

T-029-18

Sentencia T-029/18

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Regulación en la Ley 797 de 2003

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Requisitos

TEST DE VULNERABILIDAD Y CONDICION DE NO-RESILIENCIA COMO REQUISITO DE
PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a
Colpensiones reconocer y pagar pensión especial de vejez por hijo en situación de
discapacidad

Referencia: expediente T-6.412.987

Acción de tutela interpuesta por Edilberto Garzón Larrota, en contra de Administradora
Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero del año dos mil dieciocho (2.018).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana
Fajardo Rivera y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero y Carlos Bernal Pulido, quien la
preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha
proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido, en primera instancia, por el Juzgado
Primero Civil del Circuito Judicial de Bogotá D.C. el 3 de agosto del año 2.017, confirmado en

sentencia del 24 de agosto de ese mismo año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Edilberto Garzón Larrota en contra Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 27 de octubre del 2017, proferido por la Sala de Selección Número Diez[1].

I. ANTECEDENTES

1. Hechos probados

1. El tutelante señaló que es un sujeto especial de protección, de acuerdo con las siguientes condiciones: (i) tiene 61 años de edad[2], (ii) padece de una enfermedad neuromuscular “miastenia gravis”[3], que le fue diagnosticada a partir del 22 de julio de 1998[4], (iii) hace más de 10 años se encuentra por fuera del mercado laboral y los ingresos para su sustento y el de su familia los recibe de familia y amigos[5]; finalmente, (iv) su hija, Laura Lizeth Garzón Córdoba, también es sujeto de especial protección, en la medida en que presenta una discapacidad intelectual moderada[6], no posee bienes, ni algún tipo de ingreso y depende económicamente de él[7].

2. El tutelante aporta registro civil de nacimiento, que certifica que su hija nació el 22 de octubre de 1.997[8]. Así mismo, presenta el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral de esta, en el que se determina pérdida de capacidad laboral del 77.5%, con fecha de estructuración 22 de octubre de 1.997 (fecha de nacimiento)[9].

3. El 6 de mayo de 2.015, el tutelante solicitó el reconocimiento y pago de pensión de vejez. Mediante la Resolución GNR 257807 de 25 de agosto de 2.015[10], COLPENSIONES negó la solicitud, al considerar que no acreditó el número mínimo de semanas cotizadas (1.300) ni edad para acceder al derecho pensional. Esta Resolución fue confirmada en todas sus partes mediante las resoluciones GNR 78542 de 15 de marzo de 2.016[11], que resolvió el recurso de reposición, y VPB 22067 del 17 de mayo de 2.016[12], que desató la apelación.

4. El 11 de agosto de 2.016, el accionante solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, que regula el inciso 2

del párrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2.003[13]. Esta petición fue negada mediante la Resolución GNR 342865 de 18 de noviembre de 2.016. Esta decisión se fundamentó, en que, si bien era cierto que el tutelante cumplía con la condición para conservar el régimen de transición, pues acreditaba más de 15 años de servicios a 1 de abril de 1.994 y 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2.005, no cumplía con el requisito de edad (60 años hombres) al 31 de diciembre de 2.014, fecha en la que finalizó el régimen de transición. En consecuencia, señaló que debía reunir 1.300 semanas, de conformidad lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 de 2.003[14].

5. El peticionario presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión[15], de conformidad con las siguientes razones: (i) la Resolución GNR 342865 desconoció, de forma intempestiva, la información acerca de la cotización de 124,29 semanas adicionales. (ii) Cumplía las condiciones necesarias para tener derecho a la pensión especial de vejez, sin importar la edad. (iii) En relación con la calificación de invalidez de su hija, el dictamen le fue notificado solo hasta el 30 de marzo de 2.016, sin que ello implicara que no le asistía el derecho. (iv) El derecho a la pensión especial de vejez surgió a partir del 22 de septiembre de 1.997, pues correspondía a la fecha de estructuración de la invalidez de su hija y, adicionalmente, para ese momento, cumplía con el tiempo mínimo de cotización que exigía el artículo 9 de la Ley 797 de 2003[16].

6. COLPENSIONES, mediante la Resolución GNR 60016 de 27 de febrero de 2.017, resolvió el recurso de reposición y confirmó su decisión. Señaló que hizo una validación de la historia laboral del asegurado y verificó que acreditó un total de 7.160 días laborados, equivalentes a 1.022 semanas. De otra parte, indicó que, de conformidad con lo dispuesto en la Circular Interna 08 de 2.014, debía acreditar el mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2.003, esto es, 1.300 semanas a partir del año 2015. Por último, aclaró que el conteo de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión especial se debía hacer a la fecha de la solicitud -01 de agosto de 2.016[17]-, por lo que no era posible tener como referencia la fecha de estructuración del estado de invalidez de su hija[18].

7. El actor complementó su recurso de apelación mediante escrito de 15 de marzo de 2.017, con la siguiente información: (i) allegó historia laboral, “reporte de semanas cotizadas”, actualizado a 24 de marzo de 2.014, en el que consideró se reflejaba la cotización de 124,29 semanas, entre el 15 de septiembre de 1.974 y el 31 de enero de

1.977, para que se corrigiera su historia laboral. (ii) Señaló que COLPENSIONES desconoció la aplicación del principio de favorabilidad pues, a pesar de reconocer la aplicación del régimen de transición, negó el reconocimiento de la prestación al no acreditar el requisito de edad, requisito que excepciona el artículo 9 de la Ley 797 de 2.003. (iii) Finalmente, cuestionó el hecho que se le exigiera un requisito no contemplado en la ley: “acreditar que tiene un trabajo que le impide atender a su hijo”[19].

8. El Director de Prestaciones Económicas de COLPENSIONES, mediante la Resolución DIR 1992 de 21 de marzo de 2.017, confirmó la Resolución apelada. En primer lugar, reiteró los requisitos fijados por la Circular 08 de 2014 y para el caso, concluyó que el solicitante no cumplía con la condición de “padre cabeza de familia”, debido a que su última cotización era del 30 de abril de 2.005, como tampoco con el requisito de haber cotizado, como mínimo, 1.300 semanas. En segundo lugar, aclaró que la pensión especial solicitada tenía requisitos específicos y por tanto, no se podía conceder con fundamento en condiciones dispuestas en el régimen de transición[20].

2. Pretensiones y fundamentos de la acción

9. La parte accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y debido proceso. Pretende que se revoquen las resoluciones GNR 342865 del 18 de noviembre de 2.016, GNR 60016 del 27 de febrero de 2.017, y DRI 1992 del 21 de marzo de 2.017, y en consecuencia, se le otorgue la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y se le comience a pagar la mesada de manera inmediata[21]. Fundamenta sus pretensiones en las siguientes razones:

10. En cuanto al mínimo vital, indica que no puede ejercer ningún empleo por el progreso de su enfermedad, pues sus condiciones físicas se han deteriorado. Su fuerza productiva es demasiado limitada, y afecta gravemente su visión, no puede desplazarse con facilidad, sufre de mareos continuos, dolores de cabeza y musculares, así como fatiga constante. No cuenta con ningún tipo de recurso y tampoco tiene casa propia. Su esposa no puede trabajar pues se ocupa de los cuidados de su madre de 85 años de edad, al igual que los de su hija que, debido a su condición de discapacidad, es totalmente dependiente[22].

11. Frente al principio de favorabilidad, considera que, en su caso, COLPENSIONES debió considerar la aplicación del régimen de transición, pues acreditó la totalidad de los requisitos para la pensión especial, incluso antes del 31 de diciembre de 2.014. Además, indica que la entidad encargada de realizar la calificación de la invalidez de su hija lo hizo con posterioridad, pero fijó como fecha de estructuración la del nacimiento de esta (22 de octubre de 1997). Asimismo, señala que las 1.000 semanas que exige el artículo 9 de la Ley 797 de 2.003, las cotizó antes del 31 de diciembre de 2.005, y la última cotización que realizó a la EPS fue en marzo de ese año. Finalmente, revela que debido a su condición y a la de su hija, no se le puede exigir el cumplimiento de haber cotizado 1.300 semanas, pues por su patología hace aproximadamente 12 años dejó de trabajar[23].

12. Plantea que procede la acción de tutela para la protección de prestaciones económicas, pues en este caso se trata de dos sujetos de especial protección constitucional. Solicita que se le conceda el derecho pensional, pues es urgente y necesario, debido a que su movilidad es limitada y su familia no cuenta con otro medio de subsistencia. En especial, hace referencia a la jurisprudencia contenida en la Sentencia T-554 de 2015, en relación con la procedencia de la acción de tutela para solicitar la pensión especial de vejez. Finalmente, señala que no es procedente acudir al medio de defensa judicial ordinario, pues daría lugar a que sus derechos continuaran siendo afectados, amén de que pondría en grave peligro su vida y la de su hija[24].

13. Por último, hace referencia a las siguientes razones, que justifican la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativo: (i) el asunto es un tema de evidente relevancia constitucional, pues versa sobre sujetos a los que se les debe otorgar una protección reforzada, (ii) su actual situación corresponde a una en la que múltiples derechos fundamentales se encuentran en peligro, (iii) si bien no se agotaron todos los medios de defensa judiciales, esta acción versa sobre una decisión que se torna urgente y fundamental, (iv) la acción de tutela se interpone 3 meses después de que se hubiere proferido la última resolución, y, finalmente, que (v) existe una irregularidad procesal que afecta la decisión final, en la medida en que la decisión de COLPENSIONES se expidió sin motivación y con desconocimiento del precedente constitucional[25].

3. Respuesta de la parte accionada

14. COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de la acción. Indicó que la inconformidad del accionante radicaba en la respuesta negativa que obtuvo de su solicitud de reconocimiento de “pensión de vejez por hijo inválido” en los términos del inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2.003, cuya resolución última era competencia del juez ordinario y, por tanto, admitir la competencia del juez constitucional daría lugar a desnaturalizar el carácter subsidiario de la acción de tutela[26].

4. Decisiones objeto de revisión

16. El tutelante impugnó la decisión de instancia. Consideró que el juez no analizó las pruebas, sino que aplicó el criterio de subsidiariedad sin considerar su situación de especial protección constitucional. Señaló que el otro medio no era efectivo por el porcentaje de discapacidad con que fue calificada su hija (77.5%) y por su propia condición[29]. De otra parte, alegó que se hizo una interpretación errónea de la situación de indefensión en la que él y su hija se encontraban, pues no se trataba de la posibilidad de acceder a la administración de justicia, por medio del amparo de pobreza, sino de la falta de recursos para solventar su arriendo, alimentación, gastos básicos al igual que los de sostenimiento de su hija, por lo tanto, consideró, el reconocimiento pensional era una garantía necesaria para asegurar su mínimo vital y vida digna[30]. Finalmente, sostuvo que al no contar con recursos para subsistir y darle una vida digna a su familia, y al no lograrse la tutela de sus derechos, se podía causar un perjuicio irremediable a su vida y a la de su hija[31].

17. La Sala Primera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 24 de agosto de 2.017, confirmó la decisión de instancia. Consideró que, si bien el tutelante era un sujeto de especial protección constitucional, no se acreditó la existencia de un supuesto de perjuicio irremediable, que ameritara excepcionar su deber de acudir ante la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, señaló que aunque el actor alegó la vulneración a su mínimo vital, no dio cuenta de los hechos precisos de esa supuesta transgresión, para demostrar que la pensión constituiría su única fuente de ingreso y medio de subsistencia[32].

5. Actuaciones en sede de revisión

18. El 6 de diciembre de 2.017, el accionante allegó un escrito en el que señaló que COLPENSIONES, sin justificación alguna, desconoció que había cotizado un total de 124,29

semanas adicionales. Expresó que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) contaba con un total de 992 semanas y que a 28 de febrero de 1995 tenía 1.039 semanas cotizadas[33]. Anexó diferentes reportes de semanas cotizadas y las resoluciones por las cuales se negó su pensión de vejez.

