amplio espectro de configuración reconocido a las organizaciones estatales; tal como ocurre con el conjunto de derechos inscritos bajo la enseña de los derechos económicos, sociales y culturales, existe un mínimo irreductible que de manera impostergable debe garantizar el Estado. Así las cosas, el derecho a la seguridad social, en la medida en que "es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana"[7] es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".

Aunado a lo anterior, bajo la rúbrica "elementos del derecho a la seguridad social", en la observación en comento el órgano internacional señaló los diferentes elementos que, de acuerdo a lo establecido en el PIDESC, dan al alcance a este derecho:

(i) Disponibilidad: En virtud de esta exigencia, el Estado debe asegurar la existencia y el adecuado funcionamiento de un sistema de seguridad social que, con prescindencia del tipo de plan acogido -"contributivo o no contributivo"- ha de garantizar la provisión de las prestaciones en las cuales se materializa el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, la organización estatal se encuentra llamada a asumir su administración y supervisión eficaz. Por último, dentro de este principio se incluye un deber específico que demanda del Estado la labor de realizar dicho diseño institucional sobre bases económicas que permitan su sostenibilidad.

(ii) Riesgos e imprevistos sociales. El sistema de seguridad social se encuentra llamado a garantizar el cubrimiento de las siguientes situaciones, dentro de las cuales se establecen de manera precisa requisitos sustanciales de calidad, idoneidad y prontitud en su provisión: a.) atención en salud, b.) enfermedad, c.) vejez, d.) desempleo, e.) accidentes laborales, f.) prestaciones familiares, g.) maternidad, h.) discapacidad, i.) sobrevivientes y huérfanos.

(iii) Nivel suficiente. Las prestaciones ideadas para atender las contingencias anteriormente descritas deben resultar suficientes de cara a la labor de satisfacción del derecho a la seguridad social, lo cual establece una considerable exigencia en términos cualitativos y cuantitativos, razón por la cual el establecimiento de aquellas prestaciones habrá de ceñirse de manera cuidadosa al tipo de necesidades que pretenden ser atendidas. Adicionalmente, en desarrollo de este principio, el Comité señala que las organizaciones estatales están obligadas a considerar, en todo caso, el alcance de los principios rectores que debe acoger el sistema: dignidad humana y proscripción de la discriminación.

(iv) Accesibilidad. La creación del sistema de seguridad social, si bien ha de seguir una vocación de universalidad, al mismo tiempo debe realizar especial énfasis en la tarea de promover la inclusión de sectores tradicionalmente marginados de la posibilidad de goce de esta garantía. De acuerdo a tal consideración, el CDESC señaló los siguientes parámetros para efectos de asegurar el acceso al derecho a la seguridad social:

a.) Cobertura. El sistema de seguridad social debe permitir a "todas las

personas" el goce de las prestaciones creadas. Por tal razón, el diseño de planes no contributivos - esto es, aquellos basados en una estructura económica y administrativa en la cual se hace prescindencia de la capacidad de pago de los beneficiarios- adquieren notable importancia para incluir a las personas que no cuentan con los medios económicos para asumir el costo de las prestaciones; pues los anotados motivos económicos no pueden constituir una barrera atendible de acceso.

b.) Condiciones. Los requisitos que han de ser opuestos para los beneficiarios del sistema deben recoger, en todos los casos, exigencias razonables, proporcionadas y transparentes.

c.) Asequibilidad. El pago de las cotizaciones que han de asumir los participantes en el sistema debe ser establecido de manera previa y, adicionalmente, su costo debe permitir el acceso de la población.

d.) Participación e información. Los beneficiarios han de contar con la posibilidad real y efectiva de participar en la administración del sistema, lo cual, a su vez, señala la obligación en cabeza del Estado consistente en garantizar el derecho a "recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente".

e.) Acceso físico. Las prestaciones han de ser reconocidas y concedidas oportunamente, pues de otra forma el propósito que anima la fundación del sistema de seguridad social resulta burlado con la consecuente mella del principio de dignidad humana que pretende ser materializado mediante aquel. Aunado a lo anterior, los Estados deben garantizar acceso físico a los servicios de seguridad social, lo cual adquiere gran importancia en el caso particular de los discapacitados, trabajadores migrantes, personas que habitan en zonas distantes, víctimas de conflictos armados, entre otras, etc.

Para terminar el examen de la observación general es preciso examinar con algún detenimiento

las obligaciones básicas establecidas para los Estados a partir de la suscripción del Pacto en la materia específica del derecho a la seguridad social. Antes de avanzar en dicho estudio, resulta oportuno señalar que la indicación de dichas obligaciones básicas apuntan, a la vez que refuerzan, el corolario constitucional indicado en líneas precedentes a propósito de la naturaleza iusfundamental del derecho a la seguridad social, en la medida en que dan cuenta de la existencia de un conjunto de condiciones sustanciales, de las cuales no sólo depende la posibilidad efectiva de hacer valer el derecho a la dignidad humana, sino que condicionan de manera a priori el desarrollo legislativo o reglamentario que han de ofrecer los Estados. Cabe anotar ahora que la cuestión específica respecto de su exigibilidad por vía de tutela constituye un problema jurídico diferente del cual se ocupará la Sala más adelante.

El establecimiento de un conjunto específico de obligaciones básicas en la materia es consecuencia de la consideración que con antelación el Comité había desarrollado en la observación general número 3, a propósito de la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte, en la cual señaló que, si bien de acuerdo al artículo 2° del PIDESC el principio de progresividad establece el alcance de tales deberes, la misma ratificación del tratado por parte de las organizaciones estatales indica el acuerdo respecto de la creación de obligaciones esenciales relacionadas con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, la suscripción del tratado por parte de los Estados indica la existencia de deberes mínimos de protección a su cargo, con independencia de la proscripción de adopción de medidas regresivas.

En el caso particular del derecho a la seguridad social, el órgano internacional compila los siguientes deberes básicos: “(i) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación”. A continuación, el Comité indica que en aquellos eventos en los cuales las organizaciones estatales no cuenten con los medios para asegurar cumplimiento a tal prescripción, es su obligación realizar amplias consultas que le permitan seleccionar un grupo básico de riesgos e imprevistos sociales, que deberán ser atendidos en los términos señalados; “(ii) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados; (iii) Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas; (iv) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social; (v) Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados; (vi) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social”.

Ahora bien, en el caso colombiano, como ha sido sugerido anteriormente, el sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 ha sido el instrumento mediante el cual el Estado ha pretendido dar cumplimiento a las obligaciones internacionales reseñadas y a los fines constitucionales que se encuentran plasmados en el artículo 48 superior. Así las cosas, dentro de la regulación ofrecida por la ley de seguridad social se encuentra establecida la estructura a partir de la cual ha de ser ejercido el “derecho irrenunciable a la seguridad social”.

De cara a dicha tarea, la ley 100 de 1993 y la normatividad complementaria ha establecido con precisión los elementos que hacen parte de este complejo engranaje, entre los cuales se encuentran: (i) las autoridades encargadas de la prestación de los servicios, (ii) las prestaciones sociales, (iii) los mecanismos y autoridades encargadas de adelantar la supervisión del sistema, (iv) los diferentes planes de cobertura y, finalmente, (v) los mecanismos de financiamiento.

Con fundamento en dicha estructura, la jurisdicción constitucional ha resuelto varias controversias de las cuales interesa resaltar ahora el acceso a prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social. En tal sentido, las vicisitudes cuya solución ha sido ordenada por vía de tutela se pueden agrupar en dos conjuntos fácticos: (i) reclamación de prestaciones incluidas en el sistema y, en segundo término, (ii) prestaciones no establecidas en el sistema de seguridad social.

En este punto resulta oportuno indicar que, de acuerdo a la regla descrita en el inciso 3° del artículo 86 superior -principio de subsidiariedad- en principio, no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias en la medida en que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un cauce procedimental específico para la composición de esta suerte de litigios. Así las cosas, la jurisdicción laboral y de seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el alto encargo de garantizar protección al derecho fundamental a la seguridad social. Así lo recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios.

Empero, en aplicación del mismo principio de subsidiariedad, el cual establece una excepción a tales recursos ordinarios de amparo, la jurisprudencia constitucional ha reparado en eventos específicos ante los cuales, a pesar de la existencia de tales medios de protección, resulta imperiosa la necesidad de intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la materialización de un perjuicio irremediable, circunstancia que indica la falta de idoneidad de los instrumentos habituales en el caso concreto para garantizar la protección del derecho fundamental amenazado.

