

Sentencia T-1291/05

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Fundamentos constitucionales

El Sistema de Seguridad Social se desenvuelve bajo dos condiciones que, en ciertas circunstancias, pueden traducirse antitéticas: por un lado es instrumento básico para el cumplimiento de los principios fundamentales de la Carta y el afianzamiento general de los algunos derechos fundamentales, y por el otro, debe responder a la escasez de recursos y a la definición que, conforme a la disponibilidad de ellos, establezca el legislador. El carácter prestacional de la seguridad social soporta entonces, una tensión aguda que se hace más evidente en los países pobres y que responde a la paradoja: hay mayor cantidad de casos a resolver y necesidades a satisfacer, pero menor porción de recursos para atenderlos. Esta connotación del derecho exige de las instituciones y los agentes que lo componen, un compromiso preciso y riguroso que sea consecuente con los fundamentos constitucionales y legales del sistema.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por conexidad

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Finalidad/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Solidaridad/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Dualidad de regímenes

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Alcance/PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Alcance/REGLAS DE TRANSICION EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Alcance

DISCAPACITADO-Protección constitucional especial

PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

PENSION DE INVALIDEZ-Línea jurisprudencial para su procedencia por tutela

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

PENSION DE INVALIDEZ-Omisión de los jueces en verificar a fondo cada uno de los principios

que rigen el sistema de seguridad social

Se omitió en cada una de las decisiones de amparo, efectuar la correspondiente ponderación de valores, y verificar si en el caso en cuestión en verdad la peticionaria no cumplía con los requisitos para pensionarse a causa de su invalidez. Se olvidó verificar a profundidad cada uno de los principios que rigen el sistema de seguridad social en pensiones. Las anteriores condiciones de hecho, justifican con suficiencia que cada uno de los operadores analice y acabe cada una de las posibilidades aplicables al caso concreto. En definitiva, cada uno de esos sujetos tenía la obligación de verificar las condiciones del caso para luego concluir que no se consolidó ningún derecho en cabeza de la peticionaria.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-
Vulneración por cuanto no se tuvo en cuenta el tránsito de legislación entre el art. 39 de la ley 100/93 y el art. 1 de la ley 860/03

Las dos instancias dentro de la presente tutela confirmaron las razones por las cuales la AFP negó el reconocimiento de la pensión a la señora a partir de la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Ninguna de las dos se percató de un cambio en las condiciones legales para acceder al derecho producida apenas unos días antes de la fecha de estructuración de la invalidez de la peticionaria. Por tanto, en los dos eventos se pasó por alto el tránsito de legislación y se aplicó, sin más, la norma que se encontraba vigente al momento de acaecer la enfermedad. Esta Sala debe resaltar que conforme al principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y, se repite, de acuerdo a las difíciles condiciones de la señora Jaramillo, la AFP y las instancias debían verificar que el tránsito legislativo no había vuelto más gravosas o regresivas las condiciones para acceder a la pensión de invalidez en el caso de la peticionaria. Para este efecto debe analizarse cuáles eran las condiciones que imponía el artículo 39 de la Ley 100 original y cuáles son los requisitos dispuestos por su modificación, o sea, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 (Diciembre 29).

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-
Inaplicación del art. 1 de la ley 860/03 por ser regresiva

Con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. Dicho escenario deja ver que

para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibile que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de la demandante, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se acceda al derecho. Así las cosas y ante la ausencia de un régimen de transición y conforme al principio de favorabilidad de las normas laborales, la Sala considera necesario dar aplicación en este caso del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Referencia: expediente T-1070912

Acción de tutela instaurada por Adriana María Jaramillo Ríos contra Pensiones y Cesantías Protección S.A., A.F.P..

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HÉRNANDEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERIA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Sexto (6) Penal Municipal y el Juzgado Veinticinco (25) Penal del Circuito de Medellín dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Adriana María Jaramillo Ríos contra la A.F.P., Pensiones y Cesantías Protección.

I. ANTECEDENTES

La señora Adriana María Jaramillo Ríos, por intermedio de apoderada, interpuso acción de tutela contra Pensiones y Cesantías Protección, por considerar vulnerados los derechos

fundamentales a la vida, la integridad física y la seguridad social. Para fundamentar su demanda señala los siguientes:

Afirma que el 28 de enero de 2004 sufrió un accidente cerebro vascular en el cual se le diagnosticaron “secuelas severas con afasia¹ motora y hemiplesia² (sic) derecha”. Señala que, como consecuencia, presenta severas dificultades para la marcha, lo cual sólo puede hacer con apoyo en otras personas.

Pone de presente que estuvo vinculada mediante contrato de trabajo con la Fundación Médico Preventiva desempeñándose en oficios varios.

Agrega que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, en el dictamen No. 0014499, le asignó una pérdida de la capacidad laboral de 69.05%, de origen común.

Expone que al adelantar el trámite para el reconocimiento de la pensión por invalidez ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, esta entidad le respondió negativamente aduciendo que no cumple con el mínimo de semanas cotizadas para este reconocimiento y que, en su lugar “se reconocerá la devolución de los saldos de la cuenta individual”, quedando pendiente el reconocimiento y pago del BONO PENSIONAL por cuenta del I.S.S..

Indica que es madre soltera de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Jaramillo, quien depende económica y moralmente de ella, puesto que el paradero de su padre se desconoce. Además destaca que debido a la lesión sufrida perdió el habla, se comunica por señas y en este momento depende de terceras personas para realizar actividades básicas, siéndole imposible laborar o conseguir sustento para ella y su hija.

Resalta que al momento no cuenta con otro ingreso económico para el sostenimiento de su hogar y concluye indicando que el reconocimiento de un bono pensional sólo cubriría gastos transitorios que demande su hija pero no lograría darle el beneficio y la estabilidad permanente que podría brindarle el reconocimiento de una pensión.

Por todo lo anterior, solicita se ordene a la entidad accionada reconocer la pensión de invalidez causada por la enfermedad, ya que de ella depende la estabilidad económica y el futuro de su hija.

2. Respuesta de la Entidad Demandada

El Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, por medio de apoderado, manifestó que la señora Adriana María Jaramillo se vinculó a éste a partir del 5 de diciembre de 2003 y que el 16 de septiembre de 2004 se acercó a sus oficinas para diligenciar la solicitud de pensión 0006730 por invalidez, adjuntando a dicha solicitud la documentación correspondiente para el estudio de su caso.

Con base en la petición elevada por la afectada iniciaron el trámite pertinente en relación con la pensión de invalidez procediendo a solicitar, en octubre 4 de 2004, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante, donde se estableció que aquella ascendía a 69.05%.

Así las cosas -manifiesta la AFP demandada- se cotejaron los requisitos previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 con lo cual se determinó que la tutelante sólo cumple con la fidelidad más no con el mínimo de semanas exigidas, puesto que únicamente tiene 32.14 de las 50 requeridas en la norma. Por tal razón, el 10 de noviembre de 2004, se le comunicó a la señora Jaramillo Ríos la improcedencia de su petición, por no cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos por la Ley.

Concluye que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la peticionaria porque las actuaciones de la AFP se encuentran sustentadas por disposiciones legales, por lo que la acción de tutela no puede prosperar. Además advierte que la acción de tutela no es “un instrumento para imponer a unos cargas que no tienen porque (sic) asumir” y tampoco es el medio idóneo para el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

3. Pruebas

3.1. En el expediente de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas:

- Fotocopias de la historia clínica de la señora Adriana María Jaramillo Ríos compuesta de: (i) la reseña médica para atención de urgencias (folios 5 y 6); (ii) diagnóstico a partir del “Tac Craneo Simple” (folio 7); (iii) informe de “ultrasonografía duplex a color arterias carótidas” e “informe ecocardiográfico” (folios 8 a 11); (iv) informe médico de la atención en la Clínica “El Rosario” y el correspondiente “resumen de egreso” (folios 12 a 17); resultados de análisis de

laboratorio (folios 18 a 27); reseña médica de la E.P.S. Comfenalco para la atención de urgencias del 04 de febrero de 2004 (folios 28 y 29); e historia clínica ocupacional del 17 de agosto de 2004 en la que se consigna: “[Paciente] con 7 meses de incapacidad temporal continua, sus secuelas prácticamente son irreversibles, su pronóstico de recuperación es pobre” (folios 30 y 31).

- Documento dirigido a Adriana María Jaramillo de parte de Protección, en donde le niega la pensión de invalidez y le reconoce el bono pensional (folios 35 y 36).

- Fotocopia auténtica del registro civil de nacimiento de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Jaramillo (folio 37).

- Fotocopia de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias y Fondo de Cesantías Protección S.A. del primero de febrero de 2004 y del 10 de diciembre de 2003 respectivamente (folios 46 y 47).

- Fotocopia de la solicitud de pensión por invalidez del 16 de septiembre de 2004 (folio 48)

- Fotocopia de la cédula y del registro de nacimiento de Adriana María Jaramillo Ríos (folios 49 y 50).

- Declaración juramentada de la doctora Yakeline Cadena Pérez, apoderada de la señora Jaramillo Ríos (folio 63).

3.2. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

A través de Auto del cinco de julio de dos mil cinco, esta Sala procedió a decretar y practicar las siguientes pruebas:

- Relación de las semanas cotizadas al ISS de parte de la señora Jaramillo Ríos (folios 20 a 25, 29 a 34 y 59 a 65 cdno de revisión).

- Oficio del 11 de julio de 2005 remitido por la Superintendencia Bancaria de Colombia (folio 27 cdno de revisión).

- Original y copia en fax del documento allegado por COLFONDOS (folios 35 a 38 cdno de revisión).

- Respuesta de la I.P.S., Fundación Médico Preventiva, en donde allega, entre otros, fotocopia del convenio de trabajo asociado celebrado entre la Cooperativa Integral de Trabajo Asociado y Adriana María Jaramillo, la liquidación definitiva del “acuerdo cooperativo” en donde se consigna como fecha de retiro el 12 de diciembre de 2004, y fotocopias de los certificados de incapacidad médica registrados a partir del mes de enero de 2004 (folios 45 a 50 cdno de revisión).
- Oficio remitido por SKANDIA Pensiones y Cesantías S.A. (folio 66 cdno de revisión).
- Respuesta allegada por la Ejecutiva Jurídica de Pensiones y Cesantías Protección (folios 68 a 72 cdno de revisión).
- Dictamen médico legal practicado por la Seccional Antioquia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en donde se consigna: “CONCLUSIÓN: Adriana María Jaramillo Rios, mujer de 29 años de edad, quien en la actualidad presenta un estado precario de salud por las secuelas severas del ACV (Accidente cerebro vascular) trombótico, consistentes en hemíplejia derecha y afasia motora que le impiden satisfacer sus necesidades básicas cotidianas (Bañarse, vestirse, comer, desplazarse por sus propios medios, hablar, etc). En estas condiciones Adriana María no puede desempeñar ningunas (sic) actividad de orden laboral” (folios 73 a 81 cdno de revisión).

2.1. Primera instancia

Del presente asunto conoció el Juzgado Sexto (6) Penal Municipal de Medellín, quien en sentencia del día quince (15) de diciembre de 2004 denegó la acción de tutela al verificarse que la peticionaria no cuenta con el número mínimo de semanas para acceder a la pensión, requisito exigido en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Conforme a ello negó el derecho al reconocimiento a la pensión de invalidez y consideró el amparo improcedente por existir otros medios de defensa judicial.

1. . Impugnación

La apoderada de la señora Adriana María Jaramillo impugnó el fallo del a-quo, admitiendo que su prohijada no cumple con las semanas cotizadas exigidas por la ley como requisito para

acceder a la pensión de invalidez. Empero -resaltó- tal negativa afecta el bienestar y la estabilidad económica de su menor hija ya que debido a su enfermedad no se encuentra en condiciones de desplegar ninguna actividad laboral y además no cuenta con otros ingresos económicos. Consideró que bajo estas circunstancias se encuentran en peligro los derechos de su hija y pone de presente que en Colombia prevalecen los derechos de los niños sobre los demás.

2.3. Segunda instancia

El Juzgado Veinticinco (25) Penal del Circuito de Medellín, en providencia del dos (2) de febrero de 2005, confirmó la sentencia de primera instancia al corroborar que la accionante no cumple con el requisito exigido por la Ley para acceder a la pensión de invalidez. Concluyó que no vislumbra ninguna irregularidad o arbitrariedad merecedora de amparo frente a las actuaciones cumplidas por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A..

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Ante la enfermedad común padecida por la peticionaria, la cual le produjo una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, ésta solicitó a la A.F.P. el reconocimiento de su pensión de invalidez obteniendo respuesta negativa por no reunir los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993. Frente a tal contestación, se plantean en sede de tutela la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la seguridad social y los derechos de los niños.

Por su parte, las instancias dentro de la presente tutela establecieron que la actora no cumple con uno de los requisitos para acceder a la pensión y concluyeron, que no existe

objeto que proteger a través del amparo.

Conforme a lo anterior corresponde a la Sala establecer si vulnera los derechos fundamentales de una discapacitada, madre cabeza de familia que no tiene posibilidades reales de trabajar y que no posee recursos para sobrevivir y atender a su hija menor de edad, la negativa de otorgarle la pensión de invalidez debido al aparente incumplimiento de uno de los requisitos legales, a saber, el número mínimo de semanas cotizadas para acceder al derecho.

Para tal efecto esta Sala abordará: (i) los fundamentos constitucionales del Sistema de Seguridad Social y, en estricto, el desempeño de la acción de tutela dentro de éste; (ii) las particularidades del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los principios de solidaridad y progresividad, la dualidad de regímenes que lo componen, y las reglas sobre favorabilidad y transición; (iii) la salvaguardia constitucional de los discapacitados y de otros sujetos de especial protección, y las características principales de la pensión por invalidez; y finalmente, (iv) se resolverá el caso concreto.

