

El principio de progresividad en el tránsito legislativo de pensión de invalidez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

The principle of progressivity in transit disability pension legislation in the jurisprudence of the Constitutional Court

DAVID SERRANO SALOMÓN

Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, seccional Cali. Participó en el Séptimo Concurso Universitario de Derechos Humanos, Septiembre 2009, Santa Marta y en las V Jornadas de Derecho Público. Estado Constitucional y Derechos Sociales, noviembre 2008, Cali.
davidss89@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto trazar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional referente al principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales basado en las reformas que ha introducido el legislador colombiano de la pensión de invalidez. Reformas que se encuentran consagradas por el artículo 6 del Decreto 758 de 1990, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, y el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Normativa que, como veremos, recogen disposiciones regresivas para efectos de acreditar los requisitos para acceder a dicho derecho prestacional.

Palabras clave: Derechos económicos, sociales y culturales, progresividad, no regresividad, Corte Constitucional, excepción de inconstitucionalidad, pensión de invalidez.

Abstract

This work aims to draw the line of decisions of the Constitutional Court concerning the principle of progressivity in terms of economic, social and cultural rights on the reforms he has introduced the Colombian legislature on the pension. Reforms are enshrined in Article 6 of Decree 758 of 1990, Article 39 of Law 100 of 1993, Article 11 of Act 797 of 2003, and Article 1 of Act 860 of 2003. Legislation which, as we shall see, contains provisions for purposes of demonstrating regressive requirements to access the right performance based.

Keywords: Economic, social and cultural, progressive, not regressive, Constitutional Court, with the exception of unconstitutionality, invalidity pension.

Fecha de presentación: Febrero de 2011

Fecha de aceptación: Marzo de 2011

Los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos de segunda generación¹ o derechos de carácter asistencial o prestacional, son aquellos que

(...) imponen cargas y obligaciones al Estado, frente al cual el individuo es reconocido como acreedor de ciertos bienes que aquel debe dispensarle a través del aparato político administrativo (Vila, 2007, p. 468).

Así, pues, estos derechos se caracterizan porque el Estado tiene el deber de promover medidas políticas, legislativas, técnicas y fiscales para proveer los bienes indispensables que por su dignidad humana requiere el individuo.

La Constitución de 1991 reconoce, por ejemplo, como derechos de esta estirpe el derecho a la

recreación (art. 52), el derecho a la vivienda digna (art.51), el acceso a la cultura (art.70) y a la seguridad social (art 48), para citar algunos.

El derecho a la seguridad social

La seguridad social está consagrada en el artículo 48 de la Constitución de 1991, del cual se desprende su naturaleza dual: por un lado, es considerado como un servicio público de carácter obligatorio; por el otro, como un derecho irrenunciable.²

El derecho a la seguridad social se encuentra reglado en instrumentos internacionales referentes a la protección de los derechos humanos y que, por hacer parte de la Carta Política en virtud de su artículo 93, integran el bloque de constitucionalidad.³ Así tenemos, por ejemplo, el siguiente articulado: 22 de la Declaración

1. Se denominan derechos de segunda generación en virtud de la época en que fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico. Así, estos derechos aparecen como consecuencia del tránsito del constitucionalismo clásico al constitucionalismo moderno. En efecto, "al término de la Primera Guerra Mundial (...) se desarrolla un fecundo movimiento ideológico y constitucional dirigido a afianzar, por medio de leyes fundamentales, los principios democráticos, orientados a nuevos derroteros. Las constituciones de la primera posguerra mundial incluyen una parte social y económica en la cual se fijan normas y principios de justicia, que dan características definitivas al constitucionalismo contemporáneo" (Helio Juan Zarini, citado por Diego Younes Moreno, *Derecho Constitucional Colombiano* (2001). Cuarta edición. Ed. Legis, p. 154).
2. Corte Constitucional, Sentencia T-383 de 2009.
3. Corte Constitucional, Sentencia T-1013 de 2008.

