

Sentencia T-217-09

Referencia: Expediente T- 2108502

Acción de tutela instaurada por Rafaela Duarte Ávila contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C. veintisiete (27) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido en el asunto de la referencia dictado por Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, el veintinueve (29) de agosto de dos mil ocho (2008).

I. ANTECEDENTES

La señora Rafaela Duarte Dávila, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales debido a la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala de Revisión:

1.- Manifiesta la accionante que ha cotizado al Instituto de Seguros Sociales desde el año de 1968 de manera interrumpida. Además, indica que a primero (1º) de abril de 1994 tenía 45 años de edad.

2.- Pone de presente que a partir del año 2004 comenzó a sentir dolencias y dificultades

en el funcionamiento del aparato urinario, razón por la cual acudió al médico, quien a partir de la práctica de unos exámenes de rigor, le diagnosticó que padecía una enfermedad terminal, la cual según afirma la accionante la tiene al borde de la muerte.

3.- Indica que medicina laboral la calificó con una pérdida de capacidad laboral de un 69% debido a la enfermedad renal crónica terminal que padece.

4.- Señala que a la fecha tiene 60 años de edad, y que a causa de su enfermedad no puede valerse por si misma y muchos menos trabajar.

5.- Afirma que el día quince (15) de abril de dos mil ocho (2008) presentó ante el Instituto de Seguros Sociales una solicitud dirigida a obtener su pensión, dado que desde su punto de vista, su situación encajaba dentro del régimen de transición establecido por la ley 100 de 1994. A pesar de lo anterior, su petición fue resuelta por la Entidad de manera desfavorable a sus intereses, pues según la mencionada institución no cumple con uno de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez.

6.- De acuerdo a lo anterior, solicita al juez de tutela que se protejan sus derechos fundamentales. En consecuencia se le reconozca por esta vía la pensión de invalidez a la que tiene derecho. Además, pide que se declare la nulidad de la Resolución No. 004612 de 2008, expedida por el Instituto de Seguros Sociales.

7.- Adicionalmente, solicita que se estudie su situación a la luz de las disposiciones consagradas en la ley 100 de 1993, en concordancia con el acto legislativo 01 de 2005 relativas al reconocimiento de pensión de vejez conforme al régimen de transición, pues a su juicio cumple con los requisitos, entre otros, tener de 35 años de edad para el primero (1°) de abril de 1994.

Trámite ante la Corte Constitucional

8.- Por medio de auto del dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2008) la Sala de Selección Número Once decidió la revisión del expediente T-2.108.502 y ordenó su reparto al despacho del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

9.- En decisión adoptada por medio de auto de veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009), el Magistrado sustanciador resolvió:

Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - PENSIONES (Seccional Santander), por medio del Gerente Seccional, el contenido del expediente T- 2108502, para que dentro de un (1) día siguiente a la notificación del presente auto se pronuncien acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela.

10.- El trece (13) de marzo de dos mil nueve (2009), la Secretaría General de la Corte Constitucional envió a este Despacho el oficio No. 0171 - 09 de fecha cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009), firmado por el Doctor Fermín González León, Gerente Seguro Social de Santander, recibido el día doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009).

Intervenciones de las entidades demandadas

11.- Según sentencia proferida por Juzgado Tercero Penal del Circuito el veintinueve (29) de agosto de dos mil ocho (2008), la Nueva EPS Instituto de Seguros Sociales, entidad vinculada al proceso por el mencionado Juez guardó silencio vencido el término del traslado de la demanda.

12.- El Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Santander, señor Fermín González León, mediante oficio No OPTB027/2008 de fecha cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009) manifestó que:

“(…) a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Tutelante tenía mas de 35 años de edad; pero no es cierto que la asegurada estuviera afiliada al ISS Pensiones desde 1968, pues la Tutelante, tan solo se afilió al Régimen de Prima Media (Pensiones ISS), a partir de Septiembre de de (sic) 2002, pues fue verificado a través de correo electrónico del 16 de Septiembre de 2008, a la oficina de afiliaciones y registros, y la tutelante no aparece como registros antiguos. Que se pruebe que estuvo afiliada a pensiones desde esa época”

De manera puntual afirmó que, la accionante había presentado la solicitud de la prestación económica derivada de la pensión de invalidez el 15 de abril de 2008, junto con los documentos correspondientes al Dictamen de Medicina Laboral, en el cual se le estructuró una pérdida de la capacidad laboral del 69%, a partir del 22 de febrero de

2008. No obstante, dicha petición fue resuelta de manera negativa por medio de acto administrativo, el cual fue objeto de recursos de la vía gubernativa.