3. Fundamentos Constitucionales del Sistema de Seguridad Social y del subsistema Pensional.

Para empezar, la Sala debe destacar que el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona⁵, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶; y el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷, establecen que el carácter fundamental de la seguridad social radica en la absoluta e íntima conexión con los derechos a la vida, a la dignidad, al mínimo vital y a la igualdad.

Estos instrumentos internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad⁸ de acuerdo a lo establecido por el artículo 93 de la Constitución Política. Pues bien, teniendo en cuenta que la Asamblea General es el principal órgano deliberante de la Organización de las Naciones Unidas⁹ en el cual se encuentran representados todos los Estados miembros, sus

Resoluciones constituyen herramienta auxiliar para consolidar la interpretación de los diferentes tratados de derechos humanos ratificados por Colombia¹⁰. Para el caso que nos ocupa, tal órgano ha proferido las Resoluciones 3447 (XXX)¹¹ y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹² en las cuales se definen los términos discapacidad y minusvalía de la siguiente manera:

“17. Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

“18. Minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra “minusvalía” describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad”.

En el instrumento en cita se establece que dos de las estrategias para lograr la igualdad de oportunidades de la persona con discapacidad es la adopción de una red de servicios de apoyo y un sistema de seguridad social, como presupuestos que [aumenten] su nivel de autonomía en la vida cotidiana y [les permitan] ejercer sus derechos¹³. En estricto sobre la seguridad social¹⁴, este documento indica lo siguiente:

1. Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Los Estados deben velar por que la prestación de apoyo tenga en cuenta los gastos en que suelen incurrir las personas con discapacidad, y sus familias, como consecuencia de su discapacidad.

En el mismo derrotero, teniendo en cuenta que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado mediante la Ley 74 de 1976, hay que concluir que también constituye un criterio relevante para resolver el problema planteado la interpretación que del

derecho a la seguridad social ha efectuado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵. Precisamente en el 11º período de sesiones (1994), en el documento de “Observación general N° 5” acerca del derecho a la seguridad social de las personas con discapacidad, el Comité aseveró:

28. Los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. (...) . Dicho apoyo debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos asociados a menudo con la discapacidad. Además, en la medida de lo posible, el apoyo prestado debe abarcar también a las personas (que en su inmensa mayoría son mujeres) que se ocupan de cuidar a personas con discapacidad. Las personas que cuidan a otras personas con discapacidad, incluidos los familiares de estas últimas personas, se hallan a menudo en la urgente necesidad de obtener apoyo financiero como consecuencia de su labor de ayuda

Posteriormente, en el 13º período de sesiones (1995), dentro del documento de “Observación General N° 6” el comité declaró:

“26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas.

“27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio N° 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio N° 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales”.

(...)

“30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas

las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”¹⁶.

Sobre el tema, en las observaciones finales que el Comité efectuó para Colombia el 06 de diciembre de 2001, se consignó:

“18. Preocupa al Comité que el 43% de la población colombiana no esté cubierta aún por la seguridad social. El Comité observa que el Estado Parte no ha ratificado todavía el Convenio Nº 102 de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), 1952”. (E/C.12/1/Add.74)

Tales instrumentos muestran claramente la trascendencia y la entidad que tiene el derecho a la seguridad social. La vulneración de alguno de los contextos en los que ella se desenvuelve compromete la vigencia y efectividad de otros derechos definidos como fundamentales en nuestra Carta¹⁷ y hace necesaria - como se pasa a ver - la procedencia del mecanismo de protección reforzada de los derechos fundamentales.

3.1. Esta Corte ha resaltado que pese a su naturaleza prestacional y a no estar ubicada expresamente dentro del capítulo de “los derechos fundamentales”, la seguridad social se admite como condición esencial para la realización de valores individuales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal y, por tanto, bajo ciertas circunstancias, es merecedora de protección mediante la acción de tutela¹⁸. De hecho, a partir del trámite del amparo se ha reconocido, con el objetivo de salvaguardar el derecho a la seguridad social en lo que respecta a pensiones, que éste es un derecho subjetivo; así se expresó en la sentencia T-1752 de 2000¹⁹, en donde se le catalogó como un derecho a algo, exigible ante los funcionarios administrativos y también ante los funcionarios judiciales (artículos 228 y 229 C.P.).

En el mismo sentido, en sede de control abstracto, cuando se ha verificado la constitucionalidad de las diferentes herramientas y condiciones que componen el sistema de seguridad social, se ha destacado que ellas constituyen el patrón y prototipo específico a través del cual el Estado cumple con sus fines esenciales.

En efecto, a partir de las dos vías, es posible destacar a grandes rasgos la trascendencia

constitucional del sistema como instrumento de justicia distributiva y como agente emancipador social y de garantía general y particular de la efectividad de los derechos fundamentales. De hecho, la magnitud y el ámbito de acción del sistema, por supuesto, no se limita a aquellos enunciados normativos en donde se haya consignado de manera expresa. Por el contrario, dada la amplitud y la importancia de sus dominios, conforme a lo observado atrás, se convierte en uno de los instrumentos más adecuados para “asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad”, así como para alcanzar “un orden político, económico y social justo”²⁰ y, por tanto, es una herramienta pública concreta –sino la más importante– para la consolidación material de los principios fundamentales de la Carta.

Es evidente la importancia que tiene la Seguridad Social en la Constitución Política de 1991.

De manera expresa ocupó la atención del constituyente en varios artículos en donde la definió como: (i) un servicio público de carácter obligatorio para el Estado; (ii) un derecho irrenunciable para todos los habitantes²¹; (iii) una institución que tiene como objetivo prioritario a las personas o sujetos que se encuentren en situación de debilidad²² y como propósito general suministrar y asegurar “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”²³.

Conforme al contexto anterior y de acuerdo a la definición institucional adoptada por el legislador²⁴, la jurisprudencia ha denominado a la seguridad social como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios complementarios que son definidos en la ley, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas, mediante la cobertura de las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de toda la población²⁵.

3.2. Pues bien, acompañando el carácter trascendente innato a cada uno de los componentes de la Seguridad Social, es necesario tener en cuenta que debido a su carácter prestacional, el acceso al sistema se encuentra sujeto o condicionado al desarrollo que el legislador haga del mismo²⁶. Al respecto, en la sentencia C-596 de 1997²⁷, se detallaron las competencias del legislador en esta materia de la siguiente manera:

“Los derechos que se derivan del concepto de seguridad social, entre ellos el derecho a la pensión de vejez, son derechos reconocidos por la doctrina internacional como “derechos de segunda generación”, esto es, aquellos llamados derecho - prestación. Estos derechos, a diferencia de los de primera generación o derechos fundamentales, que por tener un contenido axiológico inherente a la naturaleza humana tienen una eficacia jurídica directa, implican, en cambio, un desarrollo legislativo para poder hacerse efectivos.

“En relación con ellos, la doctrina, con base en la interpretación del derecho internacional vigente, en especial del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, expone que son “derechos” en la medida en que sus titulares pueden demandar su cumplimiento con fundamento en las normas legales, pero que de cara a su reconocimiento por parte del legislador, éste no está necesariamente obligado a ello, sino que su obligación se concreta en el imperativo de dedicar los recursos económicos y financieros de la sociedad a su satisfacción. Por lo tanto, a diferencia de los derechos de primera generación o derechos de la persona humana, cuyo reconocimiento se impone al constituyente, al legislador y al juez, y sobre cuya efectividad funda el Estado Social de Derecho su legitimidad, los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, exigen desarrollo legislativo para poder hacerse eficaces.

(...)

“Si la obligación del Estado es “lograr progresivamente” la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y “en la medida de los recursos disponibles”, ello necesariamente indica que la posibilidad de reclamación de ellos se supedita al desarrollo legislativo que, para estos propósitos, adelante el Estado respectivo, lo cual, obviamente, dependerá del desarrollo económico alcanzado por la comunidad política. Por ello el constituyente colombiano indicó reiterativamente, en el artículo 48 de la Carta Política, que la Seguridad Social era un servicio público que se prestaría en los términos que estableciera la ley; que el Estado, con la participación de los particulares, ampliaría progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, que comprendería la prestación de los servicios en la forma que determinara la ley; y que la seguridad social podría ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.” (subrayado no original).

Adicional al marco señalado, es necesario destacar que el Sistema de Seguridad Social se

desenvuelve bajo dos condiciones que, en ciertas circunstancias, pueden traducirse antitéticas: por un lado es instrumento básico para el cumplimiento de los principios fundamentales de la Carta y el afianzamiento general de los algunos derechos fundamentales, y por el otro, debe responder a la escasez de recursos y a la definición que, conforme a la disponibilidad de ellos, establezca el legislador. El carácter prestacional de la seguridad social soporta entonces, una tensión aguda que se hace más evidente en los países pobres y que responde a la paradoja: hay mayor cantidad de casos a resolver y necesidades a satisfacer, pero menor porción de recursos para atenderlos. Esta connotación del derecho exige de las instituciones y los agentes que lo componen, un compromiso preciso y riguroso que sea consecuente con los fundamentos constitucionales y legales del sistema.

3.3. Pues bien, frente a la naturaleza conflictiva presente en la realización de la seguridad social en todo caso hay que tener presente, tal como lo ha sostenido la Sala Plena de esta Corporación, que la acción de tutela es el mecanismo legítimo para la protección de los derechos fundamentales que llegaren a ser quebrantados. Al respecto, en la sentencia C-375 de 2004 se consignó lo siguiente: “en las eventualidades en las cuales el desconocimiento o vulneración de alguna de las garantías que comportan el derecho a la seguridad social ponen en cuestión derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, la doctrina constitucional ha sostenido la posibilidad de acudir al mecanismo sumario y expedito de la acción de tutela para hacer frente a este tipo de violaciones”²⁸.

Específicamente a cerca del reconocimiento y pago de una pensión, esta Corporación ha aceptado reiteradamente que la tutela constituye un medio legítimo en el cual se protegen por conexidad derechos fundamentales como la igualdad, la vida y los derechos del trabajador²⁹. Tenemos entonces que es tangible la vocación asignada al amparo constitucional cuando se presenten conflictos en el funcionamiento del sistema de seguridad social y se ponga en peligro, por conexidad, cualquier derecho fundamental. Es necesario identificar entonces, cuáles han sido algunas de las directrices planteadas por esta Corporación, cuando en la aplicación de las normas que definen este sistema, se vulneren derechos fundamentales.

3.4. Lo primero a tener en cuenta es que ante la competencia general atribuida al legislador para definir los procedimientos, alcances y progresos que tendrá la seguridad social, se

antepone como límite inquebrantable los mandatos previstos en la Constitución Política. En efecto, la libertad configurativa que tiene el Congreso sobre el servicio público de la seguridad social es relativamente amplia y se puede simplificar en las siguientes facultades: “(i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular los servicios, (iii) autorizar o no la administración del sistema por particulares, (iv) determinar el monto de los aportes, etc”³⁰. Sin embargo, tal facultad está restringida, por las condiciones impuestas en la Carta y, por supuesto, por las garantías propias de los derechos fundamentales. Sobre este asunto, en sentencia de constitucionalidad, la Corte sostuvo lo siguiente: “(...) No obstante, la libertad de configuración del legislador en este punto se encuentra limitada por los valores y principios que soportan la noción de Estado Social, y por aquellos que el mismo constituyente ha entendido que deben presidir la organización del referido sistema, enunciados en el artículo 48 superior. Entre ellos están el principio de universalidad que implica la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida³¹, y el de solidaridad que impone la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”³² (Negrilla no original).

Como conclusión, es preciso aceptar que en el Congreso se encuentra la facultad para regular y definir íntegramente el sistema de seguridad social y que dentro de tales prerrogativas se encuentra la posibilidad de establecer los requisitos y condiciones para acceder a los subsistemas y los beneficios incluidos en éstos. Sin embargo, tal y como se señaló, la determinación de esas condiciones no puede contrariar la Constitución Política ni desconocer los principios que lo gobiernan.

3.5. Ante las competencias asignadas al legislador en la materia, es necesario entender que las estrategias adoptadas por éste no tienen carácter absoluto y menos aislado, y deben ajustarse a los requerimientos de la Constitución y, en general, corresponder a los principios que lo rigen³³. Dentro de este ámbito, la Corporación ha señalado que la acción de tutela constituye un mecanismo idóneo para proteger a aquellos que, en aplicación de la norma jurídica o ante la inexistencia de ella, no pueden acceder a los beneficios que integran el sistema, son discriminados, desprotegidos, o que son excluidos por acción u omisión del agente o la autoridad pública. Al respecto la Sala Plena afirmó lo siguiente:

“En esa medida, factores como la falta de capacidad económica, la indigencia, o el alto

riesgo de sufrir afectaciones de la salud pueden y deben ser tomados en cuenta por el legislador en el momento de extender el servicio de seguridad social. Así, la tutela del derecho a la seguridad social en salud, en conexidad con derechos fundamentales, es procedente cuando el juez constitucional pueda constatar, entre otras, una omisión legislativa en el deber de proteger a la población menos favorecida. El problema de la determinación del deber legislativo de identificar y proteger a ciertos sectores de la población, así como el juicio sobre los criterios con base en los cuales debe llevar a cabo su labor conducen necesariamente a hacer un análisis del problema de la igualdad dentro del campo de la seguridad social”³⁴ (Negrilla no original).