Universal de Derechos Humanos; 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona; 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 8º de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven; y finalmente, el artículo 11, numeral 1º, literal "e" de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La seguridad social, como servicio público que es, está regida por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Al respecto, la Ley 100 de 1993 en su artículo 2 nos define la **eficiencia** como

(...) "la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente"; la universalidad, como "la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida"; y la solidaridad, como "la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Así mismo, la citada ley establece en su artículo 4, inciso 2, que el servicio público de la seguridad social es de carácter esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que con respecto al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones es esencial solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. Este punto es importante, ya que la Carta Política establece en el artículo 56 que se garantiza el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos *esenciales* definidos por el legislador.

Finalmente, podemos decir que la seguridad social está conformada por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios públicos complementarios, y que su finalidad principal es la de amparar a la población contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez, la muerte, la salud y los riesgos que puedan sufrir los trabajadores derivados de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollen, con el objeto de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

El derecho a la seguridad social como derecho fundamental

En Colombia, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, todos los derechos, incluido el de la seguridad social, son considerados fundamentales. En ese sentido, la sentencia T-702 de 2009 de dicho Tribunal hace una reseña de la línea histórica de su jurisprudencia sobre este tema, para sentar las razones jurídicas y axiológicas que lo llevaron a considerar como fundamental la naturaleza de dicho derecho.

En efecto, el derecho a la seguridad social no era considerado de carácter fundamental debido a la primigenia doctrina sobre la clasificación de los derechos en generaciones.

De conformidad con esa doctrina, los derechos fundamentales adquieren tal sentido por su relación inmanente con la dignidad humana, potestad que le permite al individuo demandar su protección directa e inmediata, y genera en el Estado la obligación de asegurar su guarda. Se entendía, entonces, que los derechos fundamentales pertenecían a la categoría de derechos de primera generación, grupo integrado por mandatos como la vida, la integridad física o la dignidad humana; lo cual separaba de esa calificación a los derechos sociales, económi-

cos y culturales. Estos últimos comprendían la categoría de derechos de segunda generación para cuya guardia se esperaba la gestión del Estado. En ese sentido, su protección inmediata se entendía condicionada a su conexión con otros derechos que sí estuviesen valorados como fundamentales, los del primer grupo.

(...)

Así, la seguridad social no era concebida como un derecho fundamental susceptible de amparo directo en esta sede, salvo que existiera un vínculo estrecho entre éste y un derecho de primera generación que estuviera amenazado por el riesgo ocasionado al primero. Ese criterio, el de la conexidad, posteriormente se vio acompañado por el relativo a la afectación de sujetos merecedores de especial protección constitucional.

(...)

Pese a ello, en recientes fallos se ha admitido la entidad fundamental del derecho a la seguridad social y la consecuente admisibilidad de la tutela como mecanismo inmediato para su salvaguarda. Esa constatación tiene sustento en una interpretación apropiada del texto constitucional, la consideración armónica de instrumentos internacionales y de la doctrina del derecho, que han evolucionado en ese sentido.

Para clarificar esa postura se hace menester recalcar que los derechos fundamentales son dotados de ese ropaje en atención a los valores y principios propios del sistema democrático, y no a su positivización o a la designación respectiva por parte del legislador. Por tanto, ningún derecho erigido en ese marco puede ser privado de ese talante.

Jurisprudencia esta que se corrobora por la sentencia T-016 de 2007, en la que el alto Tribunal aceptó que

(...) la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores

que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

Dicha posición consideramos que es la más apropiada, porque si por derechos fundamentales entendemos aquellos relacionados con la dignidad humana, sería arbitrario delimitar el campo de aquellos derechos que materializan la dignidad y otros que no. En efecto, si acogiéramos la primera doctrina de la Corte Constitucional, tal como se señaló anteriormente, tendríamos que admitir que derechos como la salud, la vivienda digna o la misma seguridad social no están vinculadas con la protección y el respeto a la dignidad de la persona humana.

Derecho a la pensión de invalidez

Por ser la pensión de invalidez un derecho prestacional comprendido dentro del derecho a la seguridad social, es necesario saber sucintamente en qué consiste, puesto que es el régimen objeto de este ensayo.