De acuerdo a la consideración anterior, ante la urgencia de brindar protección judicial por vía de tutela al derecho a la seguridad social, la jurisdicción constitucional se ha encontrado ante los dos eventos señalados: (i) en el primer supuesto, se presenta una oposición a la solicitud de una determinada prestación a pesar de la existencia de un deber específico dirigido al sistema, consistente en la obligación de asegurar dicha prestación -esto es, una abstención frente a un claro mandato de actuación-. En la medida en que existe una prescripción de orden legal sobre la cual se apoya la pretensión de amparo, en estos eventos esta Corporación ha dado aplicación al argumento de la "transmutación de los derechos sociales" para ordenar la protección del derecho fundamental a la seguridad social¹[8].

(ii) En la segunda hipótesis se reclama una prestación de seguridad social a la cual, de acuerdo a lo prescrito en las disposiciones que dan cuerpo al sistema y, de manera específica, según lo dispuesto para los diferentes planes de cobertura, el Ciudadano no resulta acreedor de aquella solicitud. En este supuesto particular la Corte Constitucional se ha valido de los argumentos de "conexidad" y amparo del "mínimo vital" para efectos de asegurar una adecuada protección de la garantía iusfundamental que ha sido reconocida a todos los habitantes, bajo el título de un verdadero "derecho irrenunciable".

Sin embargo, la Sala de Revisión encuentra oportuno señalar ahora que, de acuerdo a las consideraciones hasta ahora desarrolladas en esta providencia, la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo –calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2° del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9° del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, definido como “derecho humano” por parte del CDESC en la observación general número 19-. Por tal razón, si bien hasta ahora la Corte ha empleado la figura de la conexidad al momento de

resolver este tipo de controversias, la Sala estima que la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de 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 concreto[9]. (ii) En segundo término, teniendo presentes los postulados 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.

Establecido el alcance del derecho a la seguridad social a la luz del texto constitucional y del bloque de constitucionalidad, procede la Sala a examinar la aplicación del principio de progresividad en el caso particular los derechos económicos, sociales y culturales.

El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Antes de analizar con algún detenimiento el alcance de la máxima de progresividad en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, es preciso llamar la atención de manera preliminar sobre la distinción existente entre este postulado y el principio de favorabilidad en materia laboral.

Sin que sea necesario detenerse ahora en un estudio detallado de la cuestión, basta indicar que el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 del texto constitucional como una de las máximas rectoras del estatuto del trabajo, recoge una orden dirigida a los operadores jurídicos cuando quiera que ellos se encuentren ante un escenario de perplejidad al momento de resolver una controversia de orden laboral. En virtud de esta prescripción, cuando el operador se encuentre ante una duda razonable a propósito de la “aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, el margen de discrecionalidad entre las diferentes opciones normativas se encuentra considerablemente reducido, pues este mandato constitucional impone la elección de aquel fundamento o entendimiento normativo que resulte más conveniente para el sujeto que se encuentra en situación de subordinación frente al otro, esto es, el trabajador. De ahí resulta que el principio in dubio pro operario pueda ser entendido como una institución de justicia retributiva

toda vez que pretende el favorecimiento de la parte más débil de un contrato laboral como medida encaminada a aminorar los considerables equilibrios que se presentan en este tipo de vínculos contractuales. Anunciado este primer punto, procede la sala a examinar el alcance del principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Con el objetivo de analizar la aplicación del postulado, es menester examinar los fundamentos normativos que lo consagran como uno de los cánones rectores para determinar el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. De manera específica, el artículo 2° del PIDESC establece lo siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**[10]. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el texto constitucional colombiano consagra el principio de progresividad en el caso específico del derecho a la seguridad social. Textualmente, el artículo 48 superior establece lo siguiente:

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

En la medida en que el principio de progresividad proviene, en gran parte, de su consagración en el ordenamiento internacional, es preciso tener en cuenta el pronunciamiento que en la materia realizó el CDESC en su observación general número 3. En esa ocasión el Comité afirmó que la consagración del principio de progresividad en el PIDESC pone en evidencia la dificultad fáctica más importante a la cual se enfrenta el propósito de brindar amparo a los derechos económicos, sociales y culturales; la cual acusa que su debida realización no es posible de manera inmediata. Al contrario, en la medida en que demanda las más variadas prestaciones a cargo del Estado, se requiere un lapso dentro del cual la organización estatal adecue su estructura al objetivo de ofrecer a estos derechos plena satisfacción. No obstante, su consagración, en opinión del Comité, no debe ser mal interpretada en el sentido de vaciar la obligación de amparo de los derechos económicos, sociales y culturales de contenido significativo.

En consecuencia, el principio de progresividad debe ser leído a la luz del propósito general que recorre la totalidad de las disposiciones que componen el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual se dirige al establecimiento de obligaciones ciertas en cabeza de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos por este tratado. De tal manera, de la lectura sistemática del Pacto se deduce una obligación consistente en el deber de actuar con prontitud para adelantar todas las actuaciones necesarias para alcanzar el objetivo que traza el tratado.

En este pronunciamiento el Comité hace especial hincapié en una obligación de contenido específico que brota del principio de progresividad, según la cual los Estados firmantes del tratado no pueden adoptar medidas que impliquen un retroceso en la senda de protección que haya avanzado el Estado para procurar el amparo de estos derechos[11].

En este punto aflora un importante tema de reflexión, pues el principio de progresividad, que según abundante jurisprudencia de esta Corporación constituye el rasgo esencial de los derechos

sociales[12], parece sugerir que el único deber jurídico que impone a los Estados es el de no deshacer de manera injustificada el eventual desarrollo legislativo que haya sido ofrecido; lo cual se opondría al reconocimiento de un contenido intrínseco de estos derechos.

En contra de esta idea, en la misma observación general el Comité llama la atención sobre este punto con el objetivo de evitar cualquier interpretación que conduzca a tal conclusión. En tal sentido, en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser".

En idéntico sentido al sugerido por el órgano internacional, en sentencia C-038 de 2004 la Sala Plena de esta Corporación señaló que el principio de progresividad se encuentra desprovisto de cualquier contenido meramente retórico, lo cual supone la inconducencia de su empleo como excusa para eludir o dilatar la obligación de realización de los derechos sociales. Al contrario, a juicio de la Corte, este principio supone el compromiso de iniciar de manera inmediata el proceso que conlleve a la realización plena de tales derechos, obligación que se suma al reconocimiento de "unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas"[13]. Así, en virtud del principio de progresividad que gobierna el alcance del derecho a la seguridad social como derecho social, sobre el Estado pesa el deber de ampliar su espectro de protección y de limitar las restricciones eventuales que puedan alterar su contenido.

Sobre el particular, En sentencia C-038 de 2004, ya referenciada, la Corte se pronunció sobre el significado de este principio con el objetivo de señalar que una vez ha sido alcanzado un determinado nivel de protección de cierto derecho social -tal como ocurrió con la expedición de la Ley 100 de 1993 respecto del derecho a la seguridad social- su ocasional retroceso se revela problemático desde la perspectiva constitucional, puesto que si bien el Congreso de la República goza de un amplio margen de discrecionalidad sobre las materias cuyo desarrollo le corresponde; en cuanto al contenido de los derechos sociales surge una fuerte limitación consistente en que cualquier repliegue que disminuya la órbita de protección debe contar con suficiente apoyo argumentativo.

En la observación general número 19 anteriormente examinada, el Comité se pronunció a propósito de la adopción de este tipo de medidas por parte de los Estados con el objetivo de señalar lo siguiente: **"42. Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto.** Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado" (Negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, en sentencia C-1489 de 2000 esta Corporación señaló que sobre aquellas leyes que traigan consigo una disminución del ámbito de protección ya concedido a un derecho social pesa una presunción de inconstitucionalidad. Tal consideración sería ampliada más adelante en sentencia C-671 de 2002, providencia en la cual la Sala Plena de la Corte precisó lo siguiente: "el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado

debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”. Por tal motivo, la superación del examen de exequibilidad, además de suponer la aprobación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dan forma al principio de proporcionalidad; debe acreditar la existencia de motivos imperiosos que hagan necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. Aunado a lo anterior, el juez de constitucionalidad debe considerar los lineamientos postulados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya reseñados, contenidos en su observación general número 3.

Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez

Esta Corporación ha dado aplicación al principio de progresividad que preside el alcance y naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, al derecho a la seguridad social, con el objetivo de examinar la validez constitucional de las condiciones de acceso que han sido establecidas para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para efectos de examinar esta línea jurisprudencial, es necesario llevar a cabo un examen previo de las disposiciones que regulan esta prestación dentro del engranaje que da forma al sistema general de seguridad social: la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía como condición para el reconocimiento del derecho pensional un requisito en virtud del cual al momento de producirse el estado de invalidez, el afiliado debía encontrarse afiliado al sistema de seguridad social y debía haber cotizado un mínimo de veintiséis (26) semanas. La disposición agregaba que en aquellos eventos en los cuales la persona hubiera dejado de cotizar al sistema, el requisito exigido consistía en haber realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas dentro del año anterior a la estructuración del estado de invalidez.