19. COLPENSIONES, mediante escrito de enero 19 de 2.018 radicado en esta Corte, propuso razones adicionales por las cuales debía desestimarse la acción. Señaló que, por regla general, la tutela no es procedente para el reconocimiento de derechos pensionales, dado que no puede sustituir los otros medios de defensa judiciales. Finalmente, señaló las razones por las cuales, de conformidad con la jurisprudencia constitucional el solicitante no acreditó los requisitos necesarios para acceder a esta especial pensión de vejez[34]. Señaló que, de acuerdo con el concepto BZ-2015-7619616 del 20 de agosto de 2015, son requisitos para estos efectos, los siguientes: (i) El padre o madre de hijo (a) inválido debe estar cotizando al sistema general de pensiones al momento de la solicitud pensional. El hijo menor o mayor de edad debe padecer una invalidez superior al 50% debidamente calificada. (ii) El hijo(a) afectado (a) por la invalidez física o mental debe permanecer en esa condición. (iii) El hijo (a) afectado (a) debe depender económicamente del padre cabeza de familia o la madre, según el presupuesto original de la norma en cuestión. (iv) El beneficio pensional se suspende cuando el padre o madre trabajador (a) se reincorpore a la fuerza laboral. (v) Si el padre cabeza de familia fallece y la madre tiene la patria potestad del menor inválido, ella podrá pensionarse con los mismos requisitos enunciados en líneas precedentes. (vi) La efectividad de la pensión deberá considerar las reglas previstas por el Decreto 2245 de 2012 y en caso de trabajadores dependientes la respectiva novedad de retiro o a corte de nómina.

20. El 15 de enero de 2018, el despacho del Magistrado Sustanciador realizó llamada telefónica al accionante, con el fin de que precisara algunos aspectos en relación con su núcleo familiar. El tutelante relató que convive con su compañera permanente, quien tiene 62 años y actualmente no trabaja ni percibe ingreso alguno; que también convive con su suegra, Berenice Pinzón de Córdoba, de 85 años de edad, y sus hijas Diana Carolina y Laura Lizeth Garzón Córdoba, de 21 y 19 años de edad. Señaló que la primera es estudiante en la Universidad Distrital, en el programa de Ingeniería Forestal. También señaló que no posee bienes inmuebles y que no sufraga gastos de arrendamiento, en la medida en que la vivienda que habita es de propiedad de su suegra. Manifestó que, a pesar de su profesión

de Contador Público, desde el momento en que fue retirado de la Contraloría General de la República en el año de 1.995, le ha sido difícil emplearse nuevamente, y solo lo logró por un período de 3 años, con una empresa privada. Finalmente, indicó que, debido a su enfermedad, de carácter degenerativo, cada vez le resulta más difícil conseguir un empleo; por lo tanto, no cuenta con ingreso alguno y satisface sus gastos de la caridad de parientes y amigos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

21. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con lo prescrito por los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos

22. Le corresponde a la Sala establecer, en primer lugar, si en el presente caso se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, en especial si se satisface el de subsidiariedad. En segundo lugar, siempre que resulte procedente la acción, establecer si existe afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, como consecuencia de la negativa de COLPENSIONES a otorgar la pensión especial de vejez, de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a favor del tutelante.

3. Análisis del caso concreto

23. La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio oportuno (inmediatez) y un ejercicio subsidiario.

3.1. Legitimación en la causa

24. Con relación a este requisito[35], de un parte, el tutelante es el titular de los derechos fundamentales que alega como vulnerados: seguridad social, mínimo vital y vida digna. Por otro lado, COLPENSIONES es la entidad estatal a la que la parte actora le imputa la violación de sus garantías fundamentales, al haber negado el reconocimiento de su derecho a la pensión especial de vejez, de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

3.2. Inmediatez

25. La acción se ejerce de manera oportuna si se tiene en cuenta que entre la ocurrencia de la presunta vulneración de las garantías fundamentales, que corresponde a la fecha en que COLPENSIONES notificó el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación ante la solicitud del reconocimiento pensional que hizo el tutelante (marzo de 2017, cfr., fj 8), y la presentación de la acción de tutela (25 de julio de 2017) no transcurrió un término superior a seis meses, periodo que la Corte ha considerado, prima facie, razonable para su ejercicio[36].

3.3. Subsidiariedad

26. La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[37].

27. Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela no son simples formalidades o injustificados elementos de los cuales los jueces pueden prescindir o interpretar laxamente, en particular, el de su carácter subsidiario[38]. El Juez Constitucional, en un Estado Social de Derecho, se encuentra sometido al imperio de la juridicidad (artículos 1, 2, 4 y 230 de la Constitución) y al principio de legalidad (artículos 6 y 123 de la Constitución), medios principales para asegurar el equilibrio de poderes en el

ordenamiento jurídico. Por tanto, les corresponde ejercer su labor de garantes de la Constitución y de protectores de los derechos constitucionales en el marco de sus competencias, que para el estudio del carácter subsidiario de la acción de tutela supone considerar lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política y 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991.

28. De estas disposiciones se infieren los siguientes postulados, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela: (i) la acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando no exista otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial (lo que supone un análisis formal de existencia[39]), es necesario determinar su eficacia, “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”[40]. (ii) En caso de ineficacia, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad del accionante, la tutela debe proceder de manera definitiva; esta le permite al juez de tutela determinar la eficacia en concreto (y no meramente formal o abstracta) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991[41], en la medida en que el lenguaje constitucional apunta a valorar la efectividad del medio de defensa en relación con las condiciones del individuo. (iii) Con independencia de la situación de vulnerabilidad del accionante, la tutela debe proceder de manera transitoria siempre que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable. (iv) En caso de no acreditarse una situación de vulnerabilidad o un supuesto de perjuicio irremediable la acción de tutela debe declararse improcedente[42], dada la eficacia en concreto del medio judicial principal y la inexistencia de una situación inminente, urgente, grave e impostergable[43] que amerite su otorgamiento transitorio.

29. La situación de vulnerabilidad del accionante, para efectos de valorar la eficacia en concreto de los otros medios de defensa que formalmente existen, supone considerar (i) la situación de riesgo del tutelante y (ii) su capacidad o incapacidad para resistir esa específica situación de riesgo, de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (resiliencia)[44]. Una persona es vulnerable si el grado de riesgo que enfrenta es mayor a su resiliencia, lo que permite inferir cuan eficaz es el otro mecanismo judicial disponible, en el caso en concreto.

30. La primera exigencia supone constatar, a partir de la valoración de los elementos fácticos de la acción de tutela, que el accionante se encuentra en una situación de riesgo que exige el amparo constitucional. La satisfacción de esta condición implica valorar las múltiples circunstancias particulares en que se encuentra el tutelante. Así, el juez debe ponderar los diferentes factores de riesgo que confluyen en la situación de una persona, entre otros: su pertenencia a una de las categorías de especial protección constitucional[45], su situación personal de pobreza[46], de analfabetismo[47], discapacidad física o mental[48], o una situación que es resultado de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales y humanitarias[49], o que deriva de causas relativas a la violencia política, ideológica o del conflicto armado interno[50].

31. La segunda exigencia supone constatar si el accionante, no obstante la acreditación de la condición previa (hallarse en una situación de riesgo), está en capacidad de resistir dicha situación, por sí mismo o con la ayuda de su entorno[51] (resiliencia), de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria; de hacerlo, no puede considerarse una persona vulnerable. Este análisis le permite al juez determinar el grado de autonomía o dependencia para la satisfacción de aquellas y con qué nivel de seguridad, en el tiempo, lo puede hacer. La acreditación de esta condición hace efectivo el mandato que tiene el Estado de ofrecer auxilio a la persona cuando no puede ayudarse a sí misma o contar con la ayuda de su entorno[52]. Lo anterior se desprende del deber moral y jurídico que tienen todas las personas de satisfacer sus propias necesidades y las de aquellos con quienes tienen un nexo de solidaridad. Solo ante su incapacidad es exigible del Estado, su apoyo. Por tanto, solo la garantía, en caso de que la pretensión en sede de tutela sea favorable, le puede permitir suplir su ausencia de resiliencia[53], en relación con la causa petendi.

32. En caso que del análisis de las circunstancias en que se encuentra el solicitante se infiera que este carece de resiliencia para resistir la específica situación de riesgo que padece y, de esta forma, satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria, debe considerarse que se trata de una persona en situación de vulnerabilidad. En consecuencia, se satisface el carácter subsidiario de la acción de tutela, es viable el estudio del problema jurídico sustancial del caso y, de proceder el amparo, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad del solicitante, la tutela debe concederse de manera definitiva. En caso de que no se acredite esta condición, se debe verificar si se está

en presencia de un supuesto de perjuicio irremediable, en cuyo caso la tutela debe proceder de manera transitoria. En caso de que no se constate una situación de vulnerabilidad o un supuesto de perjuicio irremediable la acción de tutela debe declararse improcedente, al no haberse satisfecho su carácter subsidiario, en los términos del numeral 3.3 supra.

33. Con fundamento en estas consideraciones, debe la Sala determinar si, en el presente asunto, se acredita el ejercicio subsidiario de la acción de tutela.

3.3.1. Existencia formal de un mecanismo judicial principal

34. El tutelante puede agotar, para la garantía de los derechos que invoca, el proceso ordinario laboral, que regula el Capítulo XIV del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS)[54]. Es el mecanismo principal para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de la decisión de la UGPP, mediante la cual negó el reconocimiento de la pensión de especial de vejez, con plena garantía del debido proceso. De hecho, en los términos del artículo 48 del CPTSS[55], le corresponde al juez asumir “la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”.

35. El accionante acredita una especial situación de riesgo, como consecuencia de los siguientes 4 factores: en primer lugar, pertenece al grupo de especial protección constitucional de las personas de la tercera edad, dado que, en los términos de los artículos 46 de la Constitución, 7 de la Ley 1276 de 2009[56] y la jurisprudencia constitucional[57], acredita una edad superior a 60 años. En segundo lugar, padece de una enfermedad neuromuscular, “miastenia gravis”, la cual es catalogada por el Ministerio de Salud y Protección Social como “enfermedad huérfana”[58] (f.j. 1) y es especialmente relevante, en los términos del artículo 13 de la Constitución. En tercer lugar, y aunque no se trata de una circunstancia propia del accionante, tiene a su cargo una hija en condición de discapacidad. Finalmente, acredita un factor adicional de riesgo, como consecuencia de su situación de pobreza relativa, en consideración a su calificación de 39,72 puntos en el SISBEN[59].

36. Dada la situación de riesgo del tutelante, para la Sala, tal como se precisa a continuación, este no está en capacidad de resistirla por sí mismo o con la ayuda de su entorno (resiliencia), de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto

agota la vía judicial ordinaria de que trata el numeral 3.3.1. De las pruebas obrantes en el expediente se infiere que el tutelante y su núcleo familiar tienen una alta dependencia de terceros (familiares y amigos, cfr., f.j. 1) para la satisfacción de sus necesidades básicas, con una mediana seguridad en el tiempo de que esta ayuda se mantenga, pues respecto de ellos no es posible exigir un derecho de alimentos que asegure su estabilidad, en los términos que dispone el artículo 411 del Código Civil[60]. El accionante y su núcleo familiar no cuentan con una fuente de ingresos autónoma que les permita garantizar dichas necesidades (cfr., f.j. 1); además, por la estructura de este, asociada a la situación de riesgo del tutelante (en los términos del f.j. anterior), es poco probable que puedan prodigarse una propia en el corto o mediano plazo. En efecto, el hogar del tutelante está conformado por su compañera permanente que tiene 62 años (se trata, por tanto, de una persona de la tercera edad) y no recibe ingreso alguno, su suegra de 85 años (persona en una situación de alta dependencia al haber superado el promedio nacional de esperanza de vida al nacer[61]) y dos hijas que tampoco perciben salario o ingreso, una de las cuales se encuentra en situación de discapacidad y que, por tanto, es dependiente, en modo absoluto, de sus padres.