Así, la Corte Constitucional lo ha entendido como un

(...) derecho a percibir unas prestaciones económicas y en salud para compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de capacidad laboral sufrida por un individuo y en consecuencia posee un carácter esencial; es un derecho de creación legal, pero que deriva directamente del artículo 48 de la Constitución que garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social.⁴

Por lo tanto, podemos concluir que es un derecho estructurado para proteger a aquellas personas de debilidad manifiesta a quienes, en virtud de su pérdida de capacidad laboral, el Estado, a través del régimen de seguridad so-

4. Sentencia T-653 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cial, garantiza por medio de una mesada pensional, una compensación de tipo económico.

El principio de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales, dadas sus particulares características, están sometidos al principio de progresividad. En efecto, en virtud de que son derechos que para materializarse requieren de una fuerte inversión fiscal que presupone una estructura política, técnica y reglamentaria, su naturaleza los hace realizables en el campo fáctico de una manera paulatina.

En ese sentido, dado que la actuación del Estado colombiano está sometida a la Constitución y al bloque de constitucionalidad como fundamento del principio de legalidad, el poder público debe atender dicho principio so pena de incurrir en violación del principio. A este respecto, las normas que concretan el principio de progresividad o se refieren a él están establecidas en las siguientes normas:

El artículo 2° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc), que 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 reconocidos⁵ (Negrilla fuera de texto).

De igual manera, la Constitución Política de 1991 establece en su artículo 48, referente al derecho a la seguridad social, que:

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.

Sobre este tema se pronunció el Comité para la Vigilancia y Cumplimiento del Pidesc, en su observación general No. 3, que reza:

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período.

No obstante, a pesar de que la realización de este tipo de derechos se defiere a través del tiempo, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no deben interpretarse equivocadamente como que privan a la obli-

5. En el contexto regional, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo principio en el artículo 26 al decir que "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" (Negrilla fuera de texto).

gación de todo contenido significativo –aduce el Comité–. En efecto, le

(...) corresponde a cada Estado parte 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...⁶

Así mismo, la Organización de las Naciones Unidas a través de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, en el documento E/2007/82 del 25 de junio de 2007, anotó que

el concepto de la realización progresiva es una forma simplificada de describir un aspecto esencial de las obligaciones de los Estados Partes en relación con determinados derechos económicos, sociales y culturales...

Y, coincidiendo con el Comité, subrayó que este tipo de obligaciones acarrea

(...) el deber de satisfacer inmediatamente, con carácter prioritario, unos niveles esenciales mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales (obligaciones mínimas).

De igual forma, la Corte Constitucional estimó que este principio

(...) supone el compromiso de iniciar de manera inmediata el proceso que conlleve 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. 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.⁷

La prohibición de regresividad como expresión del principio de progresividad

Si el principio de progresividad implica, valga la redundancia, lograr progresivamente la cristalización de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la inversión de los recursos disponibles, lo cual implica moverse hacia adelante, las medidas que adopte el Estado de manera regresiva a los logros ya obtenidos generan, en principio, la presunción de invalidez de las medidas de retroceso.

Así, por ejemplo, se pronunció el Comité del Pidesc en la ya referida observación general No. 3, al decir que los Estados partes tienen la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la realización de los DESC, y que, en virtud de ello

(...) todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

En cuanto a la presunción de invalidez de las medidas regresivas, el mismo Comité en su Observación general No. 19 expresó que

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.

6. Comité para la vigilancia y el cumplimiento del Pidesc, Observación general No. 3.

7. Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2008.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha dicho que del

(...) principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Por ende, cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación con la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena, prima facie, que estén prohibidas este tipo de medidas. Pero (...) 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.⁸

Como se puede observar, las decisiones regresivas atinentes a los derechos económicos, sociales y culturales se consideran, en principio, contrarias al principio de progresividad y se presume legalmente su inconstitucionalidad. Por tanto, la carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción recae sobre el Estado justificaciones que deben ser suficientes y pertinentes, en la que se demuestre:

(1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lo-

grar la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparea.⁹

Sin embargo, de lo anterior se colige que, así sea justificable la decisión del Estado de tomar medidas regresivas en materia de DESC, éstas deben ser de carácter *temporal*, puesto que sobre el Estado pesa la obligación constitucional de ampliar progresivamente este tipo de derechos, es decir, de ir siempre eficazmente hacia adelante, no solo por virtud de los instrumentos internacionalmente ratificados sobre esta materia, sino también porque el modelo de Estado social de derecho implica la búsqueda de la justicia social, la igualdad material, el mínimo vital, y la efectividad plena de los derechos fundamentales como corolario de la dignidad humana.