3.6. Pues bien, conforme al panorama planteado, la Corte ha identificado en varias oportunidades al derecho a la seguridad social como un medio esencial para la satisfacción de varios derechos fundamentales, entre ellos la vida, la dignidad humana, el trabajo y la igualdad³⁶. Para el efecto, y una vez de frente a la ponderación de éstos con las condiciones previstas en los diferentes subsistemas de la seguridad social, ha reconocido varias condiciones especiales o de excepción sobre el funcionamiento “normal” del sistema, sobre todo en lo que respecta a los sujetos de especial protección señalados en la Constitución Política. Por ejemplo, una vez establecida la conexidad del derecho a la seguridad social con determinados derechos fundamentales, ha establecido como subregla, inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud que excluyen ciertos medicamentos y tratamientos, aplicando la supremacía constitucional³⁷ y los derechos de los pacientes³⁸.

De hecho siguiendo el mismo razonamiento, dentro del análisis de constitucionalidad del requisito que exige los periodos mínimos de cotización para acceder a los servicios de seguridad social en salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional³⁹, la Corte condicionó la exequibilidad de la norma al evento en que se presentaren circunstancias de urgencia y gravedad, de la siguiente manera:

“g) Es de anotar que el precepto sería inconstitucional si la exigencia en mención -periodos mínimos de cotización- se hiciera extensible a los casos de urgencia o gravedad. En tales ocasiones no existen periodos mínimos de cotización ya que todas las entidades de salud, por mandato de la Carta, están obligadas a prestar los servicios de salud independientemente de la capacidad de pago. Además, están de por medio, fuera de la conservación de la salud, que es exigible por toda persona, el peligro que pueda afrontar la

vida o la integridad personal del paciente (arts. 11 y 12 C.P.), derechos fundamentales que prevalecen sobre cualquier consideración económica”⁴⁰.

Ahora bien, dentro de las mismas pautas, en lo que respecta al subsistema de seguridad social en pensiones, la Sala Primera de Revisión ha aclarado que este no se puede considerar un derecho fundamental por sí mismo sino que está sujeto a unas condiciones específicas capaces de acercarlo o relacionarlo a algún derecho fundamental; al respecto, de la sentencia T-344 de 2005 es razonable traer a colación lo siguiente:

“El derecho a la pensión de invalidez, desarrollado por vía legal, que constituye una garantía para aquellas personas que han sufrido una mengua significativa en su capacidad laboral y, por ende, no están en condiciones de procurarse los medios de subsistencia, no es un derecho fundamental en sí mismo. La Corte ha sostenido reiteradamente que el derecho al reconocimiento de la pensión de aquellas personas que se encuentran en estado de invalidez se torna fundamental en cuanto esté en relación directa con el derecho a percibir un mínimo vital, a la igualdad y a la dignidad.⁴¹ En efecto, dicho estado de indefensión y limitación merece una protección especial. Por tanto, las autoridades administrativas deben actuar en concordancia con tal situación de debilidad y obrar con diligencia frente a ella”⁴² (Negrilla no original).

Así las cosas, en eventos especiales como los indicados, y con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los beneficiarios del servicio de seguridad social, la Corte ha establecido en cabeza de las diferentes instituciones que componen el sistema, una gestión especial o más rigurosa aplicable a todos aquellos sujetos que requieran especial protección de parte de la sociedad, la cual se materializa, por ejemplo, en la aplicación de unas excepciones a los diferentes requisitos definidos por el legislador. Dentro de este ámbito se ha aceptado la procedencia especial del amparo para que se reconozcan y paguen diferentes prestaciones cuando de éstas, por ejemplo, dependa el mínimo vital y la dignidad de los ancianos, los trabajadores, las madres cabeza de familia y los discapacitados, entre otros.

Uno de estos beneficios, es decir, una de las vías para hacer realidad el objetivo de obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana⁴³, lo constituye el reconocimiento y pago de los diferentes tipos de pensiones. Veamos pues, cuál es el marco general que define el Sistema General de Pensiones y las particularidades que lo rigen.

4. Las Particularidades aplicables al Sistema de Seguridad Social en Pensiones: La Solidaridad y la Dualidad de Regímenes. Progresividad, Favorabilidad y Reglas de Transición.

Si el derecho a la seguridad social, según como quedó establecido en precedencia, puede ser presupuesto básico de la efectividad de otros derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran la vida, el mínimo vital, y la subsistencia digna, esta Sala estima que el análisis de la vulneración de los derechos invocados en este caso debe realizarse de manera conjunta, pues entre ellos podría existir una relación de conexidad que implicaría que la vulneración de uno de ellos apareje la vulneración del otro. De todas formas, previo a definir la mencionada conexidad entre un derecho fundamental y el derecho prestacional a la seguridad social dentro del caso concreto, es necesario examinar los presupuestos constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones y las características principales del régimen de ahorro individual.

4.1. Con la expedición de la Ley 100 de 1993, inició en Colombia un nuevo esquema prestacional fundado sobre el objetivo específico de constituir un amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte⁴⁴, a partir de la configuración de dos regímenes, uno público y el otro privado, a los cuales se confió el ideal común de ampliación progresiva a todos los sectores de la población⁴⁵. Precisamente, sobre la finalidad del Sistema General de Pensiones, el pleno de esta Corte se pronunció de la siguiente manera:

“Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas (sic) los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa”⁴⁶ (subrayado no original).

Posteriormente, la Corte reiteró tal finalidad, indicando que ella hace parte íntegra del principio de solidaridad que rige el sistema pensional, según el cual las diferentes cotizaciones constituyen una fortaleza financiera para soportar las contingencias de los afiliados y sus beneficiarios, y para proyectar la ampliación progresiva de sus privilegios. En esa oportunidad, esta Corporación explicó: “Así, pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema”⁴⁷.

En todo caso se hace necesario concretar que tal definición de la solidaridad sobre la comprensión y el desenvolvimiento del Sistema, supone la obligación de los afiliados de efectuar las diferentes cotizaciones. Al respecto, en la sentencia de Constitucionalidad 126 de 2000⁴⁸ se estipuló: “Por consiguiente, en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto”.

Agregado a lo anterior, y como corolario a las obligaciones que deben sostener los particulares en pro del soporte, funcionamiento y extensión del sistema pensional, se debe apuntar la participación estatal que, por otra vía, constituye garantía de las prestaciones que lo componen. Por ejemplo, en lo que respecta al régimen de ahorro individual, el artículo 60 literal “i” de la Ley 100 prescribe en cabeza pública la garantía del pago de pensiones mínimas⁴⁹.

Se destaca entonces, que la finalidad del Sistema General de Pensiones, es decir, la atención general de las contingencias, va de la mano del principio de solidaridad en el cual participan activamente tanto los afiliados como el Estado. De todas formas, es necesario resaltar también, que las instituciones encargadas de manejar los recursos, es decir, las

administradoras del régimen de ahorro individual y el Seguro Social, hacen las veces de intercesores encargados de definir los sujetos a quienes se les satisface una contingencia o aquellos que quedan sin la prestación requerida. Tal función requiere, en todo caso, de un conocimiento integral sobre la naturaleza y el funcionamiento del subsistema y, además, de una evaluación generosa, diligente e implacable en la cual se evacuen todas las posibilidades aplicables al reconocimiento de una prestación⁵⁰.

Conforme a esto, es pertinente entrar a identificar algunas de las particularidades, diferencias y coincidencias de los regímenes pensionales en los que tales instituciones y agentes se desenvuelven, con el objetivo principal de mostrar ciertas condiciones sustanciales que supeditan su ámbito de acción.

4.1.1. Dentro de la libertad configurativa atribuida al legislador para definir el sistema de seguridad social, se han establecido dos regímenes de pensiones que, aunque excluyentes, coexisten como alternativa para que cualquier ciudadano decida qué opción le favorece o beneficia⁵¹. De hecho, tanto la naturaleza como el funcionamiento de los dos regímenes que integran el Sistema General de Pensiones se oponen en muchos sentidos, aunque comparten algunas proposiciones previstas en la Ley 100 de 1993 dentro de los cuales vale la pena destacar desde ahora: el ámbito de acción (artículo 10), el campo de aplicación (artículo 11), la afiliación (artículos 15 y 16), las cotizaciones (artículo 17 a 24), los subsidios provenientes del Fondo de Solidaridad Pensional (artículos 25 a 30), los criterios para el traslado entre regímenes (artículos 113 y 114), la inembargabilidad de los recursos (artículo 134), y ciertas características genéricas previstas en el artículo 13 de dicho estatuto.

Ahora bien, respecto de los distintivos presentes en cada uno de los regímenes, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, indicando lo siguiente:

“En el régimen de prima media con prestación definida los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes o una indemnización previamente definidas en la ley. || En este régimen son aplicables disposiciones vigentes para los sistemas de invalidez, vejez y muerte a cargo del I.S.S. y además las disposiciones sobre las materias contenidas en la ley 100/93 (art. 31). || Dicho régimen se caracteriza porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a

cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la ley. || El administrador exclusivo de dicho régimen es el Instituto de Seguros Sociales, pues fue la única entidad que quedó autorizada para continuar afiliando trabajadores en lo sucesivo; por lo tanto, quedó planteada la competitividad entre dicha entidad y los administradores -fondos de pensiones- del sistema de ahorro individual de pensiones.

En el sistema de ahorro individual con solidaridad se incorporan y administran recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados. Esta basado en los recursos del ahorro, administrados en cuentas de propiedad individual de los afiliados, proveniente de las cotizaciones hechas por los empleadores y trabajadores, más los rendimientos financieros generados por su inversión y, eventualmente, de los subsidios del Estado”⁵².

En contraste a las diferencias anotadas, toca entrar a analizar tres parámetros comunes al sistema que concurren en el deber general, radicado en las Administradoras de Fondos de Pensiones y en el Seguro Social, de definir las reales posibilidades o alternativas prestacionales aplicables a un caso concreto, se trata de: (i) el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador en el trámite de reconocimiento de pensiones, (ii) el principio de progresividad del subsistema pensional, y (iii) la definición de un régimen de transición cuando quiera que exista un cambio de legislación.

4.2. Pues bien, conforme al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 5353 de la Constitución Política, esta Corporación ha analizado varios casos en los cuales ante la presencia de una duda seria y objetiva⁵⁴ sobre la aplicación de una de las fuentes formales del derecho laboral, ya sea por la diversidad de interpretaciones de una norma frente a un mismo supuesto de hecho o frente a la diversidad de normas aplicables a un sólo problema jurídico, ha optado por aplicar aquella que favorece al trabajador.

Esta inferencia, aunque indulgente, además debe ser completada con las diferentes proposiciones previstas en dicha norma, de las cuales, respecto del caso que ocupa nuestra atención, vale la pena señalar: (i) la garantía a la seguridad social; (ii) la protección especial a la mujer; (iii) el pago oportuno y reajuste periódico de pensiones legales; y (iv) el axioma: la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

En aplicación de lo anterior, la sentencia C-023 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa) ubicó el principio de favorabilidad como una consecuencia del Estado Social de Derecho y la proclamación consignada en el preámbulo constitucional. Para el efecto, en dicha providencia se estimó lo siguiente: “Este principio de favorabilidad opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. La razón de ser de este principio es la protección al artífice de la perfección social que es el trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral. El trabajador no puede ser sometido a principios de desfavorabilidad, porque ello supondría una acción en desmejora de beneficios adquiridos, y tenidos como fines del Estado Social de Derecho (Cfr. Preámbulo), en aras de fortalecer cuestiones subordinadas al artífice del trabajo”.

Por su parte, en la sentencia SU-1185 de 200155 el pleno de la Corte consideró que:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley”.

Dentro del mismo derrotero, en la sentencia T-290 de 200556, la Corte al analizar el caso de una persona a la que le era más favorable la Ley 100 de 1993 que una norma convencional, respecto al porcentaje mínimo de invalidez necesario para acceder a la pensión, consideró lo siguiente: “...el principio de la “condición más beneficiosa” se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo⁵⁷, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte, ‘la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas

de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...’58”.

Así pues, la disposición constitucional de la favorabilidad en materia laboral exige de los operadores y de las instituciones que comprenden el sistema (i) la determinación de las normas jurídicas aplicables a cada caso, (ii) la definición de las diferentes posibilidades interpretativas que se desprenden de las normas que lo regulan y (iii) la conclusión de la alternativa más favorable a las necesidades de los usuarios.

4.3. Otro de los principios que gobierna el Sistema de Seguridad Social en Pensiones es el de progresividad. Éste, tal y como se había citado, constituye una de las principales características del subsistema y se encuentra claramente consignado en diferentes apartes de la Ley 100 de 1993, entre otros, los artículos 2° (párrafo), 3°, 6°, 10, 11, 13-i y 25. Ahora, es necesario hacer alusión al mismo a partir de su trasfondo constitucional a partir de lo cual se hará referencia a las consecuencias que esta Corporación le ha derivado en diferentes casos.

Lo primero a tener en cuenta es que el carácter progresivo de este derecho ha sido reconocido y definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el documento de Observaciones Generales número 3 (quinto periodo de sesiones, 1990) de la siguiente manera:

“9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de

flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

“10. (...) el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (...).”

“11. El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. (...).”

Posteriormente, en el mismo sentido, dicho Comité profirió el documento de Observaciones Generales número 5 (11° período de sesiones, 1994) en el cual, respecto de los derechos de los discapacitados anotó:

“9. La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles

exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente.

(...)