37. De la confrontación de estos aspectos, infiere la Sala que el tutelante carece de resiliencia para resistir la específica situación de riesgo que padece y, de esta forma, satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria. En consecuencia, dada su situación de vulnerabilidad, en consideración de “las circunstancias en que se encuentre el solicitante”, tal como lo dispone el inciso final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, el medio judicial principal de protección no es eficaz en el caso concreto. Por tanto, se satisface el carácter subsidiario de la acción de tutela, es viable el estudio del problema jurídico sustancial a que se hizo referencia en el numeral 2 supra y, de proceder el amparo, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad del accionante, la tutela debe concederse de manera definitiva[62], en los términos del numeral 3.3 supra.

3.4. Estudio del problema jurídico sustancial del caso: la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad

38. La seguridad social es tanto un derecho fundamental social como un servicio público[63]. A este tenor, de su reconocimiento constitucional (artículo 48), se establece en

los artículos 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 19 del Protocolo de San Salvador y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[64]. Para su garantía, la Ley 100 de 1993, como normativa general que regula este servicio público, además de organizar el Sistema General de Seguridad Social (SGSS), dispuso el reconocimiento de beneficios pensionales, siempre que se acrediten determinadas condiciones, para precaver ciertas contingencias de la vida.

39. De manera previa al estudio de las condiciones para acceder a esta modalidad especial de pensión, es necesario determinar cuál es el número de semanas que ha cotizado el tutelante que, como se precisa luego, es uno de los requisitos de este tipo de pensiones. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-079 de 2016, señaló que la jurisprudencia constitucional ha identificado las siguientes obligaciones de las administradoras de pensiones, en relación con la información acerca de las cotizaciones de sus afiliados: “(i) el deber de custodiar, conservar y guardar la información y los documentos que soportan las cotizaciones[65]; (ii) la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales[66]; (iii) el deber de brindar respuestas oportunas y completas a las solicitudes de información, corrección o actualización de la historia laboral que formulen los afiliados al Sistema General de Pensiones[67]; y (iv) la obligación del respeto por el acto propio[68]”.

40. En el presente asunto, COLPENSIONES, en la Resolución GNR 257807 de 25 de agosto de 2015, señaló que el tutelante acreditaba un total de 1.137 semanas cotizadas, con fecha de inicio al 15 de septiembre de 1974. Este acto administrativo fue confirmado, en todas sus partes, mediante las resoluciones GNR 78542 de 15 de marzo de 2016 y VPB 22067 de 17 de mayo de 2016. Sin embargo, en la Resolución GNR 60016 de 27 de febrero de 2017 señaló que el accionante solo había cotizado 1.022 semanas a partir del 16 de febrero de 1977. Es decir que, entre uno y otro acto administrativo existe una diferencia de 115 semanas de cotización, las cuales corresponden al período comprendido entre el 15 de septiembre de 1974 y el 16 de febrero de 1977.

41. Esta última decisión, para la Corte Constitucional, supuso una modificación intempestiva de la información sobre las cotizaciones del tutelante, que no es aceptable. En este tipo de supuestos, la jurisprudencia constitucional ha precisado que esta alteración de la información, “sin explicación razonable y sin ajuste a los requerimientos legales

compromete el derecho al habeas data”, desconoce el procedimiento dispuesto para su modificación de que trata la Ley 1581 de 2013[69].

42. Adicionalmente, es importante considerar que el accionante, en el escrito que presentó en sede de revisión, aportó una certificación de COLPENSIONES, en la que hace constar que se encuentra afiliado al régimen de prima media a partir del 15 de septiembre de 1974[70]. Igualmente, anexó los reportes de semanas cotizadas que ha expedido COLPENSIONES, correspondientes a 24 de marzo y 2 de diciembre de 2014; 25 de marzo y 6 de julio de 2015[71], en los que se reconocen 124 semanas cotizadas entre el 15 de septiembre de 1974 y 31 de enero de 1977. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el valor probatorio de los reportes de tiempo de cotización, esta Corte ya se ha pronunciado en el sentido de reconocer validez al certificado de historia laboral que expiden las Administradoras de Pensiones[72]. En consecuencia, para verificar el cumplimiento del tiempo mínimo de cotización en el Sistema, la Sala de Revisión tendrá en cuenta las 1.146 semanas que resultan del cómputo de las 1.022 semanas que reconoció Colpensiones y las 124 semanas cotizadas en el período que comprende del 15 de septiembre de 1974 al 31 de enero de 1977.

43. La pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad fue regulada en el inciso segundo del párrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2.003, en los siguientes términos:

“La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”[73]

44. Esta Corte, entre otras, en las sentencias T-657 de 2016, T-554 de 2015 y T-062 de 2015 se ha pronunciado acerca de esta modalidad pensional. De acuerdo con su jurisprudencia, se definieron los siguientes requisitos para su reconocimiento: “(i) que la

madre o padre de cuyo cuidado dependa el hijo en situación de discapacidad, haya cotizado el mínimo de semanas exigidas establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema”[74].

45. En el presente asunto, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado al tutelante, con fundamento en dos razones: la primera, que el accionante no cotizó el número mínimo de semanas que exige el Régimen de Prima Media -1.300 semanas- y, la segunda, que el tutelante debía estar cotizando al sistema general de pensiones al momento de la solicitud de reconocimiento pensional. Para la Sala, la segunda razón no encuentra fundamento normativo alguno pues, como se señaló con anterioridad, los requisitos para acceder a esta pensión especial fueron específicamente definidos por el Legislador y precisados por la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, tal como lo ha considerado esta Corte, “la negativa del reconocimiento de pensión especial de vejez por hijo inválido, con fundamento en el incumplimiento de requisitos no previstos en la ley, atenta contra los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, tanto del padre o madre solicitante como del hijo inválido”[75].

46. En el presente asunto, de manera contraria a la decisión de COLPENSIONES, se acreditan las tres condiciones de que trata el inciso segundo del párrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2.003, para acceder a la pensión especial de vejez, de manera coherente con la jurisprudencia constitucional.

47. El primer requisito, relativo a que la madre o padre, de cuyo cuidado dependa el hijo en situación de discapacidad, haya cotizado el mínimo de semanas que establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se acredita. Tal como lo señaló COLPENSIONES en la Resolución GNR 342865 de 18 de noviembre de 2016, que resolvió la solicitud de pensión especial de vejez, el tutelante es beneficiario del régimen de transición[76], puesto que acreditó la condición fijada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, según la cual a 1 de abril de 1994 debía contar con 15 años o más de servicios. En consecuencia, conservó el beneficio del régimen de transición, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, porque al 25 de julio de dicho año acreditó haber cotizado más de 750 semanas, de tal forma que el régimen de transición, en su caso, se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014. Para la Sala, a diferencia del criterio adoptado por COLPENSIONES en la Resolución DIR 1992 de 21

de marzo de 2017[77], en aquellos eventos en que el reclamante se encuentre cobijado por el régimen de transición, así sus pretensiones se dirijan a solicitar el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, se le debe dar aplicación al régimen más favorable[78]. Además, por tratarse de una pensión especial que se puede otorgar “a cualquier edad”, no se ajusta a derecho la exigencia que hiciera COLPENSIONES, en el sentido de “tener 60 años cumplidos a 31 de diciembre de 2014”. Este requisito era exigible para acceder a la pensión ordinaria de vejez, no así a la pensión especial a que se ha hecho referencia. Por consiguiente, el tutelante acreditó el número mínimo de semanas de cotización que exige esta pensión especial de vejez, pues, como se explicó, reportó 1.146 semanas cotizadas.

48. Con relación al segundo requisito, relativo a que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada, el tutelante lo cumple. De un lado, no es admisible la interpretación de COLPENSIONES, contenida en la Resolución GNR 60016 de 27 de febrero de 2017, según la cual, para su acreditación debía considerarse la fecha de presentación de la solicitud, y no la fecha de estructuración del estado de invalidez del hijo o hija en situación de discapacidad. Para la Sala, la fecha que se debe tomar para verificar el cumplimiento del requisito corresponde a aquella en que se causa el derecho y no la fecha en que se presenta la solicitud de pensión. Dado que, en el presente caso, el tutelante era beneficiario del régimen de transición, la Administradora de Pensiones debió valorar si en vigencia de dicho régimen (que para el caso del tutelante culminó el 31 de diciembre de 2014) la condición de discapacidad de Laura Lizeth Garzón Córdoba se había estructurado, esto con independencia de la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento pensional. En este sentido, cuando la disposición hace referencia a que la “discapacidad” se encuentre “debidamente calificada”, debe interpretarse de conformidad con la fecha de estructuración, que para este caso fue el 22 de octubre de 1997 (fecha de nacimiento). Lo dicho es consecuente con lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 692 de 1999, según el cual, la fecha de estructuración es aquella “en que se genera en el individuo una pérdida en forma permanente y definitiva”. En consecuencia, la condición de discapacidad de la hija del tutelante, en vigencia del régimen de transición, ya existía.

49. Con relación al tercer requisito, según el cual debe acreditarse la dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema, en el presente caso también se cumple. El tutelante, por medio de las declaraciones juramentadas del 5 de

agosto de 2016, ante la Notaría 70 del Círculo de Bogotá[79], aseveró que su hija no tenía bienes, no percibía ingresos y que dependía económicamente de él. De acuerdo con las Resoluciones GNR 60016 del 27 de febrero y DIR 1992 del 21 de marzo de esta misma anualidad, este tipo de declaraciones son admisibles para probar la dependencia económica, amén de que no fue un aspecto cuestionado por la parte accionada.

50. De conformidad con las razones que anteceden, la Sala revocará las providencias revisadas. En su lugar, amparará los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del tutelante y ordenará a COLPENSIONES dejar sin efecto las resoluciones GNR 342865 de 18 de noviembre de 2016, GNR 60016 de 27 de febrero de 2017 y DIR 1992 del 21 de marzo de esta misma anualidad, mediante las cuales negó la solicitud de pensión especial de vejez por hija en condición de discapacidad al accionante. En su lugar, se le ordenará a la accionada que, en un término no mayor a 15 días, adelante todas las gestiones para reconocer la pensión especial al tutelante, dada su condición de padre de hija en condición de discapacidad, en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 24 de agosto de 2017, proferida por la Sala Primera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la sentencia de 3 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Edilberto Garzón Larrota, en contra de Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.- AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Edilberto Garzón Larrota.

Tercero.- ORDENAR a COLPENSIONES dejar sin efecto las resoluciones GNR 342865 de 18 de noviembre de 2016, GNR 60016 de 27 de febrero de 2017 y DIR 1992 del 21 de marzo

de esta misma anualidad, mediante las cuales negó la solicitud de pensión especial de vejez por hija en condición de discapacidad al accionante. En su lugar, ORDENAR que, en un término no mayor a 15 días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adelante todas las gestiones para reconocer a Edilberto Garzón Larrota la pensión especial de vejez de padre de hija en condición de discapacidad, que regula el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-029/18

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

JURISPRUDENCIA EN VIGOR DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Salvamento parcial de voto)

TEST DE VULNERABILIDAD Y CONDICION DE NO-RESILIENCIA COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA-Constituye una seria amenaza para la vigencia del Estado constitucional de Derecho y de derechos (Salvamento parcial de voto)

TEST DE VULNERABILIDAD-Aplicación incurre en modificación indebida del precedente constitucional con respecto al principio de subsidiariedad (Salvamento parcial de voto)

TEST DE VULNERABILIDAD-Aplicación implica una limitación a la acción de tutela como derecho fundamental y como garantía de los derechos vulnerados (Salvamento parcial de voto)

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Debió establecer un plazo máximo para reconocer el derecho y ordenar la inclusión en nómina, como elemento esencial para el goce pleno de la pensión (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, salvo parcialmente mi voto a la sentencia T-029 de 2018. Concretamente, me aparto de la metodología adoptada para estudiar la procedencia formal de la tutela (subsidiariedad). Además, aunque comparto la decisión de conceder el amparo, considero que la medida de protección (o remedio judicial) debió ser distinta.