En sentencia C-125 de 2000, al realizar la revisión constitucional de esta disposición, la Sala Plena de esta Corporación resaltó que, en desarrollo de su amplia libertad de configuración, el Congreso de la República no había creado un régimen de transición que modulara su aplicación. Esta decisión, a juicio de la Corte, lejos de apartarse de los postulados constitucionales sobre protección al trabajo y la seguridad social, constituía una aplicación directa de aquellos, en la medida en que no se difería la solución de un asunto tan delicado como aquel que pretende aliviarse por medio de la creación de dicha prestación.

Con posterioridad, el día 29 de enero de 2003 fue publicada la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”; documento legislativo dentro del cual se llevó a cabo una modificación sustancial en cuanto a los requisitos que a partir de la entrada en vigencia de la ley habrían de ser acreditados para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez. Textualmente, el artículo 11 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 11. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años

inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

No obstante, en el mismo año, mediante sentencia C-1056, la Sala Plena de esta Corporación declaró la inexecutable de esta disposición debido a la ocurrencia de vicios de procedimiento al momento de decidir su aprobación.

Una vez fue declarada la inexecutable de la norma, el Congreso de la República aprobó la Ley 860 de 2003, en cuyo artículo 1° se realiza una nueva modificación en cuanto a los requisitos a acreditar para efectos de conseguir el reconocimiento de la pensión de invalidez. En esta nueva versión la disposición explica que la estructuración del estado de invalidez puede ocurrir debido al acaecimiento de dos eventos: enfermedad o accidente. No obstante, los requisitos que deben ser satisfechos son idénticos en ambos casos. Así, de acuerdo al nuevo texto, el reconocimiento del derecho pensional se encuentra condicionado a que (i) el beneficiario haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. (ii) Adicionalmente, la disposición creó un nuevo requisito, consistente en la acreditación de lo que a partir de la modificación sería conocido como "fidelidad de cotización", figura que exige al beneficiario el cumplimiento de determinados períodos de permanencia y cotización al sistema. En este caso, quien ha padecido la pérdida de capacidad laboral debe demostrar una fidelidad superior al 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en la cual se realizó la primera calificación del estado de invalidez.

En los dos párrafos adicionales el Legislador reguló dos supuestos de hecho particulares. En primer término, precisó que los menores de veinte (20) años sólo deben acreditar la cotización de (26) semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez o su declaratoria. En segundo término, estableció que el beneficiario que hubiese cotizado un mínimo equivalente al 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo deberá demostrar la cotización de veinticinco (25) semanas dentro de los últimos tres (3) años.

En conclusión, la Sala observa que de acuerdo a la modificación incorporada por medio de la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes se han hecho más estrictos debido a (i) la creación de una nueva exigencia -fidelidad de cotización al sistema- y, en segundo término, (ii) al incremento de la intensidad del requisito previo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993 -50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la discapacidad, en vez de 26 semanas en cualquier tiempo-.

Ahora bien, antes de avanzar en el examen de las providencias emitidas por las diferentes Salas de Revisión de esta Corporación a propósito de la aplicación in concreto de estos requisitos; es necesario indicar que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 –en el cual ha sido consignada la más reciente modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993- no ha sido objeto de control por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Por tal motivo, las sentencias de tutela que a continuación serán examinadas han empleado la excepción de inconstitucionalidad para lograr la aplicación del principio de progresividad, como instrumento útil a la aplicación directa del texto superior en las controversias específicas que han sido puestas en conocimiento de las Salas. En consecuencia, es preciso advertir de manera preliminar que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, si bien ha sido inaplicable en sede de tutela, en la actualidad se encuentra vigente toda vez que el Tribunal Constitucional no ha emitido una providencia en la cual se estudie de fondo el asunto de

su corrección constitucional.

En sentencia T-974 de 2005 la Sala Primera de Revisión de la Corte resolvió una acción de tutela de un Ciudadano a quien la correspondiente Junta Regional de Calificación de Invalidez le había dictaminado una pérdida de capacidad laboral que ascendía al 73.80%. En dicha oportunidad el Fondo de Pensiones demandado en el proceso de amparo se había opuesto al reconocimiento de la pensión de invalidez dado que el peticionario no cumplía el requisito de cotización mínima de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, el cual se encontraba consagrado en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

Una vez la Sala Primera llevó a cabo un examen del alcance de la seguridad social en su doble faceta -en tanto servicio público y derecho irrenunciable-, realizó una reiteración jurisprudencial a propósito del alcance del principio in dubio pro operario, a partir del cual concedió amparo al derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital del accionante, por cuanto la oposición al reconocimiento de la pensión de invalidez había sido decidida con fundamento en el mencionado artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el cual había sido declarado inexecutable por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia C-1056 de 2003.

A juicio de la Sala existía una duda razonable acerca de la disposición que debía ser aplicada para decidir el derecho pensional del accionante en la medida en que éste había iniciado su historial de cotización en vigencia de la redacción original del artículo 39 y al momento de decidir la titularidad del derecho por parte del correspondiente Fondo, se encontró que la norma que había reformado dicha disposición –esto es, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003- había sido declarada inexecutable por la Sala Plena de la Corte. Así las cosas, en la parte motiva de la providencia ordenó la aplicación de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en atención a la perplejidad generada a partir de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y su posterior expulsión del ordenamiento constitucional y, particularmente, debido a la favorabilidad que esta disposición representaba para el trabajador[14]. De manera puntual, la Sala señaló lo siguiente:

En ese orden de ideas, siendo en principio aplicable al caso que nos ocupa el artículo 11 de la ley 797 de 2003[15], norma que regía al momento en que se configuró el estado de invalidez – 30 de septiembre de 2003- y que exige como requisito para acceder al beneficio pensional haber completado 50 semanas de cotización, sin duda, para el peticionario resulta más beneficiosa la aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993[16], norma que revivió con la declaratoria de inexecutable de aquella y que exige como requisito para tener derecho a la pensión de invalidez haber cotizado tan solo 26 semanas al momento de estructurarse tal estado, con fundamento en el principio constitucional de favorabilidad.

Así entonces, para esta Sala de Revisión es claro que atendiendo el mayor beneficio para el trabajador, la verificación del cumplimiento de los requisitos que se exigen para obtener el derecho al reconocimiento de la pensión solicitada por el señor Edgar Hernando Ortiz Herrera, se hará en forma prevalente de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 – 26 semanas de cotización - y no respecto de los requisitos del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 – 50 semanas de cotización -.

En aplicación de las consideraciones indicadas, como medio de protección de los derechos fundamentales comprometidos, la Sala Primera de Revisión ordenó al Fondo de Pensiones demandado **“reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor EDGAR HERNANDO ORTIZ HERRERA**, si éste reúne los demás requisitos legales para ello (...)” (Negrilla fuera de

texto).

En sentencia T-1291 de 2005 la Sala Novena de Revisión de la Corte resolvió la solicitud de amparo presentada por una madre cabeza de familia quien, debido a la ocurrencia de un accidente, padecía una incapacidad que ascendía al porcentaje de 69.05%. La petición de reconocimiento de la pensión de invalidez había sido negada por la respectiva administradora de pensiones debido a que la Ciudadana no cumplía la totalidad de los requisitos contemplados en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

En dicha oportunidad la Corte señaló que si bien la decisión adoptada por la entidad demandada se ajustaba formalmente al texto de la Ley, se revelaba contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social; razón por la cual aplicó la excepción de inconstitucionalidad, lo cual dio paso al empleo de la regulación previa a la Ley 860 de 2003. Textualmente, la Corte precisó lo siguiente:

Por tratarse de un caso de invalidez por "riesgo común" acaecido el 28 de enero de 2004, la AFP aplicó a la discapacidad y minusvalía de Adriana María Jaramillo Ríos el numeral 1 del artículo transcrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social[17]. En efecto, hay que tener en cuenta que frente, a los requisitos establecidos en el artículo 39 "original" (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Ríos sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y; por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija.

En sentencia T -221 de 2006 esta Corporación resolvió la solicitud de amparo de una persona de 73 años que padecía cáncer pulmonar, a quien había sido dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 58,6%. En esta oportunidad la Corte se pronunció de manera específica a propósito del requisito de fidelidad de cotización al sistema de seguridad social con el objetivo de señalar que la aplicación de tal exigencia hacía más gravoso el acceso a esta prestación a las personas de mayor edad, lo cual se oponía prima facie al mandato de protección de la tercera edad. En tal sentido, luego de realizar un examen estadístico de las implicaciones de esta nueva exigencia, concluyó que el requisito de fidelidad de cotización, en la medida en que sujeta su proporción a la edad del beneficiario del sistema que reclama la prestación, dificulta su acceso a los miembros de este grupo, pues una persona de 70 años deberá acreditar una cotización de al menos 520 semanas, mientras que este requisito se hace más laxo en la medida en que el rango de edad desciende[18].