Finalmente, es importante anotar cuándo para la Corte Constitucional se está en frente de una medida regresiva para efectos de lograr adecuadamente el control abstracto de constitucionalidad o la excepción de inconstitucionalidad en materia de acción de tutela. A este respecto la Corte dijo que hay una medida regresiva:

(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se

8. Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2007.

9. Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008.

*han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad).*¹⁰

La medida regresiva número 2, es decir, cuando el Estado aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho, es la que nos interesa para efectos del presente ensayo, ya que como se verá más adelante la ley ha impuesto requisitos más gravosos que se deben acreditar para efectos de acceder a una pensión de invalidez.

El principio de progresividad y el principio de favorabilidad en materia laboral

Es importante para efectos de este ensayo no confundir el principio de progresividad con el principio de favorabilidad en materia laboral, pues si bien son instituciones de carácter proteccionistas, los supuestos de hecho de que parten son distintos, lo que de contera hace también lo sea su finalidad.

En ese sentido, el principio de progresividad se

*(...) erige como un mandato de optimización sobre el campo de protección de los derechos sociales"; en cambio, el principio de favorabilidad "establece un mandato hermenéutico dirigido a los operadores jurídicos en casos de duda y perplejidad."*¹¹

Así, tenemos que el principio de favorabilidad toca con la hermenéutica en caso de duda en la aplicación de dos o más disposiciones vigentes, del mismo rango legal, reguladoras de la misma situación, pero con consecuencias jurídicas distintas,¹² mientras que la progresividad –institución que no solamente se agota en lo jurídico, como sí sucede con la favorabilidad– no es de interpretación para efectos de qué norma aplicar, pues se sabe a ciencia cierta

cuál es la disposición jurídica al caso concreto. En conclusión, lo que persigue la progresividad es la ampliación cuantitativa y cualitativa de los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto la favorabilidad es un mandato de acoger íntegramente la normativa que resulte más conveniente para el trabajador.

Esta distinción es elemental, puesto que, como veremos, la Corte Constitucional ha empleado una u otra figura, a veces, sin aplicarla correctamente, para amparar los derechos a la pensión de invalidez.

El principio de progresividad en el tránsito legislativo de pensión de invalidez

La Corte Constitucional ha aplicado a lo largo de su jurisprudencia el principio de progresividad en la regulación del régimen de pensión de invalidez, puesto que esta institución ha sido modificada constantemente por distintas leyes. Normativa que cada vez impone requisitos más gravosos de acreditar para acceder a tal derecho. Ante ello, dicho tribunal ha empleado la excepción de inconstitucionalidad por vía de tutela y el control abstracto de constitucionalidad, y ha sido enfático en que tales regímenes violan el principio de progresividad; por tanto, ha ordenando al legislador que, ante tales supuestos, debe prever un régimen de transición porque tales medidas equivalen a retrocesos proscritos constitucionalmente.

La Corte ha estudiado tal problema con los parámetros planteados por el artículo 6 del Decreto 758 de 1990, el artículo 39 de la ley 100 de 1993, el artículo 11 de la ley 797 de 2003 y el artículo 1 de la ley 860 de 2003.

10. Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008.

11. Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2008.

12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P.: José Roberto Herrera: septiembre 27 de 2000, Referencia: Expediente 14581.