“11. En vista de que los gobiernos de todo el mundo se orientan cada vez más hacia políticas basadas en los mercados, procede subrayar en dicho contexto algunos aspectos de las obligaciones de los Estados Partes. Uno de ellos es la necesidad de conseguir que no solamente los sectores públicos, sino también los privados, se mantengan dentro de límites apropiados, acatando la obligación de velar por el trato equitativo de las personas con discapacidad. En un contexto en el que las disposiciones adoptadas para la prestación de servicios públicos revisten cada vez más frecuentemente carácter privado y en el que el mercado libre adquiere una preeminencia cada vez mayor, es esencial que el empleador privado, el proveedor de artículos y servicios privado, y otras entidades no públicas queden sometidos a las mismas normas de no discriminación e igualdad en relación con las personas con discapacidad. En circunstancias en que dicha protección no se extiende a otras esferas que no sean la esfera pública, la capacidad de las personas con discapacidad para participar en la gama principal de actividades comunitarias y para realizar todas sus posibilidades como miembros activos de la sociedad quedará limitada gravemente y a menudo arbitrariamente.

(...)

(...)

“19. A las personas con discapacidad se las trata a veces como si no pertenecieran a ninguno de los dos sexos. Como resultado de ello, a menudo se pasa por alto la doble discriminación que padecen las mujeres con discapacidad. A pesar de los frecuentes llamamientos de la comunidad internacional para que se preste especial atención a su situación, han sido muy escasos los esfuerzos desarrollados durante el Decenio. El abandono

de la mujer con discapacidad se menciona varias veces en el informe del Secretario General sobre la aplicación del Programa de Acción Mundial. En consecuencia, el Comité insta a los Estados Partes a que se ocupen de la situación de las mujeres con discapacidad, y a que en el futuro se dé alta prioridad a la aplicación de programas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre este tema mediante el “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia” de la siguiente manera:

“4. (...) El artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten “providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional ... para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad” de tales derechos. Como ya ha dicho anteriormente la Comisión, “si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos. (...) Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana tiene plenos efectos jurídicos y los Estados miembros de la OEA están obligados por ella”.

(...)

“6. El carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización”.

“7. La Comisión entiende que esta obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia no está siendo necesariamente cumplida de

manera cabal por el Estado. Así, a modo de ejemplo, demostrativamente, el porcentaje de la población con acceso al cuidado de la salud descendió del 88 al 87% entre 1980 y 1993. La obligación del desarrollo progresivo de dichos derechos, exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Esta Corporación, por su parte, ha proferido sólida y clara jurisprudencia en donde ha desarrollado el principio, ponderándolo con las demás particularidades del sistema y sentando las consecuencias que se derivan del mismo. Al respecto, en la sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000 (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra) se concluyó que éste hace parte del concepto Estado Social de Derecho y que su empleo limita la potestad configurativa del legislador impidiéndole que en principio, se disminuyan los recursos destinados al subsistema de Salud⁵⁹. De esta jurisprudencia vale la pena resaltar lo siguiente:

“1. Como se desprende de la autodefinición del Estado Colombiano como “Social de Derecho” según se expresa en el artículo 1º de la Carta, no puede limitarse la actividad de las autoridades públicas simplemente a deberes de abstención para que se ejerzan ciertos derechos de los particulares cual sucede con las libertades públicas, sino que se impone también para el Estado en su conjunto, la realización de actos y la formulación de políticas no negativas sino positivas, para que los derechos de contenido social y económico no sean de carácter meramente retórico sino que tengan, cada vez más, un mayor cubrimiento cuya meta debe ser que gocen de ellos todos los habitantes del país.

(...)

“Es, pues, indudable que la seguridad social, por su contenido material es de carácter asistencial o prestacional y, precisamente por ello no basta para su eficacia con la sola existencia de una persona natural como titular del derecho, sino que se exige además la existencia de una reglamentación que lo rija y de alguien, que como ente público o privado autorizado por la ley preste los servicios que la hagan realidad.

“Por ello, la cobertura de la Seguridad Social no es inmediata, ni se alcanza con su sola enunciación en la Carta Política, sino que es de carácter progresivo en el tiempo y en el espacio, como una meta a alcanzar por el Estado Colombiano cuando ella se extienda en el futuro a todos los habitantes de todo el territorio nacional.

(...)

“Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales”⁶⁰.

Agregado a lo anterior, en la sentencia C-671 de 2002 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett) se consideró que la exclusión por vía legal de un grupo de personas que venían beneficiándose de determinada forma del sistema de seguridad social es regresiva y contraria al principio de progresividad, lo que conduce a la inconstitucionalidad de la separación⁶¹. La Corte, en esta oportunidad, estimó lo siguiente:

“6- El análisis precedente es suficiente para concluir que, sin perjuicio del deber del Estado de establecer un sistema de seguridad social y de salud universal, esto es, que cubra a todos los colombianos, la ley tiene una amplia libertad para determinar cuál es el grupo de beneficiarios de un sistema especial de seguridad social y salud, como del que gozan los miembros de la Fuerza Pública. Esto no significa obviamente que cualquier delimitación del grupo de beneficiarios sea constitucional, pues si el Congreso excluye a ciertas personas recurriendo a criterios discriminatorios o que afecten otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la regulación deberá ser declarada inexecutable. Y por ello, por ejemplo en materia de sustitución pensional, esta Corporación ha retirado del ordenamiento aquellas normas que consagraban como condición resolutoria de dicha pensión que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias, pues dicha regulación afectaba el libre desarrollo de la personalidad (Ver, entre otras, las sentencias C-1050 de 2000, C-870 de 1999, C-314 de 1997, C-182 de 1997, C-588 de 1992).

(...)

13- Como hemos visto, el problema en el presente caso deriva de que un grupo social, que ya era beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud, deja de serlo, sin que la ley garantice que esas personas queden cubiertas por otro sistema de seguridad social en salud. Esta regulación implica un retroceso en la garantía del derecho a la salud, pues personas que tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, quedan entonces excluidas del sistema.

Ahora bien, la Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que si bien los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, tal y como esta Corte ya lo ha explicado (Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8), en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos (...). Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud. De un lado, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho.

Finalmente, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto (Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000). Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional (...).

Ahora bien, es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población. Sin embargo, y sin que la Corte pretenda en esta oportunidad desarrollar una doctrina sistemática sobre la noción de retroceso en la realización de los

derechos sociales, es evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud (subrayado fuera de texto original).

Posteriormente, sobre el mismo asunto en la sentencia C-038 de 2004 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett) se estableció el vínculo existente entre dicho principio y el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.) y se concluyó que todo retroceso es constitucionalmente problemático⁶²; de dicha providencia es necesario tener en cuenta lo siguiente:

“22- En varias oportunidades, esta Corte (Ver, entre otras, las sentencias de esta Corte C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002), en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema (...), ha señalado que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes (Ver sentencia SU-225 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 18 y ss), tal y como lo ordena el artículo 13 superior. En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

(...)

“Finalmente, y de particular importancia en el presente caso, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello

está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social (Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002). (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Posteriormente, en la sentencia C-991 de 2004 (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra) se insistió en la conexión de este principio con el desarrollo del derecho a la igualdad y se reiteró que una vez logrados avances en cuanto a la protección de un derecho económico, social o cultural, existe una prohibición prima facie en su retroceso, la cual resulta más intensa cuando de por medio se vean afectados sujetos de especial protección constitucional; veamos:

“La acepción de la igualdad como igualdad material está altamente emparentada con los derechos de contenido social. Esta Corporación ha reconocido que existe un mandato de desarrollo progresivo de este tipo de derechos y que una vez logrados avances en su protección existe, prima facie, una prohibición de retroceso. (...).

(...)

“Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “prote[er] especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”⁶³ (negrilla y subrayado fuera de texto original).

Agregado a lo anterior, hay que tener en cuenta que estas herramientas teóricas del principio de progresividad también han sido aprovechadas en varios casos de tutela⁶⁴ en donde se ha deprecado el amparo de derechos fundamentales en conexidad con derechos económicos, sociales y culturales. En la sentencia T-739 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño) se tuvo en cuenta a éste como uno de los parámetros para establecer si el cambio de lugar para llevar a cabo un tratamiento de hemodiálisis implicaba una medida regresiva en el desarrollo del derecho a la salud, bajo los siguientes supuestos:

“5. La ponderación entre los postulados del derecho a la salud debe responder a ciertas reglas, enfocadas a la protección del goce efectivo de este derecho. En una primera etapa del análisis, debe definirse si la medida resultante no constituye una política pública regresiva, no justificada con base en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y que fue tomada sin realizar un análisis suficiente de otras posibilidades distintas a la medida contraria al cumplimiento del deber de progresividad. En caso que este análisis resulte fallido, la medida vulnerará el derecho a la salud y, por ende, no será admisible.

“6. En el evento contrario, esto es, cuando se acredite que la política adoptada no es regresiva e injustificada, será procedente el ejercicio de ponderación entre los postulados antes anotados, labor que deberá satisfacer dos requisitos básicos: El primero, que la medida resultante no afecte el núcleo esencial de cada postulado, constituyéndose como una política desproporcionada o irrazonable que impide el goce cierto del derecho a la salud. En el caso bajo estudio, no será admisible una decisión que permita que el servicio público de salud sea prestado en condiciones médico científicas que pongan en riesgo la vida de los pacientes o que estén dispuestas de forma tal que los afectados queden objetivamente aislados del acceso físico a las instituciones encargadas de las prestaciones asistenciales.

“El segundo requisito es que la política implantada sea compatible con la protección adecuada de los fines básicos del derecho a la salud, entre ellos, y en un lugar central, la conservación de la vida en condiciones dignas. En el presente estudio, este requisito sería desconocido en caso que, bien por la imposibilidad de acceder a los establecimientos de asistencia médica o debido a la falta de calidad de los procedimientos médicos suministrados, no sea posible obtener el tratamiento adecuado para recobrar el estado de salud o, incluso, se afecte el bienestar físico o emocional del usuario del servicio.

“7. Una decisión que satisfaga estas condiciones resultará jurídicamente admisible y podrá ser avalada por parte del juez constitucional, en la medida en que salvaguarda el ejercicio efectivo del derecho a la salud, con base en el cumplimiento de los contenidos mínimos propuestos tanto en el Texto Superior como en las normas internacionales de derechos humanos que informan su interpretación. En este sentido, con base en esta metodología, serán resueltos los casos concretos que motivaron el presente trámite judicial. (Subrayado fuera de texto original).

Conforme a lo anterior, el derecho a la seguridad social esta regido por el principio de progresividad a partir del cual la Corte ha rechazado, como regla general, cualquier medida regresiva que no se justifique debidamente. Además, teniendo en cuenta que dicho principio tiene una conexión íntima con el derecho a la igualdad, la Corte ha previsto que cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisibles.

Respecto a los conceptos “derecho adquirido” y “mera expectativa” en las sentencias C-038 de 2004, a la cual ya se había hecho referencia, y C-478 de 1998 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero) se indicó:

“13- La doctrina jurídica y la jurisprudencia de esta Corte se han esforzado por distinguir rigurosamente entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Y la razón de ese esfuerzo es clara: conforme al artículo 58 de la Carta, los derechos adquiridos gozan de protección constitucional, y no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, mientras que las meras expectativas no gozan de esa protección (CP art. 58). Esto significa que, como esta Corte lo ha indicado reiteradamente, la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio puede modificar regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas que alguna persona tenía de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada [Ver, entre otras, las sentencias C-529 de 1994, C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997, C-478 de 1998, C-789 de 2002 y C-781 de 2003]”.

“El derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación”.

Por su parte, en lo referente a las diferencias entre el “derecho adquirido” y la “expectativa legítima” en la sentencia C-789 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) la Corte desarrolló el tema haciendo mención de su correspondencia con la potestad legislativa :

“En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

“Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. [Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9].

“Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.[...]. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Más adelante, dentro de la misma providencia, en estudio de la sentencia C-147 de 1997 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), señaló las diferencias existentes entre la “mera expectativa” y la “expectativa legítima”, de la siguiente manera:

“La Corte [en la sentencia C-147 de 1997] continúa su análisis diferenciándolas por otra parte de las meras expectativas que reciben una protección más precaria, aclarando el objeto y

alcance de la protección constitucional a estas expectativas, diciendo que: “la ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva”. Así mismo, aclaró que las “expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social.”

Pues bien, respecto del concepto “expectativa legítima” se consideró que éste se refiere a la protección intermedia que se predica de cierto grupo de personas, quienes pese a no haber cumplido con los requisitos para consolidar su derecho, cuentan con ciertas condiciones, definidas por el legislador a través de un régimen de transición, para acceder a él conforme a la ley derogada. Teniendo en cuenta la jurisprudencia bajo cita, se definió la transición tal como se transcribe enseguida:

“La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo”⁶⁶.

Puestas de este modo las cosas, la sentencia C-789 de 2002⁶⁷ sentó las pautas a partir de las cuales actúa la protección de las expectativas legítimas dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la pensión de vejez, bajo los siguientes fundamentos:

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.(...) Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo,

que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), (...) terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

“En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”⁶⁸.

5. La protección constitucional de los discapacitados. La pensión de invalidez.

Agregado a los instrumentos internacionales a los que se ha hecho referencia⁶⁹, la Constitución Política⁷⁰ ha establecido en diversos escenarios, una protección especial que se predica de las personas con limitaciones o disminución física. Para este efecto ha consignado la obligación especial del Estado y los particulares de adelantar las acciones necesarias para garantizar su protección e integración social.

Conforme a lo anterior, esta Corporación ha reconocido en abundante y sólida jurisprudencia tales prerrogativas y las ha definido de la siguiente manera:

“Es unánime el reconocimiento que la Corte ha hecho de la obligación de las autoridades de procurar condiciones que permitan la integración de las personas con alguna discapacidad, como corolario de los principios de dignidad humana, con miras a garantizar un orden político, económico y social justo –Preámbulo, artículos 1º y 2º, C.P.-.