En esa ocasión, al realizar un examen de los antecedentes que precedieron la adopción de la Ley 860 de 2003 la Corte concluyó que la creación del requisito de fidelidad obedeció al designio de promover una "cultura de afiliación" y, en segundo término, de aminorar el número de fraudes al sistema de seguridad social. Estos fines, si bien no se oponen al texto constitucional, deben ser examinados por el juez de tutela a la luz de las implicaciones que se siguen de su aplicación en el caso concreto. De acuerdo a lo anterior, la Corte concluyó que la norma resultaba desproporcionada, en la medida en que hacía más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que, precisamente, merece especial consideración: las personas que pertenecen, o se

encuentran a punto de ingresar, a la categoría de la tercera edad.

Como ya ha sido señalado en esta providencia, la justificación sobre la cual debe descansar este tipo de medidas está llamada a satisfacer con suficiencia una particular carga de argumentación que permita desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre ellas. En la sentencia en comento la Corte realizó dicho análisis, el cual llevó a concluir que dicho apoyo argumentativo se echaba de menos, por lo cual en esa ocasión empleó la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar la Ley 860 de 2003[19].

En sentencia T-043 de 2007 esta Corporación realizó un prolijo análisis de la materia que ahora ocupa a esta Sala el cual concluyó que la infracción del principio de progresividad se presentaba en la medida en que los nuevos requisitos incorporados por la Ley 860 de 2003 “(i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento, (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculden al Congreso para disminuir el nivel de protección, (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición”. Para terminar, señaló que en estos eventos la Corte Constitucional ha establecido como exigencia de procedibilidad de la pretensión de amparo la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se materializa en la afectación concreta del derecho fundamental al mínimo vital del accionante.

En el mismo sentido, en sentencia T-580 de 2007 la Sala Séptima de Revisión concedió amparo judicial al derecho fundamental a la seguridad social de un Ciudadano que padecía una pérdida de capacidad laboral del 63.05%, a quien le habían negado el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el incumplimiento del requisito consignado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual exige una cotización mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la incapacidad. En dicha providencia la Corte examinó con detenimiento la estructura y contenido del derecho fundamental a la seguridad social, a partir del cual concluyó que en el caso concreto se presentaba una infracción de esta garantía iusfundamental en la medida en que la entidad demandada estaba oponiendo a un discapacitado –sujeto de especial protección- una barrera de acceso al reconocimiento de la pensión de invalidez que vulneraba el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tal consideración fue resultado de la constatación del menudo valor argumentativo hallado al momento de examinar las razones por las cuales el Legislador decidió adoptar esta disposición en contra de la prohibición de regreso establecida en el PIDESC y en el inciso 3° del artículo 48 constitucional, el cual establece: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social (...)”.

En la misma dirección, en sentencia T-641 de 2007 la Sala Quinta de Revisión emitió una orden judicial de amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de un Ciudadano que había solicitado el reconocimiento de una pensión de invalidez con fundamento en la pérdida de capacidad laboral de un 55.8%, la cual, a su turno, había sido dictaminada por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Después de reiterar buena parte de los precedentes que hasta ahora han sido examinados en esta providencia, la Sala ordenó reconocer la aludida pensión de invalidez a favor del peticionario, para lo cual –señaló la Corte- la entidad demandada debía dar aplicación a la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En sentencia T-699A de 2007 la Sala Cuarta de Revisión amparó los derechos fundamentales a la

seguridad social, la igualdad y la vida digna de un portador del VIH, a quien la Junta Regional de Calificación de Invalidez había dictaminado una incapacidad laboral del 61.05%, en atención a que, a pesar de la jurisprudencia reiterada en esta providencia, el Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado había negado la pensión de invalidez con base en el aludido requisito de cotización mínima de 50 semanas durante el lapso de 3 años anterior a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Mediante sentencia T-1072 de 2007 la Sala Quinta de Revisión concedió amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de un Ciudadano a quien había sido dictaminada una pérdida de capacidad laboral equivalente al porcentaje de 52.84%. En el correspondiente escrito de demanda, el accionante informó que el Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez debido a que incumplía el requisito de fidelidad de cotización al sistema. En esta ocasión la Sala llevó a cabo una reiteración jurisprudencial acerca del principio de progresividad que guía el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la cual, en el caso concreto, concluyó que los nuevos requisitos consagrados en la Ley 860 de 2003 para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez resultan regresivos en atención a que gravan de manera considerablemente mayor a la tercera edad y, en segundo término, no cuentan con el respaldo argumentativo exigido por la jurisprudencia constitucional a este tipo de medidas legislativas que disminuyen el ámbito de protección ya concedido a un derecho social, como ocurre con el derecho a la seguridad social al establecer restricciones que hacen más compleja la obtención de este tipo de prestaciones.

Ahora bien, con el objetivo de concluir la línea jurisprudencial que hasta ahora ha sido examinada, la Sala de Revisión encuentra oportuno señalar de manera puntual las subreglas constitucionales que han sido empleadas por esta Corporación al resolver las acciones de tutela interpuestas por Ciudadanos que, bajo diferentes argumentos –bien por conexidad con algún otro derecho fundamental o demandando el amparo autónomo del derecho fundamental a la seguridad social-, han sido orientadas a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez mediante la aplicación de la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

(i) En primer término, la Sala observa que en buena parte de los pronunciamientos analizados, la Corte ha hecho énfasis en la distinción que fue objeto de análisis en líneas precedentes entre el principios de favorabilidad en materia laboral –conocido bajo el brocardo latino *in dubio pro operario*- y el postulado de la **progresividad** que regenta el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales.

De manera puntual, el artículo 53 del texto constitucional consagra el postulado de la favorabilidad como un mandato de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Así las cosas, ha señalado esta Corporación que en materia laboral estos escenarios de vacilación e incertidumbre han de ser absueltos mediante la aplicación de aquella disposición jurídica que resulte más propicia al consultar la situación concreta en la cual se encuentra el trabajador.

Si bien estos dos principios guardan diferencias sustanciales –pues mientras uno se erige como un mandato de optimización sobre el campo de protección de los derechos sociales; el segundo establece un mandato hermenéutico dirigido a los operadores jurídicos en casos de duda y perplejidad- cada uno ha sido empleado por esta Corporación ante solicitudes de amparo relacionadas con el reconocimiento de pensiones de invalidez.

La razón por la cual la Corte se ha valido del principio de favorabilidad para resolver este tipo de

pretensiones de amparo es consecuencia del accidentado iter legislativo que ha seguido el artículo 39 de la Ley 100 de 1993: después de 10 años de inalterada vigencia, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 introdujo modificaciones sustanciales que hacían más gravosa la obtención de la prestación económica objeto de examen. Adicionalmente, en el mismo año en el cual entró a regir el aludido texto legislativo, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable el artículo 11 de esta Ley con fundamento en la constatación de determinantes vicios formales dentro del procedimiento de aprobación del documento legislativo. Vale anotar que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional reiterada en las providencias examinadas, en estos eventos la declaratoria de inexecutable de un contenido normativo abre paso a la aplicación de la disposición anterior que había sido objeto de modificación o derogación por la norma declarada inconstitucional, con lo cual después de la sentencia C-1056 de 2003, los operadores jurídicos habrían de aplicar la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Para terminar, en la misma anualidad, el Congreso de la República aprobó el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en el cual se llevó a cabo una nueva modificación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal como ha sido puesto de presente en esta providencia.

De acuerdo a las consideraciones precedentes, las diferentes Salas de Revisión han concluido que en aquellos eventos en los cuales la estructuración de la incapacidad o la correspondiente calificación de invalidez ha ocurrido dentro de los márgenes de este desigual panorama normativo y, en consecuencia, existe una duda atendible acerca del cuerpo normativo a aplicar; los operadores jurídicos se encuentran compelidos a resolver estos escenarios de perplejidad a favor del sujeto en condiciones de debilidad y subordinación, esto es, en beneficio del trabajador, como medio de justicia retributiva que pretende aminorar el desequilibrio propio de los vínculos laborales.

(ii) En segundo término, en aquellos eventos en los cuales no hay duda en cuanto a la disposición jurídica que ha de aplicarse de acuerdo a la regulación sobre el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento -en la medida en que tanto el historial de cotización del accionante, como la estructuración de la invalidez y su calificación han ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia de la última modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993-; las Salas de Revisión han concluido que la norma jurídica que en la actualidad compendia los requisitos a los cuales se encuentra condicionado el reconocimiento de la pensión de invalidez -esto es, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003- vulnera el principio de progresividad; razón por la cual, los operadores jurídicos se encuentran llamados a dar aplicación al texto primero en el cual fueron inscritos los requisitos para el reconocimiento de esta prestación, vale decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su redacción original.