Salvamento parcial de voto. La Sala Primera de Revisión se apartó del precedente y la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional sobre el principio de subsidiariedad

El primer motivo por el cual salvo parcialmente el voto en la decisión de la Sala Primera radica en que, al estudiar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la mayoría se apartó de la jurisprudencia en vigor en la materia. Para explicar este punto (i) me referiré a la jurisprudencia en vigor sobre el principio de subsidiariedad; (ii) explicaré el cambio que tuvo lugar en la sentencia T-029 de 2018; y, finalmente, (iii) mostraré por qué es un cambio regresivo e injustificado de jurisprudencia.

I. Sobre la jurisprudencia en vigor acerca del principio de subsidiariedad

1. La Constitución Política dice que todas las personas tendrán acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, que conlleve la violación o amenaza de los mismos. Este breve enunciado habla del carácter universal de la acción, la titularidad de la acción en la persona humana (rompiendo las barreras de la ciudadanía y la capacidad para actuar) y recuerda que las principales obligadas por los derechos fundamentales (aunque no las únicas), son las autoridades públicas.

2. La acción opera siempre que no exista otro medio de acceder a los jueces para la protección del derecho, lo que se conoce como principio de subsidiariedad. Por ello, el juez debe verificar la existencia de esos medios. Pero, como la acción es universal, informal y su finalidad es la prevalencia del derecho sustancial, esta constatación debe hacerse en el caso concreto. Dentro de esas circunstancias, el juez debe responder a la siguiente pregunta: ¿los medios judiciales de defensa disponibles pueden responder adecuada, oportuna e integralmente el problema jurídico, en el que está en juego un derecho constitucional?

En esa pregunta se encuentran dos claves de la tutela. La eficacia del medio de defensa, que se orienta a la oportunidad e integralidad del remedio judicial. Y la idoneidad del mismo, que habla de su aptitud para responder el problema tomando en consideración todas sus facetas constitucionales, una vez más, escuchando atentamente a la situación de cada peticionario, de cada peticionaria (de cada persona).

3. El examen de subsidiariedad de la acción de tutela que construyó la Corte Constitucional desde sus primeras decisiones, y que viene adelantando desde entonces, de forma constante y uniforme, constituye una interpretación sólida de las reglas contenidas en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 (que regula los trámites de la acción de tutela), y el derecho a un recurso judicial efectivo para la protección de los derechos humanos, derivado de los artículos 1.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace parte de la Constitución Política, en virtud del artículo 93 Superior (bloque de constitucionalidad).

4. Esta construcción se basa, primero, en el reconocimiento de la acción de tutela como un

derecho humano y fundamental[80] (el derecho al acceso a la administración de justicia constitucional del artículo 229 CP; y el derecho a un recurso judicial efectivo previsto en la CADH[81]). Este derecho es, en sí mismo, fundamental, todas las autoridades, y en particular la Corte Constitucional, están obligadas a maximizar su eficacia; e instrumental, pues sirve de herramienta para la defensa de los demás derechos constitucionales.

Ambos factores contribuyen a entender la importancia de la tutela dentro del Ordenamiento Superior. Y explican por qué una adecuada comprensión de la subsidiariedad incide favorablemente en el carácter normativo de la Constitución Política y en la vigencia de los derechos fundamentales, mientras que un acercamiento como el propuesto en la Sentencia de la que me aparto parcialmente, se convierte en un obstáculo para alcanzar la eficacia de los derechos y, con estos, la vigencia de la dignidad humana.

5. Esta premisa va de la mano del compromiso del juez constitucional con los derechos humanos y/o fundamentales. Un compromiso por materializar los derechos, por llevarlos del papel a la vida de las personas. Por ello, como sostiene un famoso magistrado —el Juez Barak, de la Corte Suprema de Israel— el juez constitucional no es neutral a los derechos fundamentales, sino que debe propender por su eficacia.

6. La base del principio de subsidiariedad[82] se consolida con el principio de igualdad (artículo 13, C.P.), el cual exige dar un trato favorable a los “sujetos de especial protección” y a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o en circunstancias de debilidad manifiesta. Este es, entonces, un factor que la Corte toma en cuenta para favorecer la procedencia de la tutela. Así, cuando el o la peticionaria es (i) un sujeto de especial protección, (ii) una persona vulnerable o (iii) en condición de debilidad manifiesta, se flexibiliza el estudio de la subsidiariedad, para equilibrar las cargas procesales.[83]

7. De manera que, siguiendo una línea jurisprudencial constante y vigente durante más de 25 años, esta Corporación ha definido el principio de subsidiariedad a través de cuatro supuestos: (i) la tutela procede si no hay otro mecanismo de defensa judicial; (ii) la tutela procede cuando existen mecanismos que, en abstracto podrían proteger el derecho, pero en las circunstancias del caso concreto no son idóneos [ausencia de idoneidad]; (iii) la tutela procede cuando existen esos mecanismos en abstracto, pero, en concreto, no son eficaces [ineficacia]; y (iv) finalmente, la tutela procede como mecanismo transitorio cuando existen

otros medios de defensa, pero, mientras se obtiene el pronunciamiento correspondiente, podría producirse la lesión a un derecho.

Estas hipótesis recogen el significado del principio de subsidiariedad. Por ello, este no implica que la tutela esté limitada para las personas que se encuentren en una situación económica extremadamente difícil; no supone que sea un medio exclusivamente diseñado para quienes no cuentan con los recursos para satisfacer sus necesidades básicas insatisfechas; y no convierte la acción de tutela en un auxilio del Estado como lo afirmó la posición mayoritaria en esta ocasión.

8. No es fortuito que la Corte Constitucional se refiera a la subsidiariedad como un principio, a pesar de traducirse en cuatro reglas. Es un principio porque no se aplica a la manera de todo o nada, sino que exige tomar en consideración todos los aspectos relevantes para determinar si los mecanismos disponibles cumplen las características descritas, a partir de las facultades que posee el juez de tutela para interpretar la demanda, definir el problema jurídico, proteger derechos no invocados y dar un trato favorable a quienes son sujetos de especial protección constitucional, se encuentran en situación de vulnerabilidad o enfrentan condiciones de debilidad manifiesta.

Es un principio en manos del juez que debe asegurar la eficacia de los derechos porque, como lo ha dicho la Corte Constitucional, es una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales[84].

9. La jurisprudencia en vigor sobre el principio de subsidiariedad refleja un equilibrio adecuado entre la supremacía constitucional, la vigencia de los derechos fundamentales y el respeto por los distintos escenarios de justiciabilidad (o exigibilidad judicial) dispuestos por el ordenamiento. Además, es una doctrina sencilla, aspecto que debe valorarse profundamente, si se considera que la tutela está al alcance de toda persona; como al alcance de todos y todas debe estar la justicia constitucional.

Posee además, virtudes como la estabilidad, que favorece la seguridad jurídica, y su sensibilidad a la desigualdad material que, históricamente, ha hecho a la justicia un escenario ajeno a quienes más la necesitan. Por todo ello, no solo creo que no existen razones para modificarla[85], sino que los magistrados y magistradas, en tanto garantes de los derechos constitucionales, tenemos la obligación de protegerla.

10. La mayoría de la Sala Primera, sin embargo, decidió apartarse del precedente y jurisprudencia en vigor citados.

Como lo han señalado la jurisprudencia y la doctrina, el respeto por el precedente satisface importantes fines del ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica y la confianza, pues los ciudadanos no serán sorprendidos al acudir a la justicia, con decisiones imprevistas o variaciones constantes e injustificadas de criterio. La igualdad, pues quien busca una respuesta en los jueces tiene derecho a recibir un trato similar a quienes ya lo han hecho; y la unidad en la interpretación de los derechos fundamentales, especialmente necesaria, en la medida en que se establecen con fórmulas o enunciados muy amplios en las constituciones y tratados[86].

11. Por ese motivo, la Corte Constitucional ha definido un conjunto de cargas argumentativas, que deben satisfacerse, siempre que el juez asume un nuevo rumbo jurisprudencial. Cargas de transparencia, que se refieren a la identificación de las decisiones previas relevantes sobre casos parecidos; y cargas de suficiencia, que expliquen por qué se propone una nueva posición y por qué esta justifica un sacrificio en los principios mencionados en el párrafo anterior (seguridad, confianza, igualdad y unidad[87]).

12. En la sentencia T-029 de 2018, la Sala Primera de Revisión no asumió las cargas argumentativas que exige el cambio de precedente. En realidad no podía hacerlo porque la posición que adoptó en materia de subsidiariedad no sólo es en sí misma problemática desde el punto de vista constitucional, sino que, además, es regresiva frente a la jurisprudencia en vigor.

Una modificación injustificada, como la que tuvo lugar en la sentencia T-029 de 2018 lesiona intensamente el conjunto de principios citados; y, además, en el caso concreto, como la alteración incide en el ámbito protector de una acción constitucional, sus efectos son más graves. El peticionario -y de insistir en este cambio, quienes acudan a la Sala Primera de Revisión- obtuvo un trato diferencial negativo, en comparación con quienes actualmente obtendrán una decisión de revisión por parte de otras salas de la Corte Constitucional, respetuosas del precedente.

13. Pero hay algo más, la acción de tutela es uno de los elementos acogidos por el Constituyente de 1991 para ampliar la participación democrática; para permitir a los grupos

históricamente excluidos del poder perseguir la protección de sus derechos, sin necesidad de intermediarios; y es, también, el mecanismo más eficaz en toda la historia constitucional colombiana para forjar una cultura de derechos humanos y conseguir la apropiación de la Carta Política por todos y todas.

Por ello, su restricción lesiona profundamente la concepción del estado constitucional de derecho, el cual se caracteriza no solo por la vigencia de la dignidad y un conjunto de derechos que ampara todas las actuaciones jurídicas, sino, principalmente, por la existencia de garantías o medios para hacerlos realidad. La creación de barreras al acceso a la justicia constitucional torna estas garantías en promesas sin fuerza normativa[88].

14. En síntesis, la posición asumida por la Sala Primera, en contra de la jurisprudencia en vigor, consistió en (i) eliminar del examen la evaluación de idoneidad del medio ordinario; (ii) reducir el significado de eficacia (oportunidad e integralidad del posible remedio) a vulnerabilidad; (iii) crear un test de vulnerabilidad que condiciona el acceso a la acción a (iii.1) la existencia de una condición de riesgo y (iii.2) la ausencia de resiliencia en el peticionario (en adelante, no-resiliencia).

Cada una de estas decisiones disminuye gradualmente el ámbito de aplicación de la tutela. Pero es especialmente el nuevo “test de vulnerabilidad” y el examen de “no-resiliencia”, el núcleo de esta propuesta y es aquí donde se encuentra la mayor afectación al carácter amplio, participativo, garantista y democrático de la acción de tutela.

15. En el siguiente capítulo describo, con mayor detalle, el cambio de jurisprudencia ocurrido. Ese acápite, sin embargo, está destinado a quien desee conocer, desde un punto de vista técnico y procedimental, la forma en que tuvo lugar la modificación descrita. El lector que desee continuar con las razones que motivan esta aclaración puede pasar al párrafo 22.