“Dicha obligación corresponde además al reconocimiento que la Constitución hace de la libertad e igualdad de las personas ante la ley y las autoridades, y del correlativo deber de

éstas de adoptar medidas a favor de los grupos marginados y discriminados y, en general del Estado, de proteger a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan –artículos 13, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 54 y 68 idem-.

“De modo que las garantías constitucionales, como el acceso al servicio público de la seguridad social y a la atención en salud, deben gozar de mayor efectividad cuando se exigen a favor de quienes adolecen de algún tipo de discapacidad y, por ello, las políticas del Estado en dichas materias atienden los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

“Así las cosas, las normas que regulan al Sistema General de Seguridad Social en Salud prevén diversos beneficios y regímenes dependiendo la diversidad de condiciones físicas, económicas y sociales, procurando una mayor facilidad de acceso a quienes por dichas condiciones se encuentran en condiciones de debilidad, valga decir, mujeres en estado de embarazo, personas con limitaciones físicas, síquicas y sensoriales, miembros de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y demás población pobre y vulnerable. Igualmente, el legislador ha construido los sistemas tendientes a la identificación de dicha población, con el fin de enfocar los recursos para su atención, de la manera más eficiente y general posible”⁷¹.

En el mismo sentido, y en lo que respecta a la pensión de invalidez, debe recordarse que ésta es una especie del derecho a la seguridad social que “ostenta igualmente el carácter de fundamental cuando su titularidad se predica de las personas de la tercera edad (Sentencias T-426 de 1992, T-011/93 T-135/93) o de disminuidos psíquicos o sensoriales”⁷². El rango de fundamental de ésta se deriva de la conexidad directa que se presenta con el mínimo vital⁷³ y con la dignidad humana, ya que su desconocimiento respecto de los disminuidos físicos, cuando además no cuentan con ninguna fuente de ingresos, constituye privarlos de conseguir lo esencial para atender sus necesidades básicas⁷⁴.

Al respecto es importante recordar que “la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por si mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable”⁷⁵, debido a que ésta se convierte en la única fuente de ingresos y, por tanto, el medio por excelencia para obtener, ante la adversidad, lo necesario para mantener una familia y

subsistir en condiciones dignas y justas. Por esto, es decir, frente a estas condiciones esta Corporación ha concluido que “El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud” 76.

Bajo los términos anteriores la pensión de invalidez se concreta como una medida de justicia social que refuerza los principios constitucionales orientados hacia la protección especial de las personas discapacitadas, que por situaciones involuntarias o trágicas “requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2º y 3º del artículo 13 de la C.N.)”77. Al respecto es importante transcribir un aparte de la sentencia T-762 de 1998, en la que se indicó lo siguiente:

“Nuestro Estado Social de Derecho, -y en consecuencia las instituciones e instancias que lo componen -, debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y se adopten medidas en favor de las personas marginadas. En ese sentido, es claro que el Estado tiene una obligación irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución, y propender por su integración social, mas aún cuando el reconocimiento de la dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas”.

En el mismo sentido, en otra providencia, señaló esta Corporación:

“El “propósito constitucional de integración social de los disminuidos físicos y psíquicos (C.P; artículo 47) solo puede llevarse a cabo si el legislador asume la responsabilidad de diseñar normas de especial protección y si los operadores jurídicos aplican las disposiciones vigentes, a través de una interpretación legal, dirigida a lograr que el anotado propósito superior sea viable. En este sentido, las normas legales deben ser interpretadas de manera tal que favorezcan, dentro de los límites de lo razonable, a las personas minusválidas. “(...) la protección estatal de las personas limitadas psíquica o físicamente (C.P arts 13 y 47), debe abarcar una pluralidad de acciones de prevención y de favorecimiento - diferenciación positiva justificada -, con miras a impedir que las actuales estructuras físicas, jurídicas, culturales, en las que se omite o desestima la situación especial de los discapacitados, refuercen y perpetúen el trato discriminatorio al cual han estado históricamente sometidos”78 (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

“La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico – que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. art. 13). El desconocimiento del derecho fundamental a la pensión de invalidez y a su pago oportuno puede entrañar igualmente una vulneración del derecho a la igualdad, en este caso al derecho a ser tratado de modo especial por encontrarse en una situación de desventaja frente a las demás personas (C.P. arts. 2 y 13).

En consecuencia, no es desacertada la invocación del derecho a la igualdad por parte del accionante de tutela frente a lo que considera una omisión arbitraria de la autoridad pública que atenta contra sus derechos fundamentales”⁷⁹ (Negrilla fuera de texto original).

Tenemos, en conclusión, que la naturaleza de la pensión de invalidez tiene su sustento más claro en la dignidad del discapacitado y es, sin duda, uno de los elementos esenciales a través del cual se predica, en términos reales, la protección especial de éste y su integración a la sociedad, es decir, tal y como se anotó, constituye una verdadera estrategia para hacer frente a la minusvalía⁸⁰. En la medida en que dicha prestación constituya el único medio para que el discapacitado derive su subsistencia, adquiere una connotación fundamental que merece ser resguardada a través de la acción de tutela. Sobre este aspecto, en la Sentencia T-1154 de 2001⁸¹, se dijo:

“1.2. La tutela no sólo debe prosperar cuando se trata de personas que han cumplido los requisitos para la pensión de vejez y no les ha sido reconocida por falta de expedición del bono pensional. Igualmente, debe ser tutelado el derecho al reconocimiento de la pensión en conexidad con el mínimo vital de aquellas personas que por su estado de invalidez tienen derecho a tal concesión. Tales personas se encuentran en un estado de indefensión y limitación que merece una especial protección. Es muy difícil que alguien a quien se le ha reconocido el porcentaje de incapacidad laboral necesario para ser titular de una pensión de invalidez encuentre otro medio de subsistencia diferente a su mesada. Por tanto, las autoridades administrativas deben actuar en concordancia con tal situación de debilidad y desempeñarse con la mayor idoneidad posible frente a estos casos de reconocimiento de pensión.”

En este sentido son varias las oportunidades en las cuales la Corte Constitucional se ha

pronunciado amparando este derecho prestacional e indicando la importancia de su pago como ingrediente que garantiza la obtención de un mínimo vital. Por ejemplo, en la sentencia T-943 de 1998 ante la omisión en el pago de unos aportes, la Corte ordenó el trámite de la pensión de invalidez y el inicio de los cobros correspondientes al empleador indicando sobre este aspecto en el resuelve: "(...) a fin de que la antigüedad de la actora como cotizante no se vea afectada por el incumplimiento de su empleador".

Además, en la sentencia T-888 de 2001, en la que se analizó el caso de un discapacitado aquejado con una enfermedad incurable que le produjo una pérdida de la capacidad laboral del 63,20%, se estableció que el reconocimiento de la pensión de invalidez reviste el carácter de fundamental por conexidad y, por tanto, merece protección a través de la tutela. En esta decisión se indicó lo siguiente: "Se tiene entonces que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es un derecho fundamental por conexidad, el cual es susceptible de protección a través de tutela. [Cfr. sentencia T-143 de 1998] En el caso sub iudice esta Sala considera que el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama el accionante es fundamental, en tanto se encuentra en conexidad con sus derechos a la vida digna, la salud y el trabajo. En efecto, la condición de disminuido físico plenamente probada en el expediente, la carencia de recursos propios que le permitan la subsistencia y la necesidad de controles médicos sin los cuales la vida no puede seguir su curso normal, le permite a esta Sala concluir que se está en presencia de un derecho fundamental por conexidad".

En la misma sentencia, se definió que de manera excepcional y dadas ciertas circunstancias de urgencia y gravedad es posible que en la acción de tutela se reconozca la respectiva pensión. Sobre este aspecto se precisó: "Sin embargo, también es línea jurisprudencial [Ver sentencias T-301, T-582 y T-637 de 1998, y T-074 1999, entre otras] que en las circunstancias en las que sea palmaria la ineptitud del medio judicial establecido en el ordenamiento jurídico para tramitar el reconocimiento del derecho pensional [T-842 de 1999 ordena el reconocimiento de una pensión de sobreviviente] o cuando nos enfrentemos a la ocurrencia del perjuicio irremediable [Ver la Sentencia T-001 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo], se hace viable el amparo tutelar y urgente para evitar la vulneración irreparable de los derechos fundamentales que resulten en juego, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por el sistema judicial ordinario. [T-327 de 1998 ordena cancelar la pensión de vejez " aquí declarada"] (...) En otras palabras, la controversia

trasciende el mero plano legal para adquirir un carácter constitucional cuando se compromete la efectividad del derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez de una persona disminuida físicamente. – En reconocidas sentencias de esta Corporación, se ha procedido de esa manera ante casos en los que “la inminencia y gravedad del perjuicio y la urgencia e impostergabilidad de las medidas para impedir su consumación” [Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa] hacen que deba concederse la tutela del derecho a la seguridad social del peticionario, ordenando el respectivo reconocimiento de la pensión de invalidez [Cfr. Sentencias T-143 de 1998 y T-553 de 1998]”.

De otra parte, en la sentencia T-205 de 200284, en un caso en el cual se diagnosticó una pérdida de la capacidad laboral del 66.15%, la AFP negó el pago de la pensión debido al desembolso extemporáneo de las cotizaciones respectivas. La Corte decidió proteger al discapacitado y definir que ante la mora en la consignación de los aportes, una AFP no puede negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En el mismo sentido, en las sentencias T-026 de 200385 y T-25986 del mismo año, se reconoció de manera transitoria, a través de la tutela, el pago de la pensión de invalidez como medio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se solucionaba el conflicto que presentaban dos AFP para el pago de la prestación. Se afirmó en la primera de las decisiones lo siguiente: “Considera la Sala que en el presente caso es procedente la tutela, como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable puesto que, como lo ha sostenido la Corte, no basta la existencia del medio alternativo de defensa judicial para excluir la protección de la tutela, sino además se requiere que éste sea eficaz y oportuno; con mayor razón cuando están de por medio derechos fundamentales, como la vida digna, que se garantiza mediante la obtención, cuando menos del mínimo vital, representado en la pensión de invalidez para una persona que tiene el infortunio de sufrir enfermedad de carácter terminal, y los demás, como la vida, la integridad física, la salud y el trabajo, a cuyo goce igualmente apunta el reconocimiento de dicho beneficio prestacional laboral. La protección de los referidos derechos no da espera hasta cuando la justicia ordinaria laboral decida en relación con la controversia planteada, pues es necesario evitar el perjuicio irremediable que podría presentarse, de no atenderse oportunamente la subsistencia y la atención de la integridad física y la salud del demandante. En otros términos, siguiendo los lineamientos de las sentencias T-225/9387 y T-553/9888 hay que entender que en este caso

el perjuicio es irremediable”.

Adicionalmente, en la sentencia T-653 de 200489 la Corte estableció que la negativa en el reconocimiento de una pensión de invalidez con fundamento en la incompatibilidad de ésta con la pensión gracia, constituye una vulneración del derecho al mínimo vital que merece ser corregida a través del amparo. Como consecuencia, se tutelaron los derechos fundamentales del peticionario, se ordenó revocar el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión, y se dispuso reconocer la prestación y el pago de las mesadas atrasadas y las que a futuro se causarían.

Esta Corporación, de acuerdo a lo expuesto, ha construido una línea jurisprudencial en la cual ha previsto la procedencia de la tutela cuando se niegue o impida ilegítimamente el disfrute de la pensión de invalidez y ha dispuesto el reconocimiento de la pensión debido a las especiales circunstancias que rodean al discapacitado. En este sentido la Sala concluye, que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, cuando quiera que por la acción u omisión de una autoridad pública se desconozca el contorno de su protección especial, por ejemplo, los beneficios que componen el servicio de seguridad social. De hecho, el amparo es procedente para verificar si, frente a un caso concreto, las condiciones y requisitos impuestos por el legislador para el acceso a los beneficios del sistema resulta desproporcionada o ilegítima.

6. La protección constitucional a favor de las madres cabeza de familia.

El Estado, en aplicación del mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política y con los objetivos de tomar medidas a favor de grupos discriminados o marginados y de proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tiene a su disposición la aplicación de acciones afirmativas con las cuales debe nivelar, compensar y, en lo posible, eliminar la segregación, el aislamiento, la desprotección y toda forma que limite la participación, especialmente en escenarios públicos y políticos.

Pues bien, en tal sentido, el artículo 43 señala: “(...) el Estado apoyará de manera especial la mujer cabeza de familia”. De tal manera que, se puede evidenciar, el Constituyente reconoció la “difícil tarea de asumir en forma solitaria las riendas del hogar”⁹⁰ y determinó como tarea específica del Estado, adoptar formas jurídicas y materiales que le permitan a la

mujer encargada del hogar equilibrar las cargas tanto al interior de la familia como en los ámbitos externos a ella⁹¹.

El legislador, por su parte, dio aprobación a la Ley 82 de 1993 “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia” en la cual se consignan las características del sujeto a proteger⁹² y se fijan políticas generales a favor de ellas⁹³. En lo que respecta al acceso a la seguridad social, la norma en cuestión en su artículo 4° proclamó: “El Estado definirá mediante reglamento el ingreso de la mujer cabeza de familia y de la familia a su cargo al sistema de seguridad social, buscando la protección integral, cuyos servicios se les prestarán en forma efectiva, bien sea con sistemas prepagados, a crédito y por excepción de manera gratuita”.

Ahora bien, a esta altura conviene precisar que las medidas de protección a favor de la mujer cabeza de familia conforme al artículo 43 de la Carta, no son las mismas que las maniobras generales adoptadas para las mujeres de acuerdo al artículo 13 ejusdem, ya que las primeras, conforme a la definición consignada en la ley, “plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”⁹⁴.