Como fue indicado en sentencia T-043 de 2007, las razones por las cuales las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han considerado que el establecimiento de requisitos más rigurosos en la materia infringen la máxima de progresividad consisten en que tales condiciones -consignadas en la Ley 860 de 2003- “(i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento, (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculden al Congreso para disminuir el nivel de protección, (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición”.

Para terminar, la Sala Octava de Revisión encuentra que en cualquiera de los dos supuestos

indicados hasta ahora –bien como consecuencia de la aplicación de la máxima de favorabilidad en materia laboral o en virtud del empleo de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 bajo el influjo del postulado de progresividad- las Salas han coincidido en dar aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su composición normativa original, como orden judicial de amparo de los diferentes derechos fundamentales que en este contexto resultan comprometidos.

A la luz de estas consideraciones procede la Sala de Revisión a solucionar la pretensión de amparo por la cual fue promovido el proceso de tutela del cual ahora se ocupa.

Caso concreto

La Ciudadana Ana María Arboleda Balbín interpuso acción de tutela con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales, los cuales habrían sido conculcados por el Instituto de Seguros Sociales al oponerse al reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por la accionante. La Sala resume a continuación los hechos que fueron acreditados durante el proceso:

-A partir del año 2002, tras la muerte de su esposo y debido a su nueva condición de madre cabeza de familia, la accionante suscribió un contrato laboral con la empresa “Tulli Fashion” para desempeñarse como confeccionista. Es preciso anotar que para el momento en el cual inició el vínculo de trabajo con el aludido empleador se encontraba vigente la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

- Desde el mes de enero de 2006 la accionante fue sometida a valoración médica debido al padecimiento de fuertes quebrantos de salud a partir de cuyo análisis fue posible establecer el diagnóstico de “glaucoma crónico de ángulo abierto”. Este procedimiento médico concluyó con el “Dictamen Médico Laboral del Seguro Social [el cual] calificó una pérdida de la capacidad laboral del 50.1%”[20]. Cabe resaltar que al momento en el cual fue llevada a cabo la calificación de incapacidad, esto es el día 1° de septiembre de 2006, se encontraba vigente el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

- Con fundamento en la aludida pérdida de capacidad laboral, la accionante radicó ante la entidad demandada una solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez el día 21 de septiembre de 2006.

- En cuanto a la oposición manifestada por el Instituto de Seguros Sociales frente a la petición elevada por la Ciudadana, se encuentra probado que dicha decisión fue adoptada por la entidad mediante resolución 010889 el día 23 de mayo de 2007. Puntualmente el acto administrativo señala lo siguiente como argumento de la decisión: “revisado el reporte de semanas, expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que la asegurada ARBOLEDA BALBÍN cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 217 semanas, de las cuales 142 semanas se cotizaron en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (...) acredita 217 semanas de cotización al Sistema de pensiones entre la fecha en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en que se efectuó la primera calificación del estado de invalidez, (...) **debió haber cotizado en dicho período 428 semanas**” (Negrilla fuera de texto). A continuación, la misma resolución indica a la accionante como solución alternativa lo siguiente: “la asegurada ARBOLEDA BALBÍN puede continuar cotizando hasta completar los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez o solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez

prevista en el Artículo 45 de la Ley 100 de 1993”.

Esclarecido el fundamento fáctico de la pretensión es preciso examinar la procedibilidad de la acción de tutela, para lo cual deberá someterse a consideración la solicitud de amparo a la luz de los fundamentos precedentes. De acuerdo a lo señalado en esta providencia, la solicitud presentada por la Ciudadana busca una orden judicial en la cual se ordene la protección judicial de su derecho fundamental a la seguridad social, pues busca obtener el reconocimiento de una prestación establecida en el sistema que ha sido diseñada para la atención y cubrimiento de una contingencia específica relacionada con la discapacidad (observación general número 19). Como fue señalado en líneas anteriores, prima facie este tipo de pretensiones han de ser intentadas ante la jurisdicción ordinaria en atención a que es éste el sendero procedimental que el ordenamiento jurídico ha establecido para la composición de controversias de esta naturaleza. Sin embargo, observa la Corte que en el caso concreto resulta imperiosa la intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la realización de un perjuicio irremediable.

La Sala arriba a la anterior conclusión al considerar las específicas condiciones en las que se encuentra la peticionaria, quien no sólo es madre cabeza de familia -circunstancia que es ya suficiente para atemperar el rigor del principio de subsidiariedad que recomienda el recurso a instancias judiciales ordinarias- sino que, de acuerdo al dictamen médico sobre el cual se apoya la pretensión de amparo, es una persona con discapacidad que requiere atención reforzada por parte del Estado, con fundamento en lo establecido en el artículo 13 superior. La Sala de Revisión llama la atención sobre la entidad de la pérdida de capacidad laboral padecida por la peticionaria -la cual asciende a un porcentaje del 50.01%- que le impide emplearse y participar con normalidad en el tráfico laboral, lo cual a su vez indica el grave riesgo que se cierne, no sólo sobre su derecho fundamental a la seguridad social, sino sobre su derecho al mínimo vital, dado que la accionante es la responsable de garantizar la manutención económica de su núcleo familiar y no se encuentra en posibilidades de laborar para conseguir los recursos económicos necesarios para dicho fin.

El examen anterior confirma la viabilidad del recurso a la acción de tutela como mecanismo judicial de amparo. Ahora bien, para efectos de establecer si el problema jurídico planteado en la acción, mediante la cual se pretende la reivindicación del derecho fundamental a la seguridad social, debe ser resuelto por vía de tutela es preciso dar aplicación a los criterios señalados en esta providencia: (i) en primer lugar, observa la Corte que la controversia propuesta trae consigo un problema de relevancia constitucional, no sólo en atención al punto relacionado con el deber de asegurar la protección reforzada que establece la Constitución Nacional a favor de un sujeto de especial protección, sino en consideración a la aplicación del principio de progresividad de manera específica a las restricciones de acceso a la pensión de sobrevivientes creadas por la Ley 860 de 2003. (ii) En segundo término, como ha sido indicado en el actual acápite de esta providencia, el panorama probatorio que rodea la pretensión de amparo se encuentra por completo esclarecido. (iii) Para terminar, según acaba de señalarse, las particulares condiciones de desprotección en las que se encuentra la accionante, las cuales apuntan a su efectivo reconocimiento como sujeto de especial protección, hacen evidente que en el caso concreto las acciones judiciales propias de la jurisdicción laboral, debido a la dilación de su procedimiento, no constituyen un instrumento efectivo para la garantía del derecho a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del principio de progresividad a las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecen requisitos más rigurosos para el reconocimiento de la pensión de

invalidez, la Sala de Revisión dará aplicación a los precedentes señalados en esta providencia y, en consecuencia, ordenará a la entidad demandada emitir un nuevo pronunciamiento sobre dicha petición, en la cual el Instituto de Seguros Sociales deberá emplear la excepción de inconstitucionalidad, para así resolver la solicitud con fundamento en lo dispuesto en la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto vale resaltar que la Ciudadana inició su historia de cotizaciones al sistema de seguridad social, según lo informa el escrito de demanda, "en el año 2002 tras la muerte de su Señor cónyuge"[21] año en el cual inició la relación laboral que sostuvo con la empresa "TULLI FASHION". Así las cosas, a pesar de que su participación en calidad de cotizante al sistema inició en dicha anualidad, a la Ciudadana se le está aplicando una disposición que modificó sustancialmente los requisitos de reconocimiento de la prestación para hacerlos más gravosos; norma jurídica que entró en vigor una vez dicha afiliación ya se encontraba vigente.

Sobre el particular, en el mismo sentido indicado en los precedentes jurisprudenciales que ahora se reiteran, la Sala Octava de Revisión observa que la Ley 860 de 2003 no creó un régimen de transición a aplicar a las personas que, como ocurre a la señora Arboleda Balbín, gozarían de dicha prestación de no haber entrado en vigencia la nueva reglamentación en materia de seguridad social.

Cabe recordar que, de acuerdo a la versión primera del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el requisito de reconocimiento de la pensión de invalidez consistía en: "Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento de producirse el estado de invalidez". A dicha disposición es preciso oponer la historia de cotización de la peticionaria, quien, según lo informa el Instituto de Seguros Sociales, suma un total de 217 semanas de cotización con antelación a la estructuración de la discapacidad. Este ejercicio permite concluir que de aplicar esta disposición, sin lugar a dudas, la accionante sería titular de la pensión de invalidez que ahora reclama por vía de tutela, toda vez que ha cotizado más de 26 semanas al sistema de seguridad social.