II. La evaluación del principio de subsidiariedad en la sentencia T-029 de 2018. La introducción del test de vulnerabilidad y el requisito de no-resiliencia

16. La sentencia T-029 de 2018 plantea una concepción distinta del principio de subsidiariedad a la contenida en la jurisprudencia en vigor. En esta propuesta se presentan definiciones nuevas de conceptos previamente utilizados y decantados por la Corte

Constitucional; se introduce un nuevo criterio –la resiliencia– como condición de procedencia; todo ello deriva en la creación de requisitos adicionales de procedencia de la tutela y, finalmente, en una seria restricción al acceso a la justicia constitucional.

Por la magnitud del cambio propuesto (que va mucho más allá de simples precisiones interpretativas) la doctrina supone no solo un desconocimiento de jurisprudencia, sino una seria modificación del Decreto 2591 de 1991 que, por su contenido, debería ser discutida en el foro democrático, a través del procedimiento cualificado de las leyes estatutarias.

17. A continuación, haré referencia al alcance del cambio jurisprudencial (o la separación del precedente constitucional); posteriormente, me detendré en el paso de este nuevo examen de subsidiariedad denominado ‘test de vulnerabilidad y, especialmente, en el concepto de resiliencia, clave de la aproximación adoptada por la Sala Primera (considerandos 26 a 30 de la sentencia T-029 de 2018). Finalmente, explicaré por qué este cambio resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional.

El examen de subsidiariedad de la sentencia T-029 de 2018

18. El examen de subsidiariedad de la sentencia T-029 de 2018 comienza con dos afirmaciones que comparto. La primera es que todos los mecanismos judiciales de defensa son escenarios de protección de los derechos fundamentales (considerando 26). La segunda es que el juez está sometido al imperio del derecho, y, por lo tanto, debe aplicar los requisitos de procedibilidad de la tutela, tal y como han sido establecidos por el ordenamiento jurídico (considerando 27).

19. Posteriormente (considerandos 28 a 30), comienza la nueva propuesta jurisprudencial, que restringe, paso a paso, el ámbito de procedencia de la acción de tutela y que culmina con la introducción de un concepto nunca antes utilizado por la Corte en relación con la procedencia de la tutela (la resiliencia). Al final del camino alternativo transitado por la Sala Primera, la acción de tutela resulta restringida a los no-resilientes. En abierta oposición a lo afirmado en el párrafo 27 sobre el sometimiento del juez al imperio del derecho, en esta decisión se crean requisitos inéditos para el acceso a la justicia constitucional.

19.1. En el primer paso de la propuesta contenida en la sentencia T-029 de 2018 se afirma que la tutela procede ante (i) la inexistencia de recurso judicial; (ii) la ausencia de eficacia

del mecanismo ordinario, derivada de la vulnerabilidad de la persona; o, (iii) transitoriamente, para evitar un perjuicio irremediable:

“(i) La acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando no exista otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial (lo que supone un análisis formal de existencia), es necesario determinar su eficacia, ‘atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante’. (ii) En caso de ineficacia, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad del accionante, la tutela debe proceder de manera definitiva; esta le permite al juez determinar la eficacia en concreto (y no meramente formal o abstracta) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 (...); (iii) con independencia de la situación de vulnerabilidad del accionante, la tutela debe proceder de manera transitoria siempre que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable. (iv) En caso de no acreditarse una situación de vulnerabilidad o un supuesto de perjuicio irremediable la tutela debe declararse improcedente (...)” [Se destaca].

La novedad de esta formulación se encuentra en el punto ii. En este se habla de eficacia, concepto utilizado en la jurisprudencia constante de la Corte para hablar de la capacidad del mecanismo ordinario para proteger oportuna e integralmente el derecho, pero se plantea una nueva concepción del mismo, basada en la vulnerabilidad del accionante. De esta forma, el concepto se restringe y la valoración judicial acerca de la oportunidad y la integralidad de los recursos judiciales –tanto para personas vulnerables como para no-vulnerables– se limita ahora a las condiciones personales del accionante.

Además, en esta formulación desaparece el concepto de idoneidad del medio de defensa, el cual ha sido utilizado por la Corte Constitucional en un amplio número de decisiones, y que habla de la aptitud de un mecanismo judicial para resolver un problema jurídico, tomando en consideración todas sus dimensiones constitucionales, así como las condiciones personales del accionante.

Ambas decisiones, modificar y restringir la definición de la eficacia, de una parte; y eliminar del examen de idoneidad del mecanismo ordinario, de otra, equivalen a limitar el ámbito de acción de la tutela.

19.2. En un segundo paso, la sentencia T-029 de 2018 indica que, para determinar la vulnerabilidad del peticionario, el juez debe verificar (i) la existencia de una situación de riesgo y (ii) la capacidad para resistir tal situación, la cual denomina resiliencia. Riesgo y resiliencia vienen a definir la eficacia del mecanismo judicial: “una persona es vulnerable si el grado de riesgo que enfrenta es mayor a su resiliencia, lo cual permite inferir cuán eficaz es el otro mecanismo de defensa judicial disponible, en el caso en concreto”.

19.3. En el tercer paso, la sentencia expone estándares para evaluar la “situación de riesgo”. De acuerdo con estos parámetros, una persona está en riesgo si pertenece a un grupo de especial protección constitucional, o si, debido a sus actividades podría verse amenazada por la violencia. La situación de riesgo así descrita es también un nuevo requisito y, en consecuencia, una nueva restricción al ámbito de aplicación del amparo[89].

19.4. Sin embargo, el núcleo de la propuesta se encuentra en el cuarto paso, donde se define la condición de no-resiliencia, como elemento imprescindible para la procedencia de la tutela. El párrafo que se transcribe a continuación presenta, en detalle, el origen de este nuevo requisito:

“[La no-resiliencia] supone constatar si el accionante, no obstante la acreditación de la condición previa (hallarse en situación de riesgo), está en capacidad de resistir dicha situación, por sí mismo o con ayuda de su entorno (resiliencia), de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agotar la vía judicial ordinaria; de hacerlo, no puede considerarse vulnerable. Este análisis le permite al juez determinar el grado de autonomía o dependencia para la satisfacción de aquellas y con qué nivel de seguridad, en el tiempo, lo puede hacer. La acreditación de esta condición hace efectivo el mandato que tiene el Estado de ofrecer auxilio a la persona cuando no puede ayudarse a sí misma o contar con la ayuda de su entorno. Lo anterior se desprende del deber moral y jurídico que tienen todas las personas de satisfacer sus propias necesidades y las de aquellos con quienes tienen un nexo de solidaridad. Solo ante su incapacidad es exigible al Estado, su apoyo. Por tanto, solo la garantía, en caso de que la pretensión en sede de tutela sea favorable, le puede permitir suplir su ausencia de resiliencia, en relación con la causa pretendida”.

20. El cuadro que presento enseguida explica, de forma esquemática, el cambio jurisprudencial o el apartamiento del precedente por parte de la Sala Primera de Revisión:

Jurisprudencia constante

Propuesta de la Sala Primera de Revisión

Inexistencia del mecanismo ordinario.

Inexistencia del mecanismo ordinario.

Ausencia de eficacia en el caso concreto.

Es ineficaz un recurso, si no puede proteger integral y oportunamente el derecho.

Ausencia de eficacia en el caso concreto.

El medio es ineficaz si la persona es vulnerable. (Ineficacia = vulnerabilidad).

- Vulnerabilidad es situación de riesgo y no-resiliencia. (Riesgo + no-resiliencia)

- Situación de riesgo es (i) pertenencia a un grupo de especial protección o (ii) amenazas asociadas a la violencia.

- Resiliencia es capacidad de resistir la situación de riesgo o capacidad para cubrir las necesidades básicas, mientras se adelanta un proceso ordinario.

- El fundamento de la propuesta es el principio de solidaridad. El deber de la persona de auto sostenimiento. El deber de la familia de contribuir en este. Y el carácter residual del Estado.

Ausencia de idoneidad en el caso concreto.

- No es idóneo un recurso que, en abstracto parece resolver el problema jurídico, pero en las circunstancias del caso concreto no tiene la potencialidad de abarcar todas sus dimensiones constitucionales.

La ausencia de idoneidad desaparece del examen de subsidiariedad.

Riesgo de un perjuicio irremediable.

Riesgo de un perjuicio irremediable.

22. A continuación profundizaré entonces en lo que tiene que ver con el nuevo ‘test de vulnerabilidad’ y, especialmente, con la muy problemática condición de no-resiliencia, como supuesto de acceso a la justicia constitucional.

III. Trascendencia del nuevo requisito de procedencia de la acción de tutela (test de vulnerabilidad y condición de no-resiliencia)

23. La vulnerabilidad no es un concepto nuevo en la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, es nueva la concepción que defiende la sentencia T-029 de 2018 en el llamado “test de vulnerabilidad” y, muy especialmente, en la incorporación del concepto de resiliencia.

24. La vulnerabilidad, así como la condición de debilidad manifiesta de la que habla el artículo 13 de la Constitución Política, es un aspecto relevante en la acción de tutela, pues puede propiciar la procedencia de la acción en virtud del principio de igualdad material (sentencia T-1316 de 2001[90])[91] (ver, supra, párrafo 6). Sin embargo, en la sentencia que motiva este voto particular es una condición de acceso a la tutela que, además, se reduce casi por completo a la resiliencia.

Como indiqué se trata de un concepto inédito en la jurisprudencia constitucional, por lo que es necesario detenerse un poco en su significado.

25. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), la resiliencia es la capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos; o, bien, la capacidad de un material, mecanismo o sistema para recuperar su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que había estado

sometido.

Como no se avanza lo suficiente para hallar el sentido de la expresión en el Diccionario, cabe señalar que el concepto es utilizado en ámbitos como la biología (capacidad de recuperación de ciertos tejidos)[92], el derecho ambiental (capacidad de recuperación de los ecosistemas[93]) y, progresivamente, en la psicología[94] el discurso de las organizaciones sociales, como una referencia a la capacidad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos para recuperarse. Como estas violaciones suelen ser irreversibles resulta más acertado hablar de la capacidad para seguir adelante. Esta es apenas una lista y unas definiciones ilustrativas acerca de la polisemia del concepto.

26. Pero, además de sus múltiples significados, el concepto presenta una vaguedad notoria. Ni las definiciones del Diccionario de la Lengua Española; ni las que provienen de la biología o el derecho ambiental aportan mucho a esclarecer el concepto que, además, fue incorporado a la sentencia T-028 de 2018 como parte de un test, algo así como un criterio objetivo para determinar la procedencia de la tutela.

Es posible suponer entonces que la Sala Primera planteó una definición inspirada, en parte en la primera acepción de la RAE, en parte en el discurso de las organizaciones recién mencionado. Este concepto habla de la capacidad de adaptación a una situación adversa; de recuperación frente a una vulneración de derechos humanos. Llamaré a esta aproximación el uso psicológico/social de la resiliencia, para distinguirlo de los demás.

Adicionalmente, la sentencia T-029 de 2018 propone dos definiciones nuevas. Primero, habla de la resiliencia como ‘capacidad de resistir’ una situación de riesgo (resiliencia-resistencia). Y, después, la presenta como la capacidad de una persona de satisfacer, por sí misma o gracias a su familia, sus necesidades básicas, mientras obtiene respuesta al problema jurídico planteado en un proceso judicial ordinario (resiliencia-económica).

Estimo que ninguna de las definiciones mencionadas hasta el momento es adecuada en el examen de subsidiariedad de la acción de tutela. Veamos.