Dado que la protección a la madre cabeza de familia repercute en beneficio de todo el núcleo familiar, es posible concluir que toda salvaguarda basada en el artículo 43 constituye, a su vez, un esfuerzo general de protección a todos sus miembros y, por tanto, cualquier medida que desconozca dicho parámetro generará una vulneración al núcleo esencial de la sociedad (artículo 42) y a cada uno sus componentes los cuales, tal y como se indicó, están constituidos por otra clase sujetos con especial protección. Este escenario permite comprender que, en general, cuando se desconozca el amparo de las madres cabeza de familia también se están quebrantando los derechos de sujetos con una importancia constitucional innegable como son los niños. En definitiva, la infracción que se surta sobre el respaldo asignado a aquella constituirá la vulneración de la Constitución por tres vías principalmente: (i) la agresión que soporta la sociedad ya que a su núcleo fundamental⁹⁵ no se le concede la protección integral definida en el artículo 42⁹⁶; (ii) la ofensa que se le irroga de manera general a los integrantes de la familia, en especial, su derecho a conformar una⁹⁷ y (iii) los derechos fundamentales que le asisten individualmente a cada una de sus partes.

Una vez establecida la trascendencia constitucional de la protección fijada para la madre cabeza de familia, es necesario concretar que esta Corporación ha definido como subregla, la protección reforzada de ella en materia laboral, la cual se explica, entre otras, en la necesidad de responder económicamente por las personas a su cargo. En la sentencia de tutela T-792 de 200498 se explicó este beneficio de la siguiente manera:

“El soporte que la Constitución Política otorga a las madres cabeza de familia, además de buscar una igualdad material con el sexo masculino, se dirige principalmente a que el Estado la proteja en todas las esferas de su vida, para con esto también proteger, como ya se dijo, a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

“El amparo del cual son beneficiarias las madres cabeza de familia, abarca igualmente la protección laboral, frente a esa situación se puede establecer que gozan de una estabilidad laboral reforzada, estabilidad que se traduce en una permanencia en el empleo. En este sentido cabe anotar que no en balde se reconoce este derecho a la mujer que ha asumido la importante función social de velar, muchas veces haciendo ingentes esfuerzos, por el bienestar material y afectivo de quienes la rodean. Es precisamente por ello que el legislador ha entendido que se ajusta a los fines del Estado Social de derecho conceder la protección laboral de la que se ha hablado. Ante el especial rol, que por vicisitudes derivadas de causas disímiles, desempeñan estas mujeres, otorgar beneficios particulares a las madres cabeza de familia es una aplicación directa de aquel principio de igualdad que esta corporación ha reiterado en tantas oportunidades de dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes”.

De todas formas, hay que resaltar que la jurisprudencia ha reconocido la protección de las madres cabeza de familia en diferentes niveles laborales tal y como se expuso en la sentencia T-773 de 2005 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), de la cual es necesario traer a colación lo siguiente:

“Pero al margen de los beneficios de orden legal, la jurisprudencia constitucional, desde sus inicios, también ha adoptado medidas de protección específica para las madres cabeza de familia, precisando de esta forma el alcance del sentido del mandato constitucional, según el cual toda autoridad pública está llamada a brindar un apoyo especial a la mujer cabeza de familia.

“Así por ejemplo, en la Sentencia T-414 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte consideró que una autoridad pública había violado el derecho al trabajo de una mujer cabeza de familia, al sellar el taller de herrería que perteneció a su difunto esposo, y que constituía el único ingreso de ella y de su familia.

“Otro ejemplo es el contenido en la Sentencia T-943 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en el que la Corte ordenó al Instituto de Seguros Sociales tramitar la pensión por invalidez de una trabajadora madre cabeza de familia, y reclamar al empleador los aportes en salud y pensión dejados de pagar por éste con los respectivos recargos. Ello, como consecuencia del comportamiento irregular e insolidario observado por la empresa para la cual laboró la actora, la cual, además de haber postergado por más de un año su vinculación al sistema de seguridad social integral, decidió unilateralmente relevarla del cargo pagándole una indemnización y desconociendo la incapacidad que le había sido reconocida por su grave estado de salud.

“De igual forma, en la Sentencia T-422 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), la Corte ordenó el pago de los salarios debidos a unas trabajadoras que servían al Hospital Fundación San Juan de Dios de Bogotá, a quienes por problemas financieros y presupuestales, la entidad no les habían cancelado entre dos y cinco meses de sueldo. La Corte sostuvo que, si bien no es la tutela la vía expedita para el cobro y reconocimiento de acreencias laborales, es excepcionalmente procedente en aquellos casos en los que se aprecie vulneración a las condiciones mínimas de vida de los accionantes, o en los eventos en los cuales se encuentran comprometidos derechos de personas sujetas a una protección constitucional especial, como es precisamente el caso de las mujeres cabeza de familia.

“En síntesis, puede afirmarse que la madre cabeza de familia es sujeto de una especial protección constitucional en virtud de los artículos 13 y 43 de la Carta Política, los cuales han servido de fundamento al legislador, y en general a las autoridades públicas, para adoptar acciones afirmativas tendientes a brindarle protección, en consideración a sus circunstancias de debilidad manifiesta y a las obligaciones que de manera solitaria debe asumir de manera permanente frente a sus menores hijos, o frente a las personas que dependen directamente de ella”. (Subrayado fuera de texto original).

Finalmente, como complemento a lo anterior, es necesario destacar que las normas

uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (artículo 9)99 concretan como uno de los presupuestos de la igualdad de oportunidades y la mengua de la minusvalía la garantía de la vida en familia y la integridad personal, la cual define así:

“1. Las personas con discapacidad deben estar en condiciones de vivir con sus familias. Los Estados deben estimular la inclusión en la orientación familiar de módulos apropiados relativos a la discapacidad y a sus efectos para la vida en familia. A las familias en que haya una persona con discapacidad se les deben facilitar servicios de cuidados temporales o de atención a domicilio. Los Estados deben eliminar todos los obstáculos innecesarios que se opongan a las personas que deseen cuidar o adoptar a un niño o a un adulto con discapacidad.

7. Los derechos de los niños a la seguridad social y a la familia.

Dentro de una jerarquía superior a los derechos de los discapacitados y las madres cabeza de familia se encuentran los derechos de los niños. Para este efecto el Constituyente estableció en el artículo 44 un listado enunciativo¹⁰⁰ de los derechos que respecto de ellos, (i) trascienden en fundamentales y, en todo caso, (ii) prevalecen sobre cualquiera otorgado a los demás.

Sobre este particular, con el objetivo de enunciar las razones que justifican el trato y la protección especial de los infantes, basta con transcribir parte del informe de la oficina en Colombia del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, que hace parte de la sentencia de constitucionalidad C-318 de 2003¹⁰¹:

“Situación General: Los niños de Colombia son las principales víctimas de la violencia y de la crisis política e institucional del país. Los derechos de los niños son violados constantemente. Según la proyección del departamento administrativo nacional de estadísticas (DANE), hoy la población colombiana llega a 40.214.723 habitantes. De ellos el 41.5% es decir, 16.722.708 son menores de 18 años, de ellos:

(...)

“Una estimación de 4.500.000 niños en Colombia con edades comprendidas entre los 4 y 12 años son abusados física, moral y psicológicamente; 850.000 son abusados en una forma

severa y constante”.

Pues bien, frente a tal panorama en la sentencia citada se consignaron los motivos fundamentales para dar crédito a la salvaguarda y prelación de los derechos de los niños, así: “La razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.

Así las cosas, hay que puntualizar que los derechos consignados en la Constitución, tienen como objetivo categórico el desenvolvimiento integral del menor en la sociedad. Una de las atmósferas por excelencia, diseñadas para este efecto, es la existencia y la consolidación de una familia en la cual se provean y garanticen, entre otros: el cuidado y amor, la educación y la cultura. Consignar como derecho fundamental del menor la existencia de una familia y, al mismo tiempo, definirla como la institución básica de la sociedad, conlleva a reforzar su integridad y su protección a través de la sociedad y el Estado. En estos términos, la Carta Política define dos fuentes diferentes a partir de las cuales es posible derivar la entidad superior de la institución familiar. Por un lado constituye la célula esencial de la comunidad y, por la otra, supone o hace parte medular del ejercicio de un derecho fundamental que puede ser protegido a través del amparo cuando de cualquier manera se menoscabe su funcionamiento.

8. El caso concreto.

En la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Adriana María Jaramillo Rios se censura el acto proferido por la A.F.P. Protección S.A., que decidió negar el reconocimiento de su pensión de invalidez debido a que no cumple con el mínimo de las semanas cotizadas dentro de los últimos tres (03) años conforme a lo consignado en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo a lo alegado en la demanda, dicha negativa vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la seguridad social y los derechos de los niños de su menor hija.

Acompañando la demanda, la peticionaria aceptó que no reúne el número mínimo de semanas previsto en la Ley, frente a lo cual opuso que la negativa de reconocerle la pensión de invalidez, le niega cualquier posibilidad de derivar su subsistencia y de sufragar lo necesario para la manutención de su hija. Para este efecto probó que: (i) se encuentra incapacitada con una pérdida de su capacidad laboral del 69,05% de origen común; (ii) tiene dificultades para hablar y para movilizarse por sus propios medios; (iii) existen pocas probabilidades de recuperación; (iv) la posibilidad de que sea contratada para desempeñar un oficio es nula; (v) es madre cabeza de familia ya que de ella depende el sustento de su menor hija, Luisa Fernanda Gutiérrez de 11 años, de cuyo padre se desconoce el paradero; (vi) no posee ingresos adicionales a partir de los cuales asegurar su subsistencia y la de su hija.

En efecto, de los diferentes documentos que componen la historia médica de la señora Jaramillo se infiere la gravedad de su estado y la incapacidad que éste le genera para desempeñar un empleo como el que venía ejerciendo al momento en que sufrió el “accidente cerebro vascular al parecer trombótico”¹⁰². De hecho, esta Corporación preguntó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre el estado actual de salud de la peticionaria a partir de lo cual comprobó que su condición no le permite desempeñar ninguna actividad laboral ya que ni siquiera puede valerse por sí misma para desplegar las actividades más básicas, a saber, bañarse, vestirse, comer o desplazarse¹⁰³.

Agregado a lo anterior, la condición madre cabeza de familia fue debidamente soportada en el expediente pues existe la copia auténtica del registro de nacimiento de su hija y testimonio sobre la ausencia del padre.

Pues bien, frente al problema planteado por la peticionaria, según el cual la negativa del reconocimiento de su pensión de invalidez conlleva la vulneración de varios de sus derechos fundamentales y los de su hija menor ya que no tiene condiciones físicas para percibir el sustento diario, los jueces de instancia decidieron avalar la decisión de la AFP en el sentido de confirmar que ésta no cumple con el mínimo de semanas para acceder a la pensión. En las dos instancias, este fue el argumento redundante para concluir la legitimidad de la actuación de Protección S.A. y, como consecuencia, la ausencia de derechos fundamentales que proteger. De hecho se omitió en cada una de las decisiones de amparo, efectuar la correspondiente ponderación de valores, y verificar si en el caso en cuestión en verdad la

peticionaria no cumplía con los requisitos para pensionarse a causa de su invalidez.

Como se olvidó verificar a profundidad cada uno de los principios que rigen el sistema de seguridad social en pensiones y si en el caso concreto se vulnera, por ejemplo, el mínimo vital de la peticionaria, en ninguna de las instancias se produjo un análisis sobre las perspectivas y el proyecto de vida que le esperan a ella con la negativa de obtener la correspondiente pensión de invalidez. No se sopesó, tampoco, el hecho de que materialmente es muy improbable que ella consiga un empleo u ocupación a partir del cual pueda completar las semanas de cotización para acceder a la correspondiente pensión o simplemente derivar un “mínimo de condiciones decorosas de vida”¹⁰⁵. Así mismo, se desconoció que, de verdad, nos encontramos frente a un caso trágico y complejo en el cual se congregan varios de los valores que fundan la Constitución Política.

Y es que frente al análisis del caso concreto, resulta imperioso verificar que la situación a la que se ve sometida la señora Jaramillo, por sus componentes, requiere de especial atención ya que se trata de un caso especial. En efecto, con la negativa de otorgar la pensión de invalidez se le esta privando de manera definitiva a la accionante la posibilidad de percibir de los recursos necesarios para subsistir. Téngase en cuenta que las expectativas de protección económica de un discapacitado, en las condiciones de Adriana María Jaramillo, son nulas.

Incluso, dadas las condiciones de la discapacidad en el caso concreto¹⁰⁶, es muy probable que las medidas de protección laboral consignadas en el Decreto 2177 de 1989¹⁰⁷ y en la Ley 361 de 1997¹⁰⁸ no sirvan para satisfacer su situación económica debido a la incapacidad física generada, y la gravedad, el cuidado y la delicadeza que supone el tratamiento su afección¹⁰⁹.

Las anteriores condiciones de hecho, justifican con suficiencia que cada uno de los operadores analice y acabe cada una de las posibilidades aplicables al caso concreto. En definitiva, cada uno de esos sujetos tenía la obligación de verificar las condiciones del caso para luego concluir que no se consolidó ningún derecho en cabeza de la peticionaria. En primer lugar, se debe tener en cuenta que las calidades especiales de los sujetos a los que interesa el hipotético amparo de los derechos fundamentales, justifican la procedencia de la tutela como mecanismo principal y definitivo para la defensa de los derechos de Adriana María Jaramillo y su hija. Lo anterior, debido a que los mecanismos judiciales ordinarios que aplican al caso no gozan de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos

fundamentales con la urgencia requerida. En este sentido, sobre un caso similar, la Corte estableció lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con lo expuesto en el numeral 3.1. de esta Sentencia, los conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados a través de las acciones pertinentes ante la justicia laboral ordinaria, pues se considera que son mecanismos de defensa eficaces para resolver de manera cierta, efectiva e integral este tipo de asuntos. Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal - que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable” 110.