En aplicación de las consideraciones desarrolladas en la parte motiva de esta providencia, la Sala encuentra dos fundamentos que de manera ineludible concluyen en la necesidad de garantizar amparo judicial al derecho fundamental a la seguridad social de la accionante: (i) en primer lugar, existe una duda razonable en cuanto a la disposición jurídica que debe aplicarse para resolver la solicitud de pensión de invalidez elevada por la Ciudadana en la medida en que al haber iniciado la historia de cotización al sistema en el año 2002 y al haber sido calificada la disminución de su capacidad laboral en el año 2007; existen razones igualmente atendibles para dar aplicación a cualquiera de las dos normas jurídicas en pugna –artículo 39 de la ley 100 de 1993 y artículo 1° de la Ley 860 de 2003-. Como fue señalado con anterioridad, de acuerdo al artículo 53 superior, entre dichas opciones el operador jurídico debe elegir aquel contenido normativo que asegure una mejor protección al trabajador, según lo impone el principio in dubio pro operario.

(ii) En segundo término, como ha sido ampliamente expuesto en la presente decisión judicial, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 resulta contrario al principio de progresividad por las diferentes razones que han sido señaladas por las Salas de Revisión; razón por la cual, para efectos de resolver la controversia que ha sido planteada, en esta oportunidad es menester dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez de la Ciudadana con base en la pérdida de capacidad laboral que padece.

Adicionalmente, la Sala conminará a la entidad demandada a abstenerse en el futuro de cometer infracciones a garantías iusfundamentales durante el trámite de reconocimiento de pensiones de invalidez y, en tal sentido, deberá dar aplicación a la jurisprudencia constitucional que ha sido objeto de reiteración en esta ocasión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín. En consecuencia, **CONCEDER** amparo al derecho fundamental a la seguridad social de la Ciudadana Ana María Arboleda Balbín.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y proceda a reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor de la Ciudadana Ana María Arboleda Balbín desde la fecha en que la accionante solicitó su reconocimiento. La norma a aplicar establece textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley

TERCERO.- CONMINAR al Instituto de Seguros Sociales a abstenerse en el futuro de cometer infracciones a garantías iusfundamentales durante el trámite de reconocimiento de pensiones de invalidez y, en tal sentido, deberá dar aplicación a la jurisprudencia constitucional que ha sido objeto de reiteración en esta providencia, so pena de incurrir en las correspondientes sanciones administrativas y penales establecidas por la ley.

CUARTO.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

Conjuez

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONJUEZ JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

Con el acostumbrado respeto por la opinión mayoritaria, aclaro mi voto ya que si bien coincido en que debe tutelarse el derecho deprecado porque la accionante estuvo afiliada a la seguridad social dentro de la vigencia de la ley 100 y satisfizo plenamente la densidad de cotizaciones exigidas por ésta, empero existen algunos aspectos de la sustentación del fallo en los que tengo un pensamiento distinto: (i) Estimar in genere la seguridad social como un derecho fundamental, (ii) La sustentación del principio de progresividad y (iii) En el caso bajo examen no hay duda en la aplicación de la norma, por lo que no es dable invocar la favorabilidad.

Estimar in genere la seguridad social como un derecho fundamental.

La sentencia mayoritaria sostiene: “encuentra oportuno señalar ahora que, ... la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo...”, siendo que tradicionalmente la Corte, acorde con el principio de conexidad y el amparo al mínimo vital, ha considerado que debe analizarse en cada caso las situaciones presentadas para evaluar si la vulneración del derecho a la seguridad social puede ser susceptible de protección a través de la vía excepcional de la tutela ya que su desamparo implicaría inescindiblemente la vulneración de derechos fundamentales como la vida o la subsistencia, entre otros.

Como lo había proclamado la Corte Constitucional hasta ahora, la seguridad social no es un derecho fundamental per se ya que su puesta en marcha implica no solo de la decisión política – legislativa, sino de la asignación de recursos que permitan crear la infraestructura técnica, administrativa, financiera, prestacional (económica y asistencial) para concretar los derechos de los ciudadanos. Hay temas de seguridad social, verbigracia, referentes a cesantía, intereses, subsidios en dinero, auxilios, o ciertos beneficios en dinero o en especie, para citar solo algunos casos, que desde luego no constituyen por sí solos derechos fundamentales.

El análisis ad hoc de los derechos involucrados y de su eventual conexidad con derechos fundamentales ha sido luminaria importante desde la vigencia de la Constitución Política de 1991, para que la Corte identifique cuándo la seguridad social puede protegerse por la vía de la tutela, lo que descarta la posibilidad de encasillarla, al menos de manera absoluta y a priori, como derecho fundamental.

Por lo demás, con la elevación al rango de derechos fundamentales de todos los temas de seguridad social, se corre el peligro de que en la práctica se crea que todos los asuntos sobre estas materias deban ser ventilados ante la jurisdicción constitucional y no ante el juez natural de la especialidad ordinaria o contenciosa administrativa, y se produzca un desplazamiento de éstos vía tutela, desconociendo el carácter subsidiario de esta acción.

En síntesis, considero que si bien algunos asuntos de seguridad social pueden considerarse de manera autónoma como derechos fundamentales y por tanto ser susceptibles de amparo directo a través de la tutela, no es dable asumir que todos los temas de seguridad social tengan per se tal connotación.

1. La fundamentación sobre el principio de progresividad

Estimo que para otorgar el amparo era suficiente la invocación y explicación de los principios de progresividad y condición más beneficiosa, según su consagración constitucional y legal, en especial en la forma estatuida en el artículo 48 de la CP y en el parágrafo del artículo 2° de la ley 100 de 1993, conforme a su desarrollo jurisprudencial bien resumido en la sentencia T 043 de 2007, sin que fuese menester escudriñar la fuerza vinculante de la doctrina de autoridades de organismos foráneos, que si bien son referente importante, no deben ser el apoyo primordial y directo de la decisión. En aquella sentencia dijo acertadamente la Corte:

8.2. La Corte Constitucional ha desarrollado una sólida jurisprudencia acerca del principio de progresividad y el desarrollo legal de los derechos sociales. Al respecto, en concordancia con la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre el tema[22], esta Corporación ha dispuesto que los derechos sociales deben ser desarrollados por el legislador, el cual goza de un amplio margen de libertad para definir su alcance y condiciones de acceso. Sin embargo, esta libertad de configuración dista de ser plena, ya que encuentran límites precisos en tanto (i) no puede desconocer derechos adquiridos y (ii) las medidas que adopte deben estar plenamente justificadas conforme al principio de progresividad.

Lo anterior implica que cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que prima facie estén prohibidas este tipo de medidas. Pero, como lo ha reiterado la Corte en su jurisprudencia, la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia. A continuación se presenta una síntesis de la evolución de esta doctrina constitucional.

8.3. En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 “por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.” Se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema. En esta ocasión, la Corte tenía que establecer si resultaba discriminatorio exigir que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la policía debían encontrarse en servicio activo para que sus padres fueran beneficiarios del sistema de salud, en detrimento de aquellos que no se encontraban en esa situación

Al respecto, la Corte inició su argumentación a partir del reconocimiento de la libertad de configuración del legislador en materia de seguridad social. Sobre el particular indicó:

“En numerosas oportunidades, esta Corte ha señalado que si bien la Constitución señala unos principios que gobiernan los derechos a la seguridad social y a la salud, el Legislador goza de una amplia libertad para regular la materia, pues la Carta establece que la seguridad social se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, “en los términos que establezca la Ley” (CP art. 48). Por ello esta Corporación ha señalado que los “derechos a la salud y a la seguridad social son entonces derechos de amplia configuración legal, pues la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina el alcance de estos derechos y concrete los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva”[23].

Posteriormente, al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud. En esa medida, la Corte encontró que dentro de la libertad de configuración del legislador en materia de seguridad social, se encuentra la facultad de modificar el alcance de este régimen especial, por lo que resulta legítimo reducir el conjunto de sus beneficiarios sin que dicha modificación pueda ser considerada como contraria a la Constitución per se.

Así lo estableció esta Corporación, al considerar que “la previsión del servicio activo del afiliado para que el padre pueda gozar de la condición de beneficiario del SSMP busca una finalidad legítima, como es proteger la viabilidad financiera y la especialidad misma del SSMP. En efecto, de esa manera, la ley permite que el SSMP esté dirigido esencialmente a quienes son miembros efectivos de la Fuerza Pública y a su grupo familiar, y no a aquellos que dejaron de hacer parte de esas instituciones. Por ello, si un oficial o suboficial se retira voluntariamente de la Fuerza Pública, antes de cumplir las condiciones para ser pensionado, o es excluido de la misma Fuerza Pública por razones disciplinarias, es razonable que la ley señale que esa circunstancia implica su retiro del SSMP, junto con el de su grupo familiar beneficiario.”