La Corte Constitucional frente al artículo 6 del Decreto 758 de 1990, y el artículo 39 de la Ley 100 de 1993

Sobre estos regímenes la Corte se pronunció, entre otras,¹³ en la sentencia T-1064 de 2006, que ordena inaplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y en lugar de ella aceptó el artículo 6 del Decreto 758 de 1990, por cuanto con esta norma el demandante sí acreditaba dichas prescripciones, en virtud del principio de progresividad, dado que aquélla imponía requisitos más gravosos para acceder a la pensión de invalidez. En efecto, afirmó que si bien la Ley 100 del 93

(...) presenta una reducción en el número de semanas cotizadas respecto al régimen pensional anterior, no acaece lo mismo respecto al tiempo que se instituyó en un (1) año, que

para la Sala resulta desproporcionadamente corto y, por ende, restrictivo del acceso a dicha prestación, sin que pueda manifestarse que el número de semanas reducidas compensa el reducido periodo fijado. La brevedad del lapso de tiempo (1 año) establecido en la Ley 100 de 1993, como factor temporal dentro de la ecuación para la sostenibilidad financiera y acceso a determinada prestación en el Sistema General de Pensiones, se convierte en una medida regresiva frente a la amplitud de tiempo otorgado bajo el régimen pensional anterior que estableció el término de 6 años con una cotización de 150 semanas, requisitos que en su conjunto cumple el actor y que le hacen merecedor del reconocimiento de la pensión de invalidez. Por ende, atendiendo el mandato de progresividad del Sistema de Seguridad Social, el legislador ha debido prever con la entrada en vigencia de la Ley 100, un régimen de transición (Negrilla fuera del texto).

Requisitos para acceder a la pensión de invalidez según el artículo 6 del Decreto 758 de 1990	Requisitos para acceder a la pensión de invalidez según la Ley 100 de 1993, Art. 39
<p>Artículo 6o. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común las personas que reúnan las siguientes condiciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido, y Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez." 	<p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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. 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. <p>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.</p>

13. Corte constitucional, Sentencia T-1065 de 2006.

La Corte Constitucional frente al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 797 de 2003

Frente al artículo 11 de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional decidió el mismo año, mediante la sentencia C-1056, declarar inexecutable dicha disposición en virtud de la ocurrencia de vicios de procedimiento al momento de decidir su aprobación.

No obstante, a pesar de ello, había un estado de perplejidad –a juicio de la Corte– sobre qué norma aplicar al caso concreto frente a personas que habían cotizado bajo el régimen del artículo 39 y solicitaron su derecho a la pensión de invalidez dentro del año, que declaró inexecutable el artículo 11 de la ley 797. Ante estos supuestos, es decir, de duda en la aplicación de normas, el Tribunal decidió aplicar el principio de favorabilidad.

Verbigracia, en sentencia T-974 de 2005, la Corte se enfrentó al caso de una persona que había perdido más del 50% de su capacidad laboral y el fondo de pensiones le negó el 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, sustentado en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003. De esta manera, la Corte expresó que:

(...) siendo en principio aplicable al caso que nos ocupa el artículo 11 de la ley 797 de 2003, 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, 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 (Negritas fuera del texto).

Como se puede ver, el Tribunal se fundamentó en el principio de favorabilidad para aplicar el artículo 39 de la ley 100. Sin embargo, creemos que no era necesario aplicarlo, puesto que si dicha institución se basa en la duda sobre qué norma vigente emplear al hecho concreto, no vemos que en el presente caso se dé dicha situación. En efecto, al declararse inexecutable el artículo 11 de la ley 797, la anterior normativa "revivió", ya que según la reiterada jurisprudencia de la Corte,

(...) 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", y por tanto, "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 1993.¹⁴

Asimismo, por ejemplo, acontece en la sentencia T-752 de 2008, en la que, en nuestro parecer, la Corte yerra parcialmente¹⁵ en fundamentar su decisión en el principio de favorabilidad para aplicar el artículo 39 de la Ley 100 en vez del artículo 1 de la ley 860 de 2003, ya que si bien en ese caso la ciudadana había iniciado su historia de cotización al sistema en el año 2002 y fue calificada la disminución de su capacidad laboral en el año 2007, la fecha de estructuración se configuró después del año 2003; por tanto, la norma vigente era el artículo 1 de la ley 860. En consecuencia, no había una "duda razonable" –como lo dice la Corte– sobre qué norma aplicar al caso.

14. Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2008.