Indica que, la prestación solicitada por la señora Rafaela Duarte fue decidida con base en la legislación vigente. En tal sentido señala que, la accionante cumple con dos de los requisitos exigidos por la ley para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez: (i) tiene mas del 50% de pérdida de capacidad laboral, por cuanto resulta claro que de acuerdo con el respectivo dictamen que estable un 69%, (ii) cumple con el requisito relativo a tener mas de 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, ya que tiene, entre el 22 de febrero de 2005 al 22 de febrero de 2008, 145 semanas. A pesar de lo anterior, manifiesta la Entidad Accionada que, la señora Dávila, no cumple con la tercera exigencia legal puesto que, entre el lapso comprendido entre la fecha en que cumplió veinte años de edad y la primera fecha de calificación de la invalidez no tuvo el 20% de fidelidad establecido por la respectiva normatividad, toda vez que de acuerdo con su historia laboral tiene 267 semanas cotizadas al sistema general de pensiones de las 406 semanas que debió haber cotizado.

Ahora bien, respecto de la petición de la accionante relacionada con la aplicación del régimen de transición a su caso, indicó que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 era claro al hacer mención de éste, el cual sólo procede respecto de la pensión de vejez, mas no para la pensión de invalidez o la pensión de sobreviviente. Aunado a lo anterior, puso de presente que el sistema entro en vigencia el 1 de abril de 1994, fecha en la cual la demandante no estaba afiliada en un régimen anterior, no tenía afiliación o cotizaciones en el ISS, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la tutelante no es beneficiaria de régimen de transición alguno.

De acuerdo con los argumentos antes expuestos, la Entidad demandad solicita: (i) se niegue la acción de tutela incoada por la señora Rafaela Duarte Dávila, y (ii) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de su escrito se ordene el archivo definitivo de la presente actuación “por habersele dado cumplimiento a lo ordenado por el Despacho y agotado la Vía Gubernativa, no existe objeto de tutela”¹

Sentencia judicial objeto de revisión

Fallo instancia única.

13.- El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en única instancia negó el amparo de los derechos invocados, mediante sentencia proferida el veintinueve (29) de agosto de dos mil ocho (2008).

Manifestó el Juez que, en el caso concreto el Departamento de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución No. 0046612 de 2008, decidió negar la solicitud pensional elevada por la peticionara. Lo anterior, por cuanto la accionante no acreditó la totalidad de los requisitos para acceder a la misma. Por tal razón, consideró el fallador que el acto administrativo fue expedido conforme a lo establecido en las normas correspondientes.

Adicionalmente puso de presente que, la mencionada resolución fue notificada personalmente a la señora Duarte Dávila el día 29 de julio de 2008, donde se le informó que de no estar conforme con la decisión correspondiente tenía derecho a hacer uso de los recursos de reposición y apelación, los cuales debía interponer dentro de los cinco días siguientes a la notificación. No obstante, a pesar de lo anterior, la accionante prescindió de la utilización de éstos.

En tal sentido indicó que, si bien es cierto que en el asunto objeto de análisis, debido a la edad y la gravosa enfermedad de la demandante, esta acción podría ser más eficaz e idónea que el proceso ordinario para lograr la protección de los derechos alegados; durante el proceso no se demostró el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Por tal motivo, consideró que en este caso no es posible que el juez constitucional entre a suplantar el juez administrativo a fin de dirimir la controversia suscitada, con lo cual estimó que la señora Rafaela Duarte Dávila deberá acudir a la respectiva jurisdicción, a fin de demostrar la existencia de los requisitos necesario para obtener el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

Así mismo, señaló que el trámite administrativo realizado por la accionante ante el Instituto de Seguros Sociales no hace tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, ante la aparición de hechos nuevos, puede nuevamente acudir las veces que quiera ante la Entidad competente, a fin de que se vuelva a examinar su caso.