Pero si bien la Corte constató que la medida perseguía un fin legítimo, como era la protección de la viabilidad financiera del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía, consideró que dicha medida era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema. A causa de esta regresividad, la Corte indicó que este tipo de medidas deben presumirse inconstitucionales. Sin embargo, esta presunción podía ser desvirtuada, para lo cual era necesario acreditar dos requisitos: (i) cuando tratándose de razones imperiosas, resulte absolutamente necesario ese paso regresivo en un derecho social, siendo en tal sentido justificada su adopción y (ii) la aplicación de la medida regresiva no se muestre desproporcionada para las personas afectadas. Al respecto la Corte advirtió:

“(…) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto[24]. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. (...).

Desde esta perspectiva, esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura,

dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En consecuencia, la Corte dispuso que la norma resultaba exequible condicionadamente[25].

8.4. La sentencia C-931 de 2004, analizó la constitucionalidad de la ley anual de presupuesto para el 2004. En esta ocasión la Corte, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. En su análisis, la Corte señaló que de las normas constitucionales no se derivaba una obligación a cargo del Estado de actualizar los recursos financieros de estos centros educativos. Sin embargo, la ley[26], la jurisprudencia y los tratados de derecho internacional[27] ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento vía bloque de constitucionalidad, han reconocido el acceso a la educación como derecho social. Esta circunstancia obliga a que su desarrollo se realice de forma progresiva, presumiéndose la inconstitucionalidad de la legislación que implique una regresión en este campo. Al respecto, la Corte estimó que “el carácter progresivo de un derecho implica no sólo el compromiso estatal de ampliar el espectro de cobertura real del mismo hasta satisfacer el principio de universalidad, sino también el aumentar el número y contenido de las prerrogativas que dicho derecho confiere a sus titulares. Pero sobre todo, conlleva la prohibición *prima facie* de retrocesos.”

En esa medida, la Corte advirtió que la medida resultaba *prima facie* inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la Corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era razonable y proporcionada.

Respecto al primer requisito, la sentencia encontró que la norma, a pesar de limitar la progresividad del derecho a la educación, tenía como fin un objetivo constitucional relevante e imperioso, pues a través de la congelación de las transferencias a las universidades se pretendía reducir el déficit fiscal de las finanzas públicas, como se había reconocido anteriormente por la Corte[28]. Sin embargo, este Tribunal advirtió que el medio asumido por el legislador para el fin propuesto no estaba constitucionalmente justificado en términos de necesidad y proporcionalidad. De este modo, la norma fue declarada exequible de forma condicionada, en el entendido que “el rubro [del artículo 2° de la Ley 848 de 2003] debe incluir las partidas necesarias para mantener en pesos constantes los niveles alcanzados de cobertura y calidad del servicio público de educación superior (...)”

8.5. Otro caso en donde se reitera la regla de progresividad de los derechos sociales y la presunción de inconstitucionalidad de las disposiciones que desconozcan este principio es la sentencia C-991 de 2004. En esta oportunidad la Corte debía establecer la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002. Esta norma fijó un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva). El debate se centró, dentro del juicio de constitucionalidad, en la posibilidad de vulneración del principio de progresividad, en tanto la legislación anterior sobre el tema, esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal.

La Corte advirtió, en primer lugar, que el límite temporal previsto en la mencionada disposición,

no contemplado en las normas precedentes, implicaba un retroceso en la protección adelantada en materia laboral, en especial respecto de aquellos trabajadores de las entidades reestructuradas que debido a su condición de especial protección constitucional disponen de una estabilidad laboral reforzada, la cual resulta vulnerada al introducir un límite temporal a su protección. Aunado a lo anterior, dicha medida desconocía el deber especial a cargo del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en debilidad manifiesta. Sobre este particular, la Corte estimó que “si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional.” Así las cosas, el legislador desconoció tanto la prohibición de retroceso en la protección como el mandato de trato diferenciado derivado del artículo 13 C.P... En el numeral 8. de la Sentencia, la Corte analizará detalladamente si tal conducta deriva en la inexecutable de la medida acusada.”

Frente a la constatación de la regresividad de la norma acusada, esta Corporación asumió un estudio de proporcionalidad, conforme al cual concluyó que la norma tenía por objeto la eficiencia del gasto estatal, fin legítimo desde la perspectiva constitucional para la Constitución. Igualmente, consideró la Corte que la medida resultaba necesaria, como quiera que no existía otro instrumento a través de la cual se pudiera lograr igual o mayor realización del fin de la eficiencia. Sin embargo, la medida era desproporcionada, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional. Por lo tanto, fue declarada la inexecutable de la norma acusada.

8.6. En el marco de esta misma doctrina, la sentencia C-789 de 2002 la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 36 incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993. Esta norma excluía del régimen de transición para acceder a la pensión a aquellas personas de determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema de cotización[29]. En esta oportunidad la Corte debía determinar si el acceso al régimen de transición en materia pensional constituía un derecho constitucional adquirido para aquellas personas que no habían cumplido con los requisitos para obtener la pensión, pero que al momento del tránsito normativo ya contaban con cierto tiempo de cotización, o si por el contrario, le era permitido al legislador modificar las condiciones de dicho acceso.

La Corte reiteró como el legislador goza de un amplio margen para la configuración de las condiciones para acceder a derechos prestacionales, entre ellos la pensión propia del sistema general de seguridad social. En esa medida, el legislador se encuentra facultado para modificar el régimen pensional e incluso incrementar los requisitos para su acceso, en la medida en que el ejercicio de la potestad de configuración normativa de que es titular puede incidir, inclusive, en la modificación de las expectativas de los afiliados al sistema, en tanto no existe un mandato constitucional que obligue a que los derechos prestacionales de una persona se consoliden según un determinado régimen más favorable. Al respecto la Corte señaló lo siguiente:

“[L]a Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.[30]

(...)

La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales.[31] Por tal motivo, la Corte, refiriéndose a los regímenes de transición, ha sostenido que una concepción semejante implicaría la petrificación del ordenamiento, en desmedro de diversos principios constitucionales.[32]”

Sin embargo, la Corte indicó que la actuación del legislador no es absolutamente libre, sino que por el contrario está limitada por las expectativas legítimas, que si bien no pueden conducir a la “petrificación del ordenamiento”, deben recibir determinado grado de protección, pues los tránsitos normativos deben ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, la expectativa de acceder a una pensión se torna legítima cuando más cerca está la persona de cumplir los requisitos para su reconocimiento. Bajo esta óptica, una modificación que haga más exigente el acceso a este derecho social deberá estar plenamente justificada”.

Por consiguiente, en mi concepto, bastante y sólido sustento hallaba la sentencia en la invocación de los principios de condición más beneficiosa y progresividad.

1. En el caso bajo examen no hay duda en la aplicación de la norma.

Por último, la sentencia encuentra apoyo en el principio de la favorabilidad en la aplicación normativa por considerar que existe duda en la disposición aplicable.

En realidad existen diferencias muy relevantes en los casos en que la Corte ha acudido a la favorabilidad en la aplicación de normas con el presente asunto, por lo cual estimo que no puede acudirse a ese principio. En esos casos la situación fáctica relevante ha ocurrido entre la expedición de la ley 797 de 2003 y la sentencia C 1056 de 2003. Como es sabido, la ley 797 de 2003, entre otros aspectos, modificó sustancialmente los parámetros de causación de la pensión de invalidez, a su turno esas modificaciones fueron declaradas inexecutable por vicios de forma en la sentencia C-1059 de 2003.

Así, la Corte ha estimado al respecto que en esos casos existe la posibilidad de dos interpretaciones: si los hechos acaecieron en el lapso anterior a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 797, debe aplicarse esta ley (sobre el particular estimo que no puede tener efectos una ley que adolezca de falta de los requisitos exigidos por la Constitución para su formación); y otra hermenéutica, según la cual, si la decisión judicial se profiere después de la declaratoria de inexecutable, el sentenciador no puede aplicar dicha ley porque fue retirada del ordenamiento jurídico, así los hechos hubieren acaecido en el lapso transcurrido entre la expedición y su declaración de inexecutable, porque el principio de primacía constitucional implica que ninguna autoridad puede reproducir normas inconstitucionales y por el efecto de cosa juzgada constitucional. Ante esas exégesis, en esos fallos se ha optado por la más favorable, cual es negar la posibilidad de aplicar la ley 797 de 2003 y por ello aplicar la ley 100 de 1993, previa definición de los alcances del principio de la progresividad.