15. Puesto que también su decisión se fundamentó en el principio de progresividad. Fundamento totalmente válido.

Requisitos para acceder a la pensión de invalidez según la Ley 100 de 1993, Art. 39	Requisitos para acceder a la pensión de invalidez según la Ley 797 de 2003, Art. 11
<p>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:</p> <p>c. 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.</p> <p>d. 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.</p> <p>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.</p>	<p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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. <p>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.</p>

La Corte Constitucional frente al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 de la Ley 860 de 2003

Frente a estos regímenes se encuentra bastante jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, me remitiré solo a algunas.

Así, en sentencia T-1291 de 2005 la Corte resolvió amparar el derecho de una madre cabeza de familia a su pensión de invalidez, y a quien a pesar de tener una disminución del 69.05% en su capacidad laboral, la administradora de pensiones le negó su solicitud en virtud de que no cumplía la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. En dicha oportunidad la Corte decidió acudir al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en cumplimiento del principio de progresividad y

aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues, como lo ha señalado la Corte

(...) 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 la Corte resolvió amparar los derechos de una persona de setenta y tres años que padecía cáncer pulmonar, a quien había sido dictaminada una pérdida de

Requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo la Ley 100 de 1993, Art. 39	Requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo la Ley 860 de 2003, Art. 1
<p>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:</p> <p>e. 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.</p> <p>f. 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.</p> <p>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.</p>	<p>1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</p> <p>2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</p> <p>Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.</p> <p>Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.</p>

capacidad laboral del 58,6%. En esta oportunidad se pronunció sobre el requisito de fidelidad de cotización al sistema de seguridad social y señaló 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 y al principio de progresividad. Así, concluyó que con la nueva norma: (i) se impusieron requisitos más gravosos para ac-

ceder a la pensión de invalidez; (ii) se afectó a personas discapacitadas que merecen especial protección por parte del Estado; y (iii) la norma carece de justificación legislativa, pues la finalidad de la Ley 860 de 2003 era generar una cultura de afiliación al sistema y reducir al mismo tiempo los fraudes, objetivo que no por ser loable deja de ser desproporcionado.

En sentencia T-628 de 2007 la Corte fue enfática en señalar que

(...) cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse.

En sentencia T-043 de 2007 dicha Corporación, al hacer un análisis de la Ley 860 de 2003 con el parámetro constitucional de progresividad, concluyó que dicha norma

(i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten 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.

Como se puede observar, la Corte hizo dicho análisis frente a una acción de tutela; por tanto, no le era dable retirar esa normativa del ordenamiento jurídico sino aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Por ello la Corte Constitucional, en sede de control abstracto de constitucionalidad, se pronunció en sentencia C-428 del 1° de julio de 2009 sobre el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. En dicha providencia declaró: (i) la exequibilidad simple del presupuesto de las cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de que

tratan los numerales 1° y 2° de la Ley 860 2003. Al respecto, indicó que si bien se aumentó el número de semanas de cotización de 26 a 50, también se incrementó el plazo en que debían ser acreditadas, de un año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, a tres años, lo cual favorecía a aquellos sectores de la población que carecían de un empleo permanente. Y (ii) la inexecutable del requisito de fidelidad, al constatar que no se acompañaba con el principio de progresividad de los derechos sociales, ya que la finalidad de promover una cultura de afiliación y evitar fraudes resultaba desproporcionada frente a los derechos de las personas que veían disminuida su capacidad laboral por causa de enfermedad o accidente.

Finalmente, en virtud de toda esta preceptiva legal —artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y artículo 39 de la Ley 100 de 1993—, acompañada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de progresividad y no regresividad, el Tribunal asentó lo siguiente:

La pensión, consagrada en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes requisitos: (i) que el afiliado hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) que en caso de enfermedad, demuestre haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; o en caso de invalidez causada por un accidente, 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su ocurrencia. En todo caso, la aplicación de las normas que regulan la materia deberá ser cotejada a la luz de los supuestos fácticos que fundamentan el caso concreto, a fin de determinar si resultan contrarias a los principios de progresividad y no regresividad de los derechos. De presentarse esta situación, de conformidad con el principio constitucional de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral, deberá aplicarse el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o la norma que proporcione más beneficios al afiliado y asegure el

*reconocimiento del derecho a esa prestación económica.*¹⁶

Como se puede deducir de la anterior conclusión, la Corte afirma que la norma a aplicar en caso de pérdida de la capacidad laboral será la Ley 860 de 2003, sin perjuicio de

(...) aplicarse el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o la norma que proporcione más beneficios al afiliado y asegure el reconocimiento del derecho a esa prestación económica.