A partir de los anteriores argumentos decidió negar el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la tutelante, toda vez que la acción de tutela no es el mecanismo para ventilar este tipo de prestaciones.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

2.- En atención a que la solicitud de amparo interpuesta por la accionante va dirigida a obtener su pensión de invalidez por medio de este amparo constitucional la pensión. La Sala de Revisión encuentra necesario dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez?; y; (ii) ¿La aplicación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la Ley 860 de 2003 vulneran en el caso concreto los derechos fundamentales a la seguridad social de la accionante y a la especial protección constitucional que la cobija?

Para tal efecto, en esta providencia se abordarán los siguientes temas: (i) la protección constitucional a la seguridad social respecto de personas de la tercera edad, (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez (iii) la aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez, y (iv) finalmente solucionará el caso concreto

Protección constitucional a la seguridad social respecto de personas de la tercera edad

3.- La consagración de la cláusula de Estado Social de Derecho en Colombia trae como consecuencia que éste deba promover las condiciones mínimas para que la igualdad sea real y efectiva, por medio de la adopción de medidas tendientes a propender por la integración social y garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de 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.

4.- Debe recordarse que la pensión de invalidez se encuentra contenida en el derecho fundamental a la seguridad social, cuyo alcance ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como bien jurídico objeto de amparo en nuestro ordenamiento² aún más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. Así, en el texto constitucional se observa que la seguridad social ha sido objeto de una configuración compleja: en primer lugar, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 superior, constituye un “servicio público de carácter obligatorio”. De acuerdo a esta disposición al Estado le corresponde una importante labor en su realización dado que el Texto Superior le confía las correspondientes labores de dirección, coordinación y control; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia³. Adicionalmente, en la dirección sugerida por el artículo 48 superior, el Congreso estableció en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 que la seguridad social constituye un “servicio público esencial” en lo relativo a los subsistemas de salud y pensiones, precisando que en este último sólo gozan de tal caracterización aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas. Dicha consagración supone un considerable incremento en la responsabilidad que resulta exigible al Estado y a todas las entidades que participan en el sistema de seguridad social, dado que las exigencias de permanencia y continuidad del servicio se convierten en deberes inexcusables, lo cual coincide con el propósito general que inspira la ley de seguridad social.

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

6.- De acuerdo a la regla hermenéutica consignada en el artículo 93.2 constitucional, la interpretación del derecho a la seguridad social deberá ser realizada “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁴, razón por la cual resulta imperativa la labor de consulta de los instrumentos de esta naturaleza que permitan avanzar en el esfuerzo de determinación del aludido derecho. Específicamente, interesa resaltar ahora lo establecido en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en la materia. De manera textual la disposición prescribe lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

7.- En efecto, se tiene que, el diseño y funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social no sólo encuentra sustento en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, sino adicionalmente en el artículo 13 de la Carta, en la medida en que su implementación sigue el ineludible compromiso asumido por la organización estatal consistente en la erradicación de todas las formas de marginación social y discriminación que se opongan a la realización plena de la dignidad humana⁵.

8.- Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 2° del PIDESC, corresponde a los Estados signatarios -dentro del máximo de recursos de los que dispongan adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social. Dichas medidas habrán de ser diseñadas y ejecutadas de manera tal que no permitan restricciones irrazonables o desproporcionadas de acceso y “en todo caso deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano”. En consecuencia, al margen del amplio espectro de configuración reconocido a las organizaciones estatales; tal como ocurre con el conjunto de derechos inscritos bajo la enseña de los derechos económicos, sociales y culturales, existe un mínimo irreductible que de manera impostergable debe garantizar el Estado. Así las cosas, el derecho a la seguridad social, en la medida en que “es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana”⁶ es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad;

cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.

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

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

11.- Ahora bien, cuando está de por medio la protección del derecho a la seguridad social de un sujeto de especial protección como son las personas de la tercera edad, las prestaciones correspondientes a la pensión de invalidez adquieren relevancia constitucional, en la medida en que la Constitución dispone que esta población merece un tratamiento especial por su condición de debilidad manifiesta.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

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

recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios.