El caso que ahora ocupa la atención de la Corte es diferente porque la declaración de invalidez

ocurrió en vigencia de la ley 860 de 2003, luego no tiene incidencia el debate en torno a las interpretaciones sobre la aplicación del precepto de la ley 797 de 2003 declarado inconstitucional.

Ahora, por mayoría se estima que como las cotizaciones se empezaron a realizar estando en vigencia la ley 100 de 1993, y la estructuración de invalidez ocurrió en vigencia de la ley 860 de 2003, existe un conflicto en torno a la norma aplicable.

Estimo que si las cotizaciones se realizaron en vigencia de determinada normativa, y los hechos configurantes del derecho prestacional se concretaron en vigencia de otra norma que la sucedió, no comporta un problema de favorabilidad, ya que son presupuestos sine que non de esta figura que las normas en conflicto sean aplicables al caso litigado y estén vigentes. Así lo ha reiterado copiosa jurisprudencia nacional. Y ocurre que en el caso sub judice no hay duda sobre la aplicación de normas, ya que en virtud de los principios de progresividad y de condición más beneficiosa, es inaplicable al caso litigado el artículo 1º de la ley 860 de 2003, respecto de la cual opera la excepción de inexequibilidad.

Considero en consecuencia con todo respeto que al invocarse el postulado de la progresividad, resulta innecesario y aún contradictorio acudir al de la favorabilidad, pues sin ninguna necesidad se plantea una duda inexistente acerca de la norma aplicable, ya que aquel principio pone en evidencia que la única aplicable al asunto examinado es la anterior a la ley 860 (ley 100), a fortiori si el artículo 11 de la ley 797, que aumentó el requisito de fidelidad, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional por vicios de forma.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

CONJUEZ

[1] Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU480 de 1997, entre otras

[2] Según fue establecido en sentencia C-623 de 2004, la seguridad social, no sólo debido a las disposiciones superiores que así lo precisan sino a su naturaleza conceptual, es un servicio público en la medida en que se ajusta a los linderos que el derecho administrativo y el derecho constitucional han trazado para deducir tal característica de determinadas actividades desarrolladas por el Estado. En tal sentido, la seguridad social se ciñe a los lineamientos que han servido como parámetro definitivo de los servicios públicos, tal como se explica a continuación: (i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas.

[3] Por consiguiente, en aras de determinar la extensión del derecho a la seguridad social, es preciso remitirse a las siguientes disposiciones del orden internacional: artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11, numeral 1, literal e de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros.

[4] 39° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

[5] De manera textual el Comité señaló lo siguiente: "El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto"

[6] Al respecto, consultar la sentencia SU-225 de 1998

[7] Observación general número 19

[8] Sobre el particular, en sentencia T-468 de 2007, la Corte Constitucional señaló: "una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados -prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela"

[9] 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"

[10] Por su parte, en su artículo 26 la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo principio en el ámbito interamericano: " Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, **para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura**, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (Negrilla fuera de texto). A su vez, el Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, establece lo siguiente: "Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

[11] Las medidas que sean adoptadas en tal sentido deberán estar plenamente justificadas, lo cual implica que el Estado debe considerar como marco de referencia los siguientes parámetros: (i) el panorama que surge de la consideración de la totalidad de derechos consagrados en el Pacto Internacional y, en segundo lugar, (ii) el deber de aprovechamiento pleno del máximo de recursos con los que cuenta la organización estatal

[12] Sentencias C-896 de 2006, C-177 de 2005, C-791 de 2002, T-594 de 2006, entre otras

[13] En el mismo sentido, sentencia C-251 de 1997

[14] Resulta oportuno indicar que en la providencia bajo examen la Sala Primera de Revisión

desarrolló una reiteración jurisprudencial apropiada del incumplimiento de las obligaciones patronales en materia de seguridad social que luego sería empleada para resolver el caso concreto planteado.

[15] El artículo 11 de la ley 797 de 2003, declarado inexecutable mediante Sentencia C-1056 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, establecía lo siguiente: "ARTÍCULO 11. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ: Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido..."

[16] El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 860 del 26 de diciembre de 2003, establecía lo siguiente: "ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley."

[17] "En la sentencia de tutela T-974 de 2005 se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexecutable del artículo 11 de la Ley 797 de 2003". Cita contenida en la providencia

[18] Sentencia T-221 de 2006: "Se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que "es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo (...)" en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en Estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad".

[19] A juicio de la Sala, tal deficiencia argumentativa se hacía evidente al consultar la justificación del texto legislativo contenida en la exposición de motivos, en el cual se consignó el extracto que a continuación se transcribe: "Artículo 2 Condiciones para acceder a la pensión de Invalidez.

Se modifican los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. El requisito no se establece en términos de semanas sino de densidad de cotización. Para tener derecho a la pensión de invalidez causada por enfermedad común, se exige que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es el 20% de cotización durante el mismo periodo. Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes. Cuando un afiliado haya cotizado 20 años o mil semanas, la cobertura

del seguro se mantiene en forma vitalicia, así haya dejado de cotizar por un tiempo prolongado" (Negrilla fuera de texto). Congreso de la República, Gaceta del Congreso número 593, página 10.

[20] De manera específica, el dictamen médico laboral del Instituto establece el siguiente diagnóstico: "glaucoma crónico de ángulo abierto bilateral, osteopenia moderada y osteoartritis severa de manos y columna".

[21] Cuaderno 2, folio 1.

[22] Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados "Principios de Limburgo", adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

[23] Sentencia C-1489 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 5. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias SU-623 de 2001, SU-480 de 1997 y C-714 de 1998.

[24] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997... Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

[25] En este caso la Corte ordenó condicionar la norma demandada en la medida en que: "pueden continuar siendo beneficiarios del SSMP, los padres del oficial o suboficial que haya dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y haya pasado a ser pensionado, siempre y cuando estos oficiales hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, y sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud."

[26] Al respecto la Corte cita el artículo 84 de la Ley 30 de 1992, que a la letra dice: "ARTICULO 84º. El gasto público en la educación hace parte del gasto público social de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 350 y 366 de la Constitución Política de Colombia."

[27] Sobre este punto la sentencia señaló: "Así por ejemplo, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales afirma lo siguiente:

"Artículo 13

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

"2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

"...

"c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

..."

De similar manera, el artículo 26 la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al carácter progresivo del derecho a la educación en los siguientes términos:

"Artículo 26. Desarrollo Progresivo

"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados." (Negrillas fuera del original)"

[28] Al respecto la sentencia C-1017/03 indicó: "existe un interés público real, concreto e imperioso en superar el elevado y sostenido déficit de las finanzas públicas, así como el crecimiento en la deuda externa e interna de la Nación"

[29] Al respecto, la norma demandada disponía: "Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

"Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida." Incisos 4 y 5 del Art. 36 de la ley 100 de 1993.

[30] Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9.

[31] La Corte en Sentencia T-1752/00 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) sostuvo en torno a los requisitos para acceder a la pensión de jubilación: "Con todo, por tratarse de un derecho prestacional y un mecanismo de ahorro forzoso de la población laboralmente activa, cuya efectividad depende de la cantidad de recursos del sistema en un momento histórico determinado, su exigibilidad como derecho prestacional subjetivo está sujeta a unas restricciones y condicionamientos específicos, que permiten garantizar que toda la población tenga acceso a él. (...) El artículo 48 de la Constitución establece que este servicio estará sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, por lo cual es indispensable que su prestación sea regulada mediante un proceso legislativo." (resaltado fuera de texto)

[32] Al respecto, la Corte ha dicho: "Sin embargo, cabe preguntarse si este principio debe aplicarse de manera tal que toda mutación normativa, a través de la cual se pretenda cambiar la regulación legal preexistente, debe predicarse inconstitucional si permite la subsistencia temporal del régimen anterior, o no se retrotrae a regular situaciones consolidadas a su amparo. Este cuestionamiento se revela particularmente importante aplicado al ámbito de los derechos sociales

y económicos, pues corresponde a su esencia, admitir un desarrollo progresivo, con arreglo a las posiciones políticas dominantes en las cámaras legislativas y, por supuesto, a la disponibilidad de recursos públicos." (...) "Una respuesta positiva a este interrogante llevaría a la Corte a adoptar una de dos alternativas: (1) la petrificación del ordenamiento vigente en un determinado momento histórico, con menoscabo del principio democrático (C.P. art. 1, 2, 3, 40 y 150) y de la naturaleza misma del sistema jurídico o, (2) la aplicación retroactiva de toda ley posterior, en abierta contradicción con principios como el de la seguridad jurídica de tanta importancia para el desarrollo pacífico de una sociedad, en tanto condición de posibilidad para la realización de los derechos constitucionales fundamentales y para la progresiva evolución de una economía social de mercado (C.P. arts. 1, 2, 22, 333)." Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