27. La resiliencia psicológica/social es irrelevante (alternativa 1) o es indemostrable (alternativa 2). Lo primero, porque toda persona es en cierta medida resiliente; y lo segundo, porque la resiliencia no puede medirse con un mínimo de objetividad y, por lo

tanto, no es susceptible de demostración judicial. Como argumento adicional sobre la inadecuación del concepto, (iii) la propuesta de incorporar la no-resiliencia como condición de acceso a la tutela conlleva un incentivo social inadmisibles, al tiempo que desconoce la complejidad de las situaciones que derivan en la violación de derechos humanos y cuya superación no necesariamente (ni siquiera frecuentemente) está en cabeza del afectado. Veamos,

27.1. Si la resiliencia es una capacidad especial de la persona víctima de un hecho traumático, entonces se trata de una condición que no puede ser juzgada externamente de manera adecuada. El sujeto resiliente será el único que podrá dar cuenta de su existencia. Este nivel de recuperación para seguir después del hecho, evidentemente, no será una asunto de todo o nada, sino uno gradual. Por ello no es nada fácil medir o certificar la resiliencia. Y, por lo tanto, no constituye piso firme para el estudio formal de procedencia de la tutela.

Por supuesto, otros aspectos de la vulnerabilidad o de las condiciones humanas que exigen al juez dar un trato favorable tampoco son objetivamente demostrables. Pero, precisamente por eso, la eficacia y la idoneidad hacen parte de una ponderación a cargo del juez constitucional, siempre basada en su ausencia de neutralidad, en su compromiso con los derechos.

27.2. En segundo lugar, si la resiliencia es, por una parte, imposible de medir y probar adecuadamente, por otra su utilidad es altamente cuestionable, pues puede afirmarse que toda persona es –en mayor o menor medida– resiliente, dado que todas buscan respuestas a situaciones difíciles y suelen hallar un impulso o descifrar un camino para seguir con su vida tras un hecho traumático (regla de la experiencia, basada en el interés por supervivir).

Si se acepta esta posición, entonces la prueba de la resiliencia ya no es un problema, dado que todos tenemos tal capacidad. Pero ello implicaría que nadie podría acceder a la acción de tutela (se recuerda, la condición de acceso es la no-resiliencia).

27.3. Finalmente, si se deja de lado lo expuesto en los párrafos previos (numerales 19.1. y 19.2.) y se asume –como se hace en la sentencia T-029 de 2018– que (i) hay personas no-resilientes y que (ii) es posible determinar con un mínimo grado de objetividad esta

condición, entonces surge un nuevo problema: esta manera de entender la subsidiariedad divide el universo de peticionarios en dos grandes grupos, el de los resilientes y el de los no-resilientes.

En este universo escindido, ¿Cuál es la razón para que los primeros no tengan, de manera definitiva, acceso a la acción de tutela? O, en otros términos ¿La no-resiliencia es un criterio válido de diferenciación entre ambos grupos?

No hace falta adelantar un juicio de razonabilidad para responder negativamente esta pregunta. Primero, porque la capacidad de recuperarse, o la decisión de seguir, de continuar, no implican que la violación de un derecho, o la amenaza al mismo desaparezcan, ni que se extingan las obligaciones del Estado hacia la persona y en defensa de la dignidad humana[95]. Segundo, porque esa capacidad para seguir es contingente (depende de cada persona o comunidad) y una facultad de esa naturaleza no puede atentar contra la universalidad del derecho a acceder a la tutela. Tercero, porque, de aceptar esta posibilidad se castigaría una capacidad humana y la Corte Constitucional crearía un estímulo social inadmisibles. La resiliencia ya no tendría la connotación positiva con la que actualmente se concibe y resultaría mejor no tenerla -o disimularla- para no perder el acceso a la justicia constitucional. Y, cuarto, porque las personas no tienen la obligación de soportar, resistir o aguantar las violaciones a sus derechos.

28. Sin embargo, el párrafo 28 de la sentencia de la que me aparto parcialmente asume una posición distinta:

“[La no-resiliencia] supone constatar si el accionante, no obstante la acreditación de la condición previa (hallarse en situación de riesgo), está en capacidad de resistir dicha situación, por sí mismo o con ayuda de su entorno (resiliencia), de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agotar la vía judicial ordinaria; de hacerlo, no puede considerarse vulnerable. Este análisis le permite al juez determinar el grado de autonomía o dependencia para la satisfacción de aquellas y con qué nivel de seguridad, en el tiempo, lo puede hacer. La acreditación de esta condición hace efectivo el mandato que tiene el Estado de ofrecer auxilio a la persona cuando no puede ayudarse a sí misma o contar con la ayuda de su entorno. Lo anterior se desprende del deber moral y jurídico que tienen todas las personas de satisfacer sus propias necesidades y las de aquellos con

quienes tienen un nexo de solidaridad. Solo ante su incapacidad es exigible al Estado, su apoyo. Por tanto, solo la garantía, en caso de que la pretensión en sede de tutela sea favorable, le puede permitir suplir su ausencia de resiliencia, en relación con la causa pretendi”

29. Así las cosas, la razón de ser de esta propuesta se encuentra en una concepción de los derechos basada en el principio de solidaridad social, de la autonomía asociada a la capacidad para sufragar las necesidades básicas, y de la tutela como un auxilio o apoyo del Estado. Es por esto que ese párrafo contiene el centro de la propuesta y que, a partir de su lectura, se concluye forzosamente que la Sala Primera (i) olvidó la auto restricción del juez con la que inicia el examen de subsidiariedad (párrafo 26 de la sentencia), es decir, su sometimiento al imperio del derecho y, en cambio creó, no ya un requisito sino una barrera de acceso y, además, (ii) basó su compleja propuesta en razones que no son constitucionalmente admisibles, como paso a explicar.

Es necesario en este punto hacer explícito el problema: los derechos son universales, mientras las ayudas son prebendas individuales y contingentes. Los derechos tienen como obligado principal al Estado; la solidaridad reclama, principalmente, la acción de la familia y la sociedad. Y el problema es de especial trascendencia porque el Estado constitucional se basa en la igualdad en derechos, no en concepciones morales acerca de los deberes de autocuidado.

31. En este orden de ideas, el test de vulnerabilidad adoptado en la sentencia T-029 de 2018 y, especialmente, la condición de no-resiliencia atentan contra la universalidad de los derechos y constituyen un riesgo para uno de los elementos centrales de la Constitución Política de 1991. Antes de concluir con este desacuerdo general, quisiera mencionar algunas preocupaciones adicionales en torno a la resiliencia.

31.1. Primero, el concepto pierde sentido frente a ciertos derechos. Así, por ejemplo, no es claro qué significa ser resiliente a la violación del derecho de petición; nadie está obligado a ser resiliente en materia de salud; y no parece un concepto adecuado frente a las libertades de expresión, de conciencia, de opinión, religiosa, por mencionar sólo algunos ejemplos.

31.2. Segundo, ningún tribunal internacional (y especialmente la Corte IDH en el ámbito

regional) admitiría, como argumento válido, que un Estado niegue el acceso a un recurso judicial efectivo para la protección de los derechos humanos la resiliencia pues son precisamente las víctimas que acuden a esas instancias los ejemplos paradigmáticos de la resiliencia.

31.3. Tercero, la idea que defiende la sentencia T-029 de 2018 es que alguien es resiliente si él o su familia puede sufragar sus necesidades básicas, mientras se agota un proceso ordinario. Sin embargo, en la sentencia no se habla de la duración eventual del proceso ordinario. Es cierto que se habilita la procedencia de la acción, básicamente, considerando que ni el peticionario ni su familia pueden asumir esa carga, pero se hace sin tomar en consideración el proceso en cuestión.

Conclusión

30. La propuesta jurisprudencial adoptada por la Sala Primera en esta oportunidad en torno al principio de subsidiariedad supone un cambio de jurisprudencia regresivo e injustificado; modificación que conlleva la inclusión de, al menos, tres nuevos requisitos de procedencia de la acción, según se explicó con detalle. El último de estos requisitos, la condición de no-resiliencia, se torna en una condición sine qua non de procedibilidad de la acción y, por lo tanto, de acceso a la justicia constitucional.

31. Por esta vía la tutela deja de ser un derecho humano y fundamental, y se transforma en una ayuda del Estado, el cual se desentiende de su condición de primer obligado en la satisfacción de las cláusulas superiores, mientras la Corte traslada estas cargas a las familias, con base en una comprensión muy particular del principio de solidaridad social. Por todo lo expuesto este test, constituye una seria amenaza para la vigencia del Estado constitucional de Derecho y de derechos.

Sobre la resiliencia como requisito de procedencia de la acción de tutela. La Sala Primera aún está a tiempo de rectificar el camino escogido en la sentencia T-029 de 2018, pues la Sala Plena no ha asumido esta propuesta y, como puede verse con facilidad, existen serias razones para abandonarla definitivamente. Confío en que así será, pues la acción de tutela, ese medio diseñado por el Constituyente de 1991 para dejar en manos de todos y cada uno la Constitución Política, ha demostrado ser particularmente resiliente ante los intentos de restricción sufridos desde distintos frentes en su corta, pero vigorosa historia.

IV. El caso concreto

32. En lo que tiene que ver con el caso decidido en la sentencia T-029 de 2018, que trata sobre la situación del señor Edilberto Garzón Larrota, quien acudió a la acción de tutela por considerar que Colpensiones había transgredido sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna y el debido proceso, por haberse negado a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por hija en condición de discapacidad, a la que consideraba tenía derecho, bajo el fundamento que no cumplía con la cantidad de semanas necesarias para acceder a la prestación.

33. La mayoría resolvió conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por el tutelante, y en consecuencia, le ordenó a Colpensiones dejar sin efecto las resoluciones por medio de las cuales negó la solicitud de pensión especial de vejez por hija en condición de discapacidad del señor Garzón Larrota, y adelantar todas las gestiones para reconocer la pensión pretendida conforme con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en un término no mayor a 15 días contados a partir de la notificación del fallo.

Acompañé la decisión adoptada, pues considero que en efecto, los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, y la vida digna del actor estaban siendo vulnerados por Colpensiones. Sin embargo, estimo que las órdenes emitidas en el numeral tercero de la parte resolutiva habrían podido garantizar de manera más efectiva los derechos fundamentales vulnerados.

34. De otra parte, respecto a las órdenes emitidas para materializar el amparo de los derechos fundamentales que se encontraron vulnerados, la mayoría de la Sala resolvió ordenarle a Colpensiones que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la sentencia, deje sin efectos las resoluciones GNR 342865 de 18 de noviembre de 2016, GNR 60016 de 27 de febrero de 2017 y DIR 1992 del 21 de marzo de esta misma anualidad.

Sin embargo, considero que, para alcanzar un amparo efectivo a los derechos violados, la Sala debió dejar directamente sin efectos dichos actos administrativos, por medio de los cuales Colpensiones decidió negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez especial solicitada por el actor, teniendo en cuenta que, tal como se sostuvo en el análisis del caso, tales actos administrativos se emitieron desconociendo la titularidad del derecho pensional y causando la señalada vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al

mínimo vital, y la vida digna del actor.

La alternativa señalada resultaba significativa en términos de materialización efectiva de los derechos del accionante, pues si el Tribunal Constitucional ya se pronunció de fondo sobre el desconocimiento de sus derechos, no hay razón para someterlo a una espera adicional, ante la Administración.

35. En segundo lugar, considero que el término de 15 días contados a partir de la notificación de la sentencia, otorgado a Colpensiones para que adelante las gestiones relativas al reconocimiento de la prestación pensional en cabeza del actor, contraría los principios de celeridad y eficacia que caracterizan a la acción de tutela. Este plazo debió ser de 48 horas –como es usual en las sentencias de esta Corte Constitucional— para iniciar el trámite y, en todo caso, debería haberse establecido un plazo máximo para culminar todo el trámite de reconocimiento de la pensión. Adicionalmente, la mayoría de la Sala Primera no estimó necesario ordenar la inclusión del actor en nómina, dejando esa actuación a la disposición de la entidad accionada, cuando esta Corporación ha reiterado que dicho trámite constituye un elemento esencial para el goce pleno de la pensión[96].