En el presente caso, debido a que el problema jurídico encarna la definición urgente de los derechos de la peticionaria y que se encuentra en entredicho la protección de un sujeto que acumula varias condiciones de protección constitucional¹¹¹, se justifica la procedencia directa del amparo debido a que el medio judicial ordinario no es eficaz para garantizar el amparo de los derechos fundamentales. Para este efecto, es decir, con el objetivo de establecer si se han vulnerado los derechos fundamentales de Adriana María Jaramillo, la Sala procederá a establecer si la negativa de otorgar su pensión de invalidez dentro del caso concreto, por la AFP Protección S.A., se ajusta a las condiciones constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones.

Como derecho prestacional, es indudable que la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez se debe ajustar a los parámetros que haya definido el legislador en la materia. No obstante, a lo largo de esta providencia y desde diferentes fundamentos se concretó que la libertad configurativa del legislador tiene varios límites, dentro de los cuales se encuentran

los mandatos constitucionales que rigen el derecho a la seguridad social y, por supuesto, la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales. En tal virtud, se definió que los cambios legislativos en esta materia merecen un estudio cuidadoso de interpretación que haga valer el texto constitucional por encima – si es el caso – de una variación normativa.

Por ejemplo, se indicó que una de las herramientas legítimas para precaver que se afecten desmesuradamente las expectativas válidas o legítimas de todos aquellos que están próximos a adquirir el derecho, son los regímenes de transición. También se consignó que uno de los parámetros que no se pueden traspasar en dichos tránsitos, es el principio de progresividad.

Las dos instancias dentro de la presente tutela confirmaron las razones por las cuales la AFP negó el reconocimiento de la pensión a la señora Jaramillo a partir de la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Ninguna de las dos se percató de un cambio en las condiciones legales para acceder al derecho producida apenas unos días antes de la fecha de estructuración de la invalidez de la peticionaria¹¹². Por tanto, en los dos eventos se pasó por alto el tránsito de legislación y se aplicó, sin más, la norma que se encontraba vigente al momento de acaecer la enfermedad. Esta Sala debe resaltar que conforme al principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y, se repite, de acuerdo a las difíciles condiciones de la señora Jaramillo, la AFP y las instancias debían verificar que el tránsito legislativo no había vuelto más gravosas o regresivas las condiciones para acceder a la pensión de invalidez en el caso de la peticionaria. Para este efecto debe analizarse cuáles eran las condiciones que imponía el artículo 39 de la Ley 100 original y cuáles son los requisitos dispuestos por su modificación, o sea, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 (Diciembre 29).

El artículo 39 de la ley 100, correspondiente a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, vigente hasta el 28 de diciembre de 2003, disponía:

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

“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

“b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aporte durante veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

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

Por su parte, con la entrada en vigencia de la Ley 860, el 29 de diciembre de 2003, las condiciones legales para acceder a la prestación por discapacidad se establecieron de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

“1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

“2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

“PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

“PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años

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

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social¹¹³. En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Rios sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutierrez Jaramillo.

Es de anotar que en vigencia del artículo 39 “original” (o derogado), a la peticionaria se le aplica el numeral 1 de dicha norma, es decir, se le exigirían veintiséis (26) semanas de cotización (sin límite de tiempo) al momento de producirse su estado de invalidez¹¹⁴.

Ahora, conforme al párrafo de la misma norma, el cálculo de las semanas cotizadas por la actora incluye “el número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones”¹¹⁵. Pues bien, para el efecto esta Corporación allegó la totalidad de aportes efectuados al sistema por Adriana María Jaramillo Rios. Como resultado obtuvo que ella cotizó al Seguro Social un total de 162 semanas¹¹⁶. Como conclusión de lo anterior, se puede deducir sin duda, que bajo estas condiciones la actora tiene derecho a la prestación económica derivada de su discapacidad.

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones -sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma- para que se acceda al derecho.

Conforme a lo anterior y frente a la evidente necesidad de aplicar la Constitución directamente, hay que reiterar que para que sea posible el reconocimiento de la prestación, es necesario que el legislador haya definido sus requisitos. Así las cosas y ante la ausencia de un régimen de transición y conforme al principio de favorabilidad de las normas laborales, la Sala considera necesario dar aplicación en este caso del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que dispone la cotización de veintiséis (26) semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez. Los requisitos previstos por esta norma (como se advirtió) los cumple cabalmente la peticionaria, Adriana María Jaramillo Rios.

Así las cosas, la presente tutela habrá de concederse y por tanto, la Sala revocará los fallos proferidos por el Juzgado Sexto (6) Penal Municipal y el Juzgado Veinticinco (25) Penal del Circuito de la ciudad de Medellín. En consecuencia se ordenará a la A.F.P. Protección S.A. que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar los trámites para reconocer y pagar a la señora Adriana María Jaramillo Rios la pensión de invalidez respectiva garantizando el pago de la pensión mínima conforme a los artículos 60, literal "i" y 71 de la Ley 100 de 1993, lo cual no podrá exceder de veinte (20) días hábiles.

No obstante, como quiera que el momento de notificarse la presente tutela es posible que el bono pensional expedido por el Seguro Social se haya cobrado y la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual se haya efectuado, se ordenará también, que la AFP conceda un término prudencial para que la señora Jaramillo Rios reintegre estos dineros a su cuenta.

Para este efecto se oficiará a la Procuraduría General de la Nación para que vigile el

cumplimiento de esta sentencia y a la Defensoría del Pueblo para que, en su calidad de integrante del “Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación”¹¹⁷, asesore a Adriana María y haga seguimiento en su adaptación integral a la sociedad como compensación de su minusvalía.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR los términos suspendidos mediante Auto del cinco (05) de julio de dos mil cinco (2005).

SEGUNDO. REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Sexto (6) Penal Municipal de Medellín, del quince de diciembre de dos mil cuatro, y por el Juzgado Veinticinco (25) Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, de fecha dos de febrero de dos mil cinco, que denegaron el amparo de los derechos a la vida, a la integridad física y a la seguridad social de la ciudadana Adriana María Jaramillo Ríos.

TERCERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de los niños de Luisa Fernanda Gutierrez, y los derechos a la seguridad social en conexidad con la igualdad, la vida digna, el mínimo vital, la integridad física, el trabajo, y la protección de los discapacitados y de las madres cabeza de familia, de la ciudadana Adriana María Jaramillo Rios.

En consecuencia ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a iniciar los trámites para reconocer y pagar a la señora Adriana María Jaramillo Rios la pensión de invalidez respectiva garantizando el pago de la pensión mínima conforme a los artículos 60, literal “i” y 71 de la Ley 100 de 1993, lo cual no podrá exceder de veinte (20) días hábiles.

Como quiera que el momento de notificarse la presente tutela es posible que el bono pensional expedido por el Seguro Social se haya cobrado y la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual se haya efectuado, la AFP debe conceder un término prudencial

para que la señora Jaramillo Rios reintegre estos dineros a su cuenta.

CUARTO.- Comunicar esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, para que vigile su pronto y cumplido acatamiento.

QUINTO.- Ofíciase a la Defensoría del Pueblo para que preste asesoría integral a la actora y haga seguimiento en su adaptación integral a la sociedad como compensación de su minusvalía.

SEXTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima segunda edición) define este término como: “1. f. Med. Pérdida o trastorno de la capacidad del habla debida a una lesión en las áreas del lenguaje de la corteza cerebral”. De acuerdo al diccionario de medicina de www.elmundo.es, esta enfermedad se define como: Defecto o pérdida de lenguaje como consecuencia de una lesión neurológica. Es consecuencia de la lesión de los centros del lenguaje o de sus conexiones, localizados en el hemisferio cerebral dominante.

2 Hemiplejía: 1. f. Med. Parálisis de todo un lado del cuerpo (en: Diccionario ob. cit.).

3 “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

4 Aprobado mediante Ley 74 de 1968. “Artículo 9 || Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

5 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948. Véase también la Resolución 1591 (XXVIII-O/98) proferida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la tercera sesión plenaria, celebrada el 2 de junio de 1998. “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

6 Aprobada mediante Ley 319 de 1996. “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

7 Aprobada mediante Ley 51 de 1981. Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

8 Sobre este concepto se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-568 de

1999 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), T-1319 de 2001 (M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes) y C-551 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett).

9 Carta de las Naciones Unidas, Capítulo IV, artículos 9 y siguientes.

10 En varias decisiones, esta Corporación ha considerado que la doctrina o la jurisprudencia de las instancias internacionales representa un patrón importante para interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en consecuencia, los derechos constitucionales: sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y T-1030 de 2003.

11 “Declaración de Derechos de los impedidos”.

12 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el cuadragésimo octavo periodo de sesiones (A/RES/48/96).

13 *Ibíd.*, artículo 4.

14 *Ibíd.*, artículo 8: “Mantenimiento de los ingresos y seguridad social”.

15 Órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. La Corte, en repetidas oportunidades ha establecido que este Comité es el intérprete autorizado del Pacto y que sus observaciones constituyen una herramienta valiosa para definir o delimitar el contenido de los derechos. Al respecto consúltense, por ejemplo, las sentencias T-642 de 2004 y T-827 de 2004 (M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes).

16 Sobre este tema es pertinente traer a colación las observaciones finales que el comité le presentó a la República de Chile (E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004): “19. Al Comité le inquieta profundamente que el régimen de pensiones privado, basado en cotizaciones individuales, no garantice unaseguridad social adecuada a un gran sector de la población que no trabaja en la economía estructurada o no puede hacer contribuciones suficientes al régimen, como el amplio grupo de los trabajadores de temporada y temporales. El Comité observa que las mujeres se ven particularmente afectadas a este respecto: las “amas de

casa” y alrededor del 40% de las mujeres trabajadoras no cotizan en el plan de seguridad social y por consiguiente no tienen derecho a prestaciones de vejez. Además, al Comité le inquieta que las mujeres trabajadoras tengan pensiones medias muy inferiores a las de los hombres, porque se jubilan cinco años antes”.

17 Sobre este tema es pertinente citar las letras del ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, profesor Antonio A. Cançado Trindade, quien escribió para la revista argentina “Lecciones y Ensayos” lo que sigue: “La denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de los derechos humanos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos. Como hablar del derecho a la libre expresión, sin derecho a la educación? Como concebir el derecho a entrar y salir (libertad de circulación), sin derecho a una vivienda? Como contemplar el derecho a una libre participación en la vida pública, sin derecho a alimentarse? Como referirse al derecho a la asistencia jurídica, sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud? Y los ejemplos se multiplican. En definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos, en la cotidianidad de nuestras vidas, y ésta es una realidad que no puede ser dejada de lado. Ya no hay lugar a la compartimentación, se impone una visión integrada de todos los derechos humanos” (Cançado Trindade, Antonio A.. “La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”. Publicado en revista Lecciones y Ensayos, 1997-98, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 80).

18 Desde ahora es necesario tener en cuenta y prevenir que la categoría subordinada o dependiente de los Derechos Sociales no obedece a criterios sencillos, unánimes o universales y que, por el contrario, parte de la doctrina considera que éstos constituyen prestaciones subjetivas y autónomas que configuran los parámetros de composición del “derecho a la subsistencia” o el conjunto de bases o condiciones a partir de las cuales es posible el ejercicio de los demás derechos (Véanse: Shue, Henry. Mediando Deberes. Estudios de Filosofía y Derecho número 4. Universidad Externado de Colombia, 2002; Arango, Rodolfo. El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Legis Editores, 2005). De hecho la Corte ha definido, en lo que tiene que ver con el derecho a la Salud, que éste es

fundamental y autónomo cuando quiera que el medicamento que se exige se encuentre enlistado dentro del POS o cuando su beneficiario sea un sujeto de especial protección (sentencias T-538 de 2004, T-697 de 2004, T-858 de 2004 y T-924 de 2004).

19 M.P. Cristina Pardo.

20 Constitución Política de Colombia, Preámbulo.

21 Constitución Política de Colombia, artículo 48.

22 Constitución Política de Colombia, artículos 13, 44, 46, 47 y 50.

23 Constitución Política de Colombia, artículo 366. Al respecto véase la sentencia C-107 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

24 A propósito, establece el preámbulo de la Ley 100 de 1993: “La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

25 Ver sentencia C-480 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

26 Constitución Política de Colombia, artículo 150, numeral 23. Ver sentencias: C-126 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara; C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; T-271 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-967 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

27 M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

28 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. Además, sobre la doble característica presente en la seguridad social como servicio público y como derecho irrenunciable la Corte en la sentencia C-967 de 2003 se pronunció de la siguiente manera: “5. En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que la seguridad social en general tiene una doble naturaleza: es un servicio

público de carácter obligatorio y esencial (Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Galvis), prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado; y es, además, un derecho garantizado a todos los habitantes del Estado (art. 48). Considerada como derecho, la seguridad social implica que su prestación constituye una obligación exigible, hasta tal punto que, en los términos del artículo 48, no es posible renunciar a él (Sentencias C-548 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-827 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

29 Al respecto, en la sentencia T-888 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), se aseveró: “Se tiene entonces que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es un derecho fundamental por conexidad, el cual es susceptible de protección a través de tutela. En el caso sub iudice esta Sala considera que el derecho al reconocimiento de invalidez que reclama el accionante es fundamental, en tanto se encuentra en conexidad con sus derechos a la vida digna, la salud y el trabajo”. En este mismo sentido ver las sentencias T-619 de 1995, MP: Hernando Herrera Vergara; T-143 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-799 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-714 de 2000, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-771 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-272 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería, T-344 de 2005, MP Jaime Araujo Rentería, T-871 de 2005, M.P: Manuel José Cepeda y T-1128 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

30 Corte Constitucional, sentencia C-967 de 2003, argumento jurídico número 6.

32 Sentencia C-967 de 2003. En el mismo sentido en la sentencia C-613 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte consignó: “Sin embargo, la definición del contenido de los derechos prestacionales es una tarea que compete al legislador y que es realizada en virtud de consideraciones jurídicas, políticas y presupuestales que, en principio, escapan al control de constitucionalidad. Sólo en aquellos casos en los cuales una ley que establezca un derecho prestacional consagre un trato discriminatorio, o vulnere concretos y específicos mandatos constitucionales, puede la Corte formular el correspondiente reproche. Salvo en estos específicos eventos, la configuración, más o menos amplia, de tales derechos, o la forma en la cual han de ser liquidados, o los requisitos que se establecen para acceder a los mismos, son asuntos que hacen parte de la órbita de acción del poder legislativo”.