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

14.- De acuerdo a la consideración anterior, ante la urgencia de brindar protección judicial por vía de tutela al derecho a la seguridad social, la jurisdicción constitucional ha precisado que en el evento en que se reclame una prestación específica relacionada con tal derecho, a la cual, de acuerdo a lo prescrito en las disposiciones que dan cuerpo al sistema y, de manera específica, según lo dispuesto para los diferentes planes de cobertura, el Ciudadano no resulta acreedor de aquella solicitud. En este supuesto particular la Corte Constitucional se ha valido de los argumentos de “conexidad”, existencia de sujetos de especial protección, y amparo del “mínimo vital” para efectos de asegurar una adecuada protección de la garantía iusfundamental que ha sido reconocida a todos los habitantes, bajo el título de un verdadero “derecho irrenunciable”.

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

fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela.

16.- En estos supuestos, el juez de tutela se encuentra llamado a realizar la siguiente valoración para efectos de decidir la prosperidad de la reclamación de amparo del derecho fundamental a la seguridad social: (i) en primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional; conclusión a la cual arriba el juez de tutela no sólo a partir del conjunto de condiciones materiales objetivas en las cuales se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto⁷. (ii) En segundo término, teniendo presentes los postulados de supremacía del derecho sustancial sobre las formas y de presunción de buena fe, el juez de tutela ha de contar con un escenario probatorio propicio que le permita reconocer la vulneración concreta del derecho fundamental y, en consecuencia, pueda adoptar las decisiones que sean pertinentes para efectos de corregir tal infracción. Cabe anotar que en aquellos eventos en los cuales la situación fáctica que rodea la acción no resulte del todo clara, el juez de amparo debe emplear las facultades probatorias conferidas por el Decreto 2591 de 1991, en la medida en que la eventual indeterminación probatoria dentro del proceso de tutela no puede emplearse de manera legítima como justificación para dar respaldo a decisiones judiciales contrarias a los accionantes. Antes bien, dicha oscuridad probatoria debe ser remediada de manera perentoria por parte del juez de amparo en su calidad de garante de los derechos fundamentales que se vean comprometidos en la controversia. (iii) Para terminar, el juez se encuentra llamado a examinar si el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

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

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

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

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

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

Con posterioridad, el día 29 de enero de 2003 fue publicada la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”; documento legislativo dentro del cual se llevó a cabo una modificación sustancial en cuanto a los requisitos que a partir de la entrada en vigencia

de la ley habrían de ser acreditados para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez. Textualmente, el artículo 11 estableció lo siguiente:

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

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

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

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

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

Una vez fue declarada la inexecutable de la norma, el Congreso de la República aprobó la Ley 860 de 2003, en cuyo artículo 1° se realiza una nueva modificación en cuanto a los requisitos a acreditar para efectos de conseguir el reconocimiento de la pensión de invalidez. En esta nueva versión la disposición explica que la estructuración del estado de invalidez puede ocurrir debido al acaecimiento de dos eventos: enfermedad o accidente. No obstante, los requisitos que deben ser satisfechos son idénticos en ambos casos. Así, de acuerdo al nuevo texto, el reconocimiento del derecho pensional se encuentra condicionado a que (i) el beneficiario haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. (ii) Adicionalmente, la disposición creó un nuevo requisito, consistente en la acreditación de lo que a partir de la modificación sería conocido como

“fidelidad de cotización”, figura que exige al beneficiario el cumplimiento de determinados períodos de permanencia y cotización al sistema. En este caso, quien ha padecido la pérdida de capacidad laboral debe demostrar una fidelidad superior al 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en la cual se realizó la primera calificación del estado de invalidez.

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

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

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

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

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

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

20.- En sentencia T-043 de 2007 esta Corporación realizó un prolijo análisis de la materia

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

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

23.- En sentencia T-699A de 2007 la Sala Cuarta de Revisión amparó los derechos fundamentales a la seguridad social, la igualdad y la vida digna de un portador del VIH, a quien la Junta Regional de Calificación de Invalidez había dictaminado una incapacidad laboral del 61.05%, en atención a que, a pesar de la jurisprudencia reiterada en esta providencia, el Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado había negado la pensión de invalidez con base en el aludido requisito de cotización mínima de 50 semanas durante el lapso de 3 años anterior a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

24.- Mediante sentencia T-1072 de 2007 la Sala Quinta de Revisión concedió amparo a

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

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

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

De manera puntual, el artículo 53 del texto constitucional consagra el postulado de la favorabilidad como un mandato de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Así las

cosas, ha señalado esta Corporación que en materia laboral estos escenarios de vacilación e incertidumbre han de ser absueltos mediante la aplicación de aquella disposición jurídica que resulte más propicia al consultar la situación concreta en la cual se encuentra el trabajador.