36. Así las cosas, concluyo que dejar en cabeza de la accionada la invalidación de las resoluciones que negaron el reconocimiento del derecho del actor; otorgar un término amplio para que Colpensiones inicie las gestiones correspondientes; y no ordenar explícitamente la inclusión del actor en la nómina de pensionados, puede generar dilaciones que agravan la situación de vulnerabilidad del señor Edilberto Garzón Larrota y ponen en riesgo la materialización efectiva de los derechos fundamentales amparados. Lo anterior se aleja entonces del deber que tienen todos los jueces, y en especial los constitucionales, de propender por la eficacia de los derechos fundamentales de quienes acuden ante ellos buscando la protección de los mismos.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[2] Folio 23 del Cuaderno 1.

[3] Esta enfermedad es catalogada como “Enfermedad Huérfana” con el código 1171 de acuerdo con la Resolución 2048 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se actualiza el listado de enfermedades huérfanas y se define el número con el cual se identifica cada una de ellas en el sistema de información de pacientes con enfermedades huérfanas”. Esta normativa se expide con base en el artículo 2 de la Ley 1392 de 2010 “Por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores”, modificado por el artículo 140 de la ley 1438 de 2011 que fija el deber de mantener unificada la lista de denominación de las enfermedades huérfanas en el Ministerio de Salud y Protección Social (folios 8 a 10 del Cuaderno 1).

[4] Certificación de la Asociación Colombiana de Miastenia Gravis, donde se hace constar que Edilberto Garzón Larrota ha sido diagnosticado con esta enfermedad. Folios 1 al 3 del Cuaderno 1.

[5] Folio 27 del Cuaderno 1.

[6] Folio 13 del Cuaderno 1.

[7] Folios 22, 25 y 27 del Cuaderno 1.

[8] Folio 22 del Cuaderno 1.

[9] Folios 11 a 16 del Cuaderno 1.

[10] Folios 72 a 75 del Cuaderno 1.

[11] Folios 76 a 81 del Cuaderno 1.

[12] Folios 82 a 87 del Cuaderno 1.

[13] Folio 32 del Cuaderno 1.

[14] Folio 39 del Cuaderno 1.

[15] Folios 43 a 50 del Cuaderno 1.

[16] Folios 43 a 50 del Cuaderno 1.

[17] En la Resolución GNR 60016 de 27 de febrero de 2.017, se indica de manera equivocada que la fecha de presentación de la solicitud es el 01 de agosto de 2.016, pero la fecha de presentación indicada por el tutelante es el 11 de agosto de 2.016 tal como consta a folio 32 del Cuaderno 1.

[18] Folios 51 a 54 del Cuaderno 1.

[19] Folios 55 a 66 del Cuaderno 1.

[20] Folios 67 a 70 del Cuaderno 1.

[21] Folio 98 del Cuaderno 1.

[22] Folio 92 del Cuaderno 1.

[23] Folio 93 del Cuaderno 1.

[24] Folios 94 al 95 del Cuaderno 1.

[25] Folios 95 a 97 del Cuaderno 1.

[26] Folios 114 a 115 del Cuaderno 1.

[27] Folios 268 a 281 vto., del Cuaderno 1.

[28] Folios 105 a 111 del Cuaderno 1.

[29] Folios 121 a 122 del Cuaderno 1.

[30] Folio 122 del Cuaderno 1.

[31] Folio 127 del Cuaderno 1.

[32] Folios 3 a 10 del Cuaderno 2.

[33] Folios 21 a 25 del Cuaderno Principal de Revisión.

[34] Folios 68 a 83.

[35] Este requisito se regula, en los siguientes términos en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

[36] La definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como *prima facie*, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. El término que *prima facie* se ha considerado como razonable para tal efecto es de 6 meses. Sin embargo, según la jurisprudencia constitucional, por la razón antes mencionada, de conformidad con las circunstancias del caso, este término puede considerarse como excesivo o insuficiente. Con relación a esta última inferencia, Cfr. entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010 y T-060 de 2016.

[37] Los artículos citados, respectivamente, disponen: “Artículo 86. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”; “Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias

en que se encuentre el solicitante” y “Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (resalto fuera de texto).

[38] El propósito del Constituyente de 1991 fue hacer de la acción de tutela un mecanismo subsidiario y excepcional, en la medida en que los demás medios judiciales dispuestos por el Legislador fueron considerados los recursos principales para la protección de los derechos de las personas, como una de las expresiones del principio de juez natural. Como se puede evidenciar en las Gacetas Constitucionales ese fue, precisamente, el elemento distintivo del proyecto que finalmente adoptó la Asamblea Nacional Constituyente, en comparación con los otros 13 que fueron propuestos.

[39] El análisis de existencia formal del otro medio o recurso judicial supone considerar que el ordenamiento jurídico ha dispuesto de otros mecanismos para exigir la garantía o protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. Este análisis puede considerarse equivalente al de idoneidad, que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional desde sus primeras decisiones. En todo caso, se precisa que el concepto de idoneidad no encuentra un respaldo normativo en las disposiciones que se citaron, dado que estas únicamente hacen referencia al de inexistencia o de no disposición que se consideran equivalentes.

[40] La eficacia hace referencia a la capacidad, en concreto, del medio o recurso judicial para dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebida la tutela, atendiendo, tal como lo dispone el último apartado del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, a “las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[41] De conformidad con este apartado, al que ya se ha hecho referencia, “[...] La existencia de dichos medios [otros recursos o medios de defensa judiciales] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

[42] Esta consecuencia se deriva del distinto alcance de las nociones de vulnerabilidad y perjuicio irremediable. Si bien, nada obsta para que algunos de los elementos de vulnerabilidad del tutelante permitan valorar la existencia de un perjuicio irremediable,

ambos conceptos son autónomos. En particular, la acreditación de un supuesto de perjuicio irremediable es una exigencia constitucional y reglamentaria, para efectos de valorar la procedencia transitoria de la acción de tutela, tal como se deriva de las disposiciones trascritas.

[43] La Corte Constitucional, a partir de la Sentencia T-225 de 1993, reiterada, entre otras, en las sentencias T-765 de 2010, T-293 de 2011, T-814 de 2011 y T-370 de 2016, ha considerado estas cuatro características como determinantes de un supuesto de perjuicio irremediable.

[44] Este análisis brinda parámetros flexibles y objetivos al juez constitucional para valorar la subsidiariedad de la acción, en términos de la eficacia en concreto de los otros medios de defensa judiciales a disposición del tutelante.

[45] Son aquellas así reconocidas en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos, así como aquellas que interpretativamente han derivado los órganos competentes para garantizar la vigencia de tales disposiciones. El fundamento de esta condición, que se arraiga en una dimensión colectiva de la igualdad, permite no solo dar relevancia a la elección del Constituyente y de los consensos a nivel internacional, sino que posibilita su adaptación a las circunstancias históricas, pues permite reconocer que existen ciertos grupos que son sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos. Entre otras, han sido reconocidas como tales las personas de la “tercera edad” (artículo 46 de la Constitución y que, de conformidad con la interpretación de la normativa vigente -artículo 7 de la Ley 1276 de 2009, artículo 3 de la Ley 1251 de 2008 y artículo 5 de la Ley 1850 de 2017-, se acredita cuando una persona cumple 60 años de edad); las personas que hacen parte de “grupos discriminados o marginados” (artículo 13, inciso primero de la Constitución); las mujeres durante su embarazo y en el periodo de lactancia (artículo 43 de la Constitución); las mujeres cabeza de familia (artículo 43, inciso segundo de la Constitución); los niños (artículo 44 de la Constitución).

[46] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-010 de 2017. Esta situación es especialmente relevante al momento de valorar las condiciones del entorno económico y social del accionante, en particular, cuando se acredita la carencia de capacidades para generar, de

manera autónoma, una renta constante. Un buen indicador para constatar esta situación es el relativo al puntaje que se asigna al accionante en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBÉN). Si bien, el puntaje no tiene un significado inherente, sí permite, por una parte, considerar unas situaciones más gravosas que otras, en función de aquel. Por otra, es un buen parámetro para determinar el mayor grado de vulnerabilidad de las personas, en la medida en que puedan ser sujetos de los programas sociales para los que se utiliza dicho puntaje. Con fundamento, entre otras, en las disposiciones de la Ley 1785 de 2016, “por medio de la cual se establece la red para la superación de la pobreza extrema – red unidos y se dictan otras disposiciones”, el artículo 6 de la Resolución 02717 de octubre 4 de 2016, de la Dirección del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Prosperidad Social, “Por la cual se establecen los criterios de identificación, selección, vinculación, permanencia y egreso de hogares en condición de pobreza extrema a la Estrategia para la Superación de la Pobreza Extrema – Red Unidos”, define, entre otros criterios, el puntaje de corte máximo del SISBÉN para los hogares que pueden ser objeto de acompañamiento por la Estrategia Red Unidos. Allí se señala que, para las 14 ciudades principales del país es de 23.40 puntos, para el resto urbano de 32.20 y para el sector rural de 26.12. Este criterio es relevante, a efectos de determinar el nivel de riesgo, en términos de la situación de pobreza del tutelante; entre más cercano sea el puntaje del accionante a estos valores, mayor será su situación de riesgo, en relación con este factor (pobreza).

[47] Corte Constitucional, Sentencia T-026 de 2010.

[48] Corte Constitucional, Sentencia T-149 de 2002. En esta sentencia, la Corte tuteló el derecho de un adulto de 58 años, quien por su condición de enfermo grave del corazón aducía no poder emplearse en ningún trabajo y, por lo tanto, no tener dinero para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.

[49] Corte Constitucional, Sentencia T-124 de 2015. En este caso, la Corte reconoció que los líderes comunitarios y los trabajadores sociales se encuentran en situación de riesgo. Reconoció, igualmente, que en el caso de mujeres defensoras de derechos humanos, el riesgo es mayor.

[50] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2010.

[51] Tal como lo consideró la Corte en la Sentencia T-426 de 1992, la familia tiene una obligación jurídica y moral de auxiliar a sus descendientes o ascendientes próximos, y sólo en los casos en que esta se encuentre en una situación de imposibilidad material para hacerlo, el Estado, en desarrollo de sus fines esenciales (artículo 2 de la Constitución) y sociales (artículo 366 de la Constitución), está en el deber constitucional de proteger los derechos de la persona.

[52] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992. En esta providencia, en un apartado que constituye, obiter dictum, se señala: “Cuando una persona demuestra la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental (CP art. 13), sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha situación”.

[54] Modificado por las leyes 712 de 2001 y 1149 de 2007.

[55] Modificado por el artículo 2 de la Ley 1149 de 2007.

[56] “[A] través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del Adulto Mayor en los Centros Vida”. Según esta disposición, adulto mayor es “aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”.

[57] Cfr., entre otras, las sentencias T-047 de 2015 y T-339 de 2017 de la Corte Constitucional.

[58] El artículo 11 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, establece: “Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por el Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de su atención [...]” (subrayas

fuera de texto).