33 Véanse: Ley 100 de 1993, artículo 2º, sentencia C-760 de 2004, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

34 Sentencia SU-623 de 2001, argumento jurídico 2.

35 Corte Constitucional, sentencia SU-819 de 1999, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

36 Por ejemplo, Corte Constitucional, sentencias: T-426/92. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz; T-560 de 1998, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa y SU-819 de 1999, M.P: Álvaro Tafur Galvis.

37 Constitución Política, artículo 4°.

38 Al respecto véanse por ejemplo las Sentencias: T-489 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que la Corte concedió la tutela a una persona que requería una cirugía artroscópica y le ordenó al demandado practicarla; T-936/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la que se ordenó a la E.P.S. demandada realizar una ureterolitotomía endoscópica, y T-1176/00 MP Alejandro Martínez Caballero, en la que la Corte se abstuvo de ordenar a una E.P.S. la práctica de una prueba de memoria que pedía la actora. A pesar de reconocer el valor de las exclusiones contenidas en el POS, a partir de las cuales se logra coherencia financiera al sistema, la Corte ha sustentado la inaplicación de tales normas a partir de la noción de Estado Social de Derecho y de principios como la solidaridad y la justicia (Sentencia T 271 de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero).

39 Ley 352 de 1997, “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

40 Sentencia C-089 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, argumento jurídico “D”.

41 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-056 de 1994, T-209 de 1995, T-292 de 1995, T-627 de 1997, T-143 de 1998, T-888 de 2001, T-236 de 2002 y T-771 de 2003.

42 M.P.: Jaime Araujo Rentería; en el mismo sentido: T-1007 de 2004. La Corte ha reiterado en varios fallos que la Administración Pública y los demás operadores jurídicos tienen la especial obligación de amparar a los disminuidos físicos o psíquicos otorgando a los minusválidos un trato desigual más favorable. Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias: T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-159 de 1993, M.P. Vladimiro

Naranjo Mesa; T-200 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T- 235 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-239 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-30 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-174 de 1994, M.P.. Alejandro Martínez Caballero; T-290 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-298 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-404 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía; T-430 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-144 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-288 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-339 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-065 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-224 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-571 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-378 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

43 Ley 100 de 1993, artículo 1º.

44 Norma citada, artículo 10.

45 Norma citada, artículos 2º (párrafo), 3º, 6º, 10, 13-i, 25 y siguientes.

46 Sentencia C-086 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

47 Sentencia C-760 de 2004, argumento jurídico número 10.

48 M.P.: Alejandro Martínez Caballero y en el mismo sentido: Sentencia C-386 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

49 Sobre el particular, la Sala Plena consideró lo siguiente: “El artículo 60 de la Ley 100 de 1993 al señalar las características fundamentales del Régimen Individual con Solidaridad desarrolla el principio de solidaridad en la medida en que dispone que el Estado debe aportar los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes” (Sentencia C-086 de 2002).

50 Vid. Supra argumento jurídico 3.6., sentencia T-344 de 2005 citada.

51 Al respecto en la sentencia C-538 de 1996 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell) se indicó: “La ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los mandatos constitucionales; (...) || La dualidad de regímenes, de otra parte,

ejercita y estimula como lo quiso el legislador la competencia en el sector público y el privado, lo cual redundará en beneficio de la eficacia y eficiencia de los servicios de seguridad social. Hacer una igualación de los regímenes, mediante la reducción a uno de dichos sistemas, de lo que concierne a los aspectos básicos de la pensión mínima, esto es, en cuanto a su estructura, financiamiento u operatividad, puede significar la desaparición de dicha competencia y favorecer a los fondos privados de pensiones en perjuicio del Instituto de Seguros Sociales, aparte de que limitaría las opciones que tienen los destinatarios del servicio para escoger el régimen que más convenga a sus intereses o particulares situaciones”.

52 Sentencia C-538 de 1996.

53 Que dispone textualmente: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

54 Al respecto, véase la sentencia T-545 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

55 MP: Rodrigo Escobar Gil.

57 “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”.

58 Sentencia C-168 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz.

59 En el mismo sentido, respecto de las potestades del legislador frente a la cantidad de los recursos destinados a pensiones de invalidez, la Corte en la sentencia C-227 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, consideró: “En este punto es importante precisar que el Legislador tiene un margen de configuración normativa en el desarrollo de los derechos en su dimensión prestacional, en lo relacionado con los ámbitos del derecho que se regularán y con los grupos que se pueden beneficiar inicialmente. Con todo, esta Corporación considera importante anotar que, en todo caso, ese espacio de configuración cuenta por lo menos con dos límites en relación con los sectores por beneficiar, a saber: primero, que la categoría para demarcar el grupo no puede responder a ninguno de los criterios sospechosos contenidos en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución, a no ser que se persiga establecer una diferenciación positiva en favor de grupos tradicionalmente marginados o

discriminados; y segundo, que entre los grupos favorecidos se incluya a los que más requieren del beneficio, por su condición de debilidad, exclusión y vulnerabilidad (C.P., arts. 1 y 13). Precisamente, en este caso se excluyó de la prestación a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad” || La Corte es consciente de que la determinación del ámbito de aplicación de un derecho tiene efectos económicos, tal como lo indica el Ministerio de Hacienda. Sin embargo, ello no constituye per se un fundamento válido para que, una vez que el legislador adoptó la decisión de avanzar en la protección de las personas afectadas por una invalidez física o mental, en condiciones rigurosas y excepcionales, se excluya del beneficio a uno de los grupos de personas discapacitadas más débiles de la sociedad y más vulnerables dentro de la población objetivo definido por el propio legislador, cuya invalidez no les permite realizar de manera autónoma actividades básicas de supervivencia. (negrilla y subrayado fuera de texto original).

60 Demanda de inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 344 de 1996 (Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones) en la cual se disminuían los aportes del Tesoro Nacional al régimen subsidiado de seguridad social en salud. Declara inexecutable la norma acusada.

61 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24 (parcial) del Decreto-Ley 1795 de 2000 (“por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”). La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la palabra “activo” prevista en la norma demandada “en el entendido de que, de conformidad con lo señalado en el fundamento 13 de esta sentencia, pueden continuar siendo beneficiarios del SSMP, los padres del oficial o suboficial que haya dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y haya pasado a ser pensionado, siempre y cuando estos oficiales hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, y sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud”.

62 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30, 51 parciales de la ley 789 de 2002 (por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo)

63 Demanda de inconstitucionalidad de las leyes 790 de 2002 (por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República) y 812 de 2003 (Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario) sobre límites al Plan de Protección Social que cubría a los discapacitados, padres y madres cabeza de familia sin posibilidades económicas. Declara inexecutable la expresión “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004” que limitaba la protección de dichos sujetos.

64 Cfr, sentencias T-568 de 1999 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz) y SU-624 de 1999 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

65 Sobre la influencia que ejerce la progresividad en la legislación laboral, en la sentencia C-038 de 2004 se dijo: “Sin embargo, esa regulación sobre los efectos temporales de las disposiciones laborales debe ser armonizada con el mandato de progresividad, el cual, como ya se ha explicado largamente, prohíbe prima facie, los retrocesos en la protección de los derechos sociales. Ahora bien, cuando las nuevas normas son más favorables a los trabajadores que se encuentran empleados, el efecto general e inmediato de las normas incorporadas al CST no plantea ningún problema constitucional, pues desarrolla el principio de progresividad, al dar aplicación a los contratos laborales en curso de los avances en la protección de los derechos de los trabajadores. Por el contrario, ese efecto general inmediato es constitucionalmente problemático cuando las nuevas regulaciones representan menores garantías para los trabajadores empleados, puesto que la aplicación inmediata a los contratos ya existentes hace aún más grave el retroceso en la protección de los derechos laborales. Por ello la Corte considera que no es posible aplicar mecánicamente la norma sobre efectos temporales inmediatos de las regulaciones laborales. A fin de armonizarla con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar la medida a los contratos en curso. En caso de que no aparezca necesaria esa aplicación, la regla de los efectos generales e inmediatos se torna inconstitucional por su afectación del principio de progresividad, y por ende los contratos existentes continúan rigiéndose por la normatividad derogada.

66 Sentencia C-789 de 2002.

67 Argumento jurídico número 3.3..

68 Sobre la aplicación del principio de confianza legítima en la interpretación de las leyes, consúltense las sentencias SU-120 de 2003, M.P.: Alvaro Tafur Gálvis, y T-663 de 2003, M.P.:Jaime Córdoba Triviño.

69 Sobre el particular es necesario tener en cuenta la sentencia C-227 de 2004 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa) en donde se hace mención de los diferentes instrumentos internos e internacionales de protección de los derechos de los discapacitados.

70 En especial los artículos 13, 47, 54 y 68.

71 Sentencia T-219 de 2002, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

72 Corte Constitucional, Sentencias T-427 de 1992; T-571 de 1994; T-378 de 1997; T-304 de 1998; T-224 de 1996 y T-065 de 1996.

73 Corte Constitucional, Sentencia T-055 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

74 Corte Constitucional, Sentencias T-125 de 1994, T-323 de 1996 y T-378 de 1997.

75 Corte Constitucional, Sentencia T-124 de 1993, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

76 Sentencia T- 144 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

77 Corte Constitucional, Sentencia T- 292 de 1995 M.P.: Fabio Morón Díaz.

78 Corte Constitucional, Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz..

79 Sentencia T-144 de 1995.

80 Vid. Supra fundamento jurídico número 3, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

81 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

82 M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

- 83 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- 84 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- 85 M.P.: Jaime Córdoba Triviño
- 86 M.P.: Jaime Araujo Rentería.
- 87 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- 88 M.P. Antonio Barrera Carbonell
- 89 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 90 Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- 91 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- 92 El artículo 2° de esta Ley establece: “Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “Mujer Cabeza de Familia”, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”. Sobre esta norma el pleno de la Corporación, en la sentencia SU-388 de 2005, consideró lo siguiente: “Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

93 .

94 Sentencia SU-388 de 2005.

95 El artículo 5° establece la definición de uno los principios fundamentales de la Constitución Política, de la siguiente manera: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

96 El segundo inciso de este artículo de la Constitución Política establece (Negrilla no original): “El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

97 Al respecto véase: Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

98 M.P.: Jaime Araujo Rentería.

99 Vid. Supra num. 3

100 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

101 Revisión constitucional de la Ley 765 de 2002, “por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía’, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de Mayo de dos mil (2000)”. M.P.: Jaime Araujo Rentería,.

102 Folio 28 del expediente.

103 Folios 73 y 74 del cuaderno de revisión.

104 Folio 31 del expediente: historia clínica ocupacional.

105 Sentencia SU-995 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

106 Recordemos que el concepto del especialista en medicina ocupacional en agosto de

2004, indica lo siguiente: “[Paciente] con 7 meses de incapacidad temporal continua, sus secuelas prácticamente son irreversibles, su pronóstico de recuperación es pobre. Dado lo anterior, se remite al Fondo para calificar secuelas definitivas. Se anexa historia clínica de seguimiento por neurología”.

107 Establece esta norma en su artículo 17: “A los trabajadores de los sectores público y privado que según concepto de la autoridad competente de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o de medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad. (Negrilla fuera de texto)”.

109 Al respecto, en el informe del “Tac craneo simple” (folio 08) se consignó: “Existe mal definición de algunos del hemisferio cerebral izquierdo, lo cual se acompaña de área hipodensa y lineal hacia la región frontal de este mismo lado y a su vez se aprecia pequeña hiperdensidad lineal en topografía de la arteria cerebral media y estos hallazgos pueden ser relacionados con trombo en topografía de la arteria cerebral media que está generando infarto del hemisferio de este mismo lado, infarto que actualmente está en fase hiperaguda”.

110 Corte Constitucional, sentencia T-076 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

111 En la sentencia T-179 de 2000 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero) se consideró que la protección constitucional de un niño discapacitado requería de un “trato muy especial”.

112 Contrario a lo establecido por la Junta Regional de Invalidez de Antioquia (folio 28), la Sala considera como fecha de estructuración de la invalidez de la señora Jaramillo el 28 de enero de 2004 (folios 5 y siguientes) conforme al Decreto 917 de 1999, artículo 3º: “Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, ésta (sic) fecha debe documentarse con la sitia

clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

113 En la sentencia de tutela T-974 de 2005 (M.P.: Jaime Araujo Rentería) se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

114 Teniendo en cuenta que se encontraba cotizando al régimen desde el 05 de diciembre de 2003 (folio 34).

115 Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 1.

116 Folio 25 del cuaderno de revisión.

117 Ley 361 de 1997, artículo 6°.