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

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

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

De acuerdo a las consideraciones precedentes, las diferentes Salas de Revisión han concluido que en aquellos eventos en los cuales la estructuración de la incapacidad o la

correspondiente calificación de invalidez ha ocurrido dentro de los márgenes de este desigual panorama normativo y, en consecuencia, existe una duda atendible acerca del cuerpo normativo a aplicar; los operadores jurídicos se encuentran compelidos a resolver estos escenarios de perplejidad a favor del sujeto en condiciones de debilidad y subordinación, esto es, en beneficio del trabajador, como medio de justicia retributiva que pretende aminorar el desequilibrio propio de los vínculos laborales.

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

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

27.- Para terminar, la Sala Octava de Revisión encuentra que en cualquiera de los dos supuestos indicados hasta ahora -bien como consecuencia de la aplicación de

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

A la luz de estas consideraciones procede la Sala de Revisión a solucionar la pretensión de amparo por la cual fueron promovidos los procesos de tutela de los cuales ahora se ocupa.

V. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

1.- La señora Rafaela Duarte Dávila, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales al oponerse al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

2.- A partir del análisis del expediente, se encuentra probado que según el dictamen médico expedido por el Dr. YVAN SUAREZ ALMEIDA, especialista en medicina interna - nefrología, la señora Rafaela Duarte Dávila padece de “INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA TERMINAL”, razón por la cual se encuentra en “tratamiento de Reemplazo Renal con DIALISIS PERITONEAL MANUAL”, además “asiste a control en nuestra Unidad Renal - Francisco de Paula Santander para el cumplimiento de sus terapias siendo paciente del Instituto de Seguro Social, y la no asistencia a su terapia le ocasiona gravedad en su estado de Salud”¹⁰

3.- De acuerdo con el dictamen de medicina laboral se estableció que la accionada presenta una pérdida de capacidad laboral del 69%, estructurada a partir del veintidós (22) de febrero de dos mil ocho (2008)¹¹.

4.- En virtud de los hechos anteriormente relatados, la demandante el quince (15) de abril de dos mil ocho (2008) presentó solicitud ante el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Santander - a fin de obtener el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

5.- Mediante Resolución No. 004612 de 2008 el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Santander negó la pensión de invalidez solicitada por la señora Rafaela Duarte Dávila por cuanto no se acreditaron la totalidad de los requisitos para acceder a ella, toda vez que sólo tenía un 13.14% de fidelidad de cotización al sistema, en tanto que en la base de datos de la Institución aparecía que la accionante cotizó al sistema 267 semanas entre el 13 de marzo de 1969, fecha en que cumplió 20 años de edad y el 22 de febrero de 2008, día en que se efectuó la primera calificación de invalidez.

7.- De acuerdo a lo anterior, la accionante presentó acción de tutela a fin de solicitar por esta vía el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez al declarar nulidad de la Resolución No. 004612 de 2008, expedida por el Instituto de Seguros Sociales.

8.- Adicionalmente, solicitó que se estudiara su situación a la luz de las disposiciones consagradas en la ley 100 de 1993, en concordancia con el acto legislativo 01 de 2005 relativas al reconocimiento de pensión de vejez conforme al régimen de transición, pues a su juicio cumple con los requisitos, entre otros, tener de 35 años de edad para el primero (1°) de abril de 1994.

En relación con esta última pretensión, de entrada se encuentra que no es procedente, toda vez que de acuerdo con los hechos relatados y la claridad respecto de las circunstancias en el marco de las cuales se desarrolla el presente asunto, para esta Sala es evidente que a la Señora Rafaela Duarte Dávila no es posible aplicarle las normas alegadas, pues tal y como lo pone de presente la Entidad demandada en la época en que entró en vigencia la mencionada legislación, esto es, el 1 de abril de 1994, la accionante no estaba afiliada en un régimen anterior, no tenía afiliación o cotizaciones al ISS, antes de su vigencia, por ende resulta lógico que no pueda ser beneficiaria de algún régimen de transición. Adicionalmente la