[59] Folios 64 y 65 del cuaderno de Revisión. Fecha de consulta Base SISBEN: 13 de diciembre de 2017. En:

<https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/Paginas/consulta-del-puntaje.aspx>. Es importante señalar que, en el caso del accionante, un programa social que busca la protección de su situación de vulnerabilidad es el de “Colombia Mayor”, que tiene por objeto aumentar la protección de los adultos mayores que se encuentran desamparados, que no cuentan con una pensión o viven en la indigencia o en la extrema pobreza, por medio de la entrega de un subsidio económico (<http://colombiamayor.co/programas.html>). Una de las condiciones para ser beneficiario es acreditar un puntaje de SISBÉN hasta de 43.63 en las 14 ciudades principales del país y sector urbano, o hasta de 35.26 para el sector rural. Este puntaje, para efectos del análisis de la situación del riesgo del tutelante, puede considerarse el límite superior para efectos de considerar como de riesgo su situación de pobreza. En el presente asunto, dado que el accionante acredita un puntaje de 39.72 y habita un municipio del sector urbano, es válido inferir que, si bien, su situación no es equivalente a una de pobreza extrema, sí es una de pobreza, que supone un factor de riesgo relevante para efectos de valorar la eficacia de los otros medios de defensa judicial de que dispone, en los términos del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, para el análisis de eficacia deben considerarse “las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[60] Este artículo dispone lo siguiente: “Artículo 411. Se deben alimentos: || 1. Al cónyuge || 2. A los descendientes || 3. A los ascendientes || 4. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa. || 5. A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales. || 6. A los ascendientes naturales. || 7. A los hijos adoptivos. || 8. A los padres adoptantes. || 9. A los hermanos legítimos. || 10. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. || La acción del donante se dirigirá contra el donatario. || No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue”.

[61] La esperanza de vida al nacer, para el periodo 2015-2020 (periodo en el que se presentó la acción de tutela objeto de revisión), de conformidad con los estudios estadísticos oficiales vigentes del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -

DANE-, a nivel nacional, agregado (para mujeres y hombres) es de 76,15 años. Información disponible en el vínculo, “Colombia. Indicadores demográficos según departamento 1985-2020” de la siguiente dirección del portal electrónico del DANE: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/series-de-poblacion>

[62] En el caso de la Sentencia T-624 de 2017, análogo al que estudia la Sala (aunque no con carácter de precedente) la Corte Constitucional también concedió el amparo definitivo, al considerar que con la negativa de COLPENSIONES de reconocer la pensión especial de vejez al tutelante, se había vulnerado sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

[63] Cfr., sentencias T-380 y T-567 de 2017.

[64] Con relación a esta disposición, en la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, se afirma que, “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.

[65] Entre otras las sentencias T-855 de 2011, T-482 de 2012, T-493 de 2013.

[66] T-897 de 2010 y T-603 de 2014

[67] C-1011 de 2003, T-847 de 2010 y T-706 de 2014

[68] T-208 de 2012, T-722 de 2012, T-508 de 2013, T-475 de 2013 y T-343 de 2014

[69] T-463 de 2016.

[70] Folio 50 del Cuaderno de Revisión.

[71] Folios 26 a 39 Cuaderno de Revisión.

[72] En la sentencia T-463 de 2016, esta Corporación señaló que: “la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín incurrió en un defecto fáctico en la

sentencia del 18 de junio de 2015, por lo que se dejará sin efectos esa providencia judicial y ordenará a la accionada que emita una nueva decisión judicial de conformidad con la motivación de esta sentencia, que no establezca la carga de la prueba en la accionante y por lo tanto otorgue plena validez al certificado de historia laboral del Instituto de Seguros Sociales presentado por la misma”.

[73] Esta Corte en sentencia C-227 de 2004, declaró (i) condicionalmente exequible el inciso en cita, bajo el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de carácter económico y; (ii) inexecutable el aparte “menor de 18 años”. Posteriormente, en sentencia C-989 de 2006, los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles, en el entendido de que el beneficio pensional se debe hacer extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él. Por último, en la sentencia C-758 de 2014 esta Corte adicionó la exequibilidad condicionada de la disposición, al considerar que el beneficio pensional se debe garantizar a favor tanto de los afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, como a los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

[74] Corte Constitucional, Sentencia T-657 de 2016.

[75] Cfr., entre otras, las sentencias T-062 de 2015, T-101 y T-588 de 2014.

[76] Esta Corte, en casos en que se ha solicitado el amparo de los derechos a la seguridad social y mínimo vital, con ocasión de la negativa de otorgar la pensión especial de vejez, ha indicado que para aquellos eventos aplica el régimen de transición. Al respecto, pueden leerse las sentencias T-651 y T-702 de 2009.

[77] Consideró la entidad estatal que a la pensión especial de vejez, por tener requisitos específicos, no le era aplicable la normativa del régimen de transición.

[78] Cfr., entre otras, las sentencias T-563 de 2011, T-651 y T-702 de 2009, y T-176 de 2010.

[79] Folios 22, 25 y 27 del Cuaderno 1.

[81] Ver, entre otras, sentencias T-146 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-230 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[82] Esta premisa se extiende a todos los requisitos de procedibilidad (o requisitos formales) de esta acción. Sin embargo, por economía expositiva, dejo de lado este punto en el cuerpo del salvamento.

[83] Así, en la Sentencia T-774 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Sala Novena de Revisión recordó las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la necesidad de superar los obstáculos materiales que enfrentan los sujetos más vulnerables para el acceso a la acción de tutela: “Un primer aspecto del derecho de acceder a la justicia en materia de derechos sociales, es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal... es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en el juicio”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, informe aprobado el 07 de septiembre 2007, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[84] Igualmente, del principio de equidad se han derivado instituciones. En el derecho comparado, la más conocida, por supuesto, es la jurisdicción de equidad que nació durante el medioevo en las cortes de los cancilleres en Inglaterra en contraposición a la jurisdicción de derecho común de los jueces, caracterizada por el rigorismo y el formalismo, así como por la ausencia de remedios legales adecuados a algunos conflictos en el reino, lo cual llevaba a las personas a pedirle al rey que en ejercicio de sus prerrogativas y en virtud de su misericordia, solucionara en equidad el caso por vía de sus cancilleres. Entre nosotros, el constituyente se preocupó también por institucionalizar la equidad. Dentro de estas instituciones sobresalen tres: los jueces de paz que deben decidir en equidad; el arbitramento que puede ser en derecho o en equidad y, claro está, la acción de tutela que busca ofrecer a las personas un remedio efectivo cuando la jurisdicción ordinaria no se lo brinda y en la cual el juez debe ponderar, a partir de los hechos del caso, no solo la decisión más razonable sino ante todo la orden que tendrá el efecto práctico de garantizar el goce efectivo del derecho constitucional fundamental amenazado o violado. La tutela, es, en

esencia, una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.

[85] Un cambio de jurisprudencia, aún en estas condiciones, sería válida si asumiera la carga de demostrar que propone una versión más fuerte, más amplia, en torno a la procedencia de la acción de tutela.

[86] Al respecto, entre muchas otras, consultar las sentencias C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-539 de 2011; C-816 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. En la doctrina, especialmente, Diego López Medina, El derecho de los jueces, 2005.

[87] De acuerdo con la reciente sentencia de unificación SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, incluyen la identificación de la posición vigente (carga de transparencia); la justificación de la nueva posición, a raíz de una transformación en el sistema de derecho positivo, en el orden axiológico que soporta la Constitución Política, o en las condiciones sociales imperantes (carga de suficiencia 1); y, finalmente, la justificación acerca de por qué la “nueva posición” no sólo es mejor que la anterior, sino que su adopción satisface el costo que impone en la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad en la interpretación de los derechos (carga de suficiencia 2).

[88] Es posible, sí, que en esta ocasión se haya dado una respuesta de fondo. Pero la sola alusión al proceso ejecutivo administrativo como escenario idóneo para resolver su controversia, en contra de la jurisprudencia constante, demuestra cómo la nueva propuesta comporta un conjunto de nuevos requisitos que, en su conjunto, generan una seria barrera de acceso a la justicia constitucional.

[89] Esta es, una vez más, una formulación nueva del riesgo. Y es importante indicar, primero, que la pertenencia a un grupo de especial protección genera obligaciones reforzadas y especiales para el Estado, no por tratarse de un riesgo, sino por el principio de igualdad; y, segundo, que ubicar en esta etapa el riesgo deja una pregunta irresuelta, acerca del riesgo de que ocurra un perjuicio irremediable, es decir, el supuesto de la tutela como medio de protección transitorio.

[90] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[91] En principio, este examen diferencial se planteó en relación con la configuración de un perjuicio irremediable: “Sin embargo, algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo”[6], y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Así, en el caso de los niños, la recreación o la alimentación balanceada, por ejemplo, cobran una particular importancia que generalmente no es la misma para el caso de los adultos (C.P. artículo 44). De igual forma, la protección a la maternidad en sus primeros meses adquiere una gran relevancia, que justifica un tratamiento preferencial en favor de la mujer (C.P. artículo 43).

Lo anterior explica entonces por qué, tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos”. Posteriormente, se extendió a todos los pasos del estudio de procedibilidad (subsidiariedad e inmediatez). Así, por ejemplo, en sentencia T-589 de 2011, dijo la Corte: “5. Además, el operador judicial debe examinar la situación fáctica que define el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente”.

[92] La palabra “resiliencia” se ha tomado de diferentes disciplinas: en osteología se ha usado para expresar la capacidad que tienen los huesos para crecer en sentido correcto después de una fractura (Badilla, 1999); http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/8053e5b2-7d04-4997-9dc0-4dcada70658f/BoletA%CC%83%C2%ADn+2_Concepto+de+Resiliencia.pdf?MOD=AJPERES

[93] 159. Además de los factores de vulnerabilidad antes indicados, los ecosistemas de páramo tienen umbrales de resistencia y resiliencia muy bajos, es decir, son ecosistemas frágiles. Lo anterior se debe que, como se mencionó, son ecosistemas que evolucionaron en aislamiento geográfico, lo cual implica que no fueron sometidos a disturbios[133] permanentes (bien fueran antrópicos o naturales) que permitieran que los páramos desarrollaran adaptaciones especiales. 159. Además de los factores de vulnerabilidad antes indicados, los ecosistemas de páramo tienen umbrales de resistencia y resiliencia muy bajos, es decir, son ecosistemas frágiles. Lo anterior se debe que, como se mencionó, son ecosistemas que evolucionaron en aislamiento geográfico, lo cual implica que no fueron sometidos a disturbios permanentes (bien fueran antrópicos o naturales) que permitieran que los páramos desarrollaran adaptaciones especiales

[94] Para el común denominador de los psicólogos, la resiliencia se concibe como una respuesta adaptativa cuando una persona enfrenta condiciones adversas o de riesgo (Tabla 2), aun cuando no se ha precisado si finalmente se trata de: a) un proceso o un resultado; b) un atributo de la persona, en el sentido de que, inherente y consustancial a su existencia como ser biológico y social, hay alguna disposición hacia la resiliencia (Gaxiola et al., 2012), que está ahí, latente, a la espera de ser activada por alguna fuerza interna y/o externa; c) si es un concepto relativo a la reactividad, es decir, a la manera en que se responde a esas fuerzas externas que se conciben como adversas y potencialmente dañinas, perturbadoras, generadoras de estrés..., o d) si es consecuencia de la interacción de la persona con el ambiente en sus distintas modalidades.

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-97282015000300001

[95] Si por resiliencia se denota la superación de una situación de vulneración de derechos fundamentales, entonces la Sala debió remitirse a dos conceptos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional y que no dependen de la reacción subjetiva del afectado frente a la violación de sus derechos, sino de la efectiva superación del hecho o del carácter irreparable de un daño. Así, la Corte ha considerado que el hecho superado conlleva la improcedencia de la acción, cuando al momento de decidir, la violación ha cesado, y se produce la carencia actual de objeto; por otra parte, el daño consumado, es decir, aquel que no puede repararse, hace ineficaz el amparo, pero no excusa al juez de tutela de la obligación de declarar la violación y de adoptar medidas destinadas a que no se repitan hechos semejantes.

[96] Sentencias T-154 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-686 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-280 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez; y T-655 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras. Sentencias T-135 de 1993.M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-209 de 1995.M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-937 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-264 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz; T-302 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-720 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-511 de 2005. M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-154 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-686 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-216 de 2015. M.P. Gabirel Eduardo Mendoza Martelo; T-280 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez; T-509 de 2016.M.P. Alberto Rojas Rios y T-655 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.