Esto significa que eventualmente la Corte podría estar aplicando al caso concreto, a más de la Ley 100, el Decreto 758 de 1990.

Esta medida, que en principio resulta ser favorable para aquel afiliado que no cumpla con los presupuestos del artículo 1 de la ley 860, que puede acogerse, según su caso, a la Ley 100 o al Decreto 758, nos deja la duda sobre qué pasa con la sostenibilidad del sistema.

Así las cosas, ¿cómo se armoniza el principio de progresividad con el principio de sostenibilidad? Consideramos que este problema no se podría zanjar de una manera abstracta, sino que en cada caso concreto la Corte Constitucional tendrá que realizar un juicio de razonabilidad –juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad– en el que pondere estos principios constitucionalmente legítimos, como lo hizo, por ejemplo, en la sentencia C-1064 de 2001, que limitó el poder adquisitivo del salario a los servidores públicos de mayor ingreso ponderado, por virtud de que con esos recursos se atiende la inversión social.

Conclusiones

1. Si bien el legislador goza de una amplia discrecionalidad legislativa, esta no es absoluta, y por tanto su actividad en ma-

teria de derechos económicos, sociales y culturales debe ajustarse a los principios de progresividad y no regresividad.

2. En virtud de que toda medida regresiva se entiende, en principio, inconstitucional, el legislador debe justificar plenamente dichas medidas con el presupuesto de que dichas disposiciones sean adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.
3. Así sean justificables las medidas regresivas tomadas por el legislador, estas deben ser de carácter temporal en virtud del principio de progresividad y la filosofía que informa el Estado Social de derecho.
4. Cuando el legislador piense tomar medidas regresivas en materia de derechos sociales debe prever un régimen de transición con el objeto de establecer periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguardar expectativas legítimas.
5. En virtud del artículo 13 de la Constitución Política, el cual prescribe una protección reforzada a quienes se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, el legislador debe ser más cauteloso cuando pretenda tomar medidas regresivas sobre esta capa de la población.
6. Como consecuencia de que el principio de progresividad emanado de la Constitución es de aplicación directa, las autoridades están facultadas para aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando adviertan que alguna disposición normativa no está conforme ha dicho principio.
7. Finalmente, en materia de pensión de invalidez, tal como lo han señalado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, la norma aplicable será la que rija en

16. Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2009.

el momento en que se estructuró el estado de invalidez, pues a partir de esta fecha se causa el derecho al reconocimiento de la pensión. Sin embargo, si en el caso concreto se observa que la negativa a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez se fundamenta en una norma contraria al principio de progresividad, el juez está legitimado para aplicar la normativa anterior.

Bibliografía

Instrumentos internacionales

- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988.
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven, adoptada Asamblea General de la ONU, Resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985.
- Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia T-974 de 2005.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1291 de 2005.
- Corte Constitucional, Sentencia T-221 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1064 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1065 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia T-628 de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia T-403 de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2008.
- Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1013 de 2008.
- Corte Constitucional, Sentencia T-383 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia T-702 de 2009.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P.: José Roberto Herrera: Septiembre 27 de 2000, Referencia: Expediente 14581.

Órganos de Naciones Unidas

- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación general N° 19. El derecho a la Seguridad Social (artículo 9).
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos. Documento E/2007/82 del 25 de junio de 2007.

Legislación nacional

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Decreto 758 de 1990.
- Ley 100 de 1993.
- Ley 797 de 2003.
- Ley 860 de 2003.

Fuentes doctrinarias

- YOUNES MORENO, Diego (2001). *Derecho Constitucional Colombiano*. Cuarta edición. Ed. Legis.
 - VILA CASADO, Iván (2007). *Fundamentos de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Primera edición, Ed. Legis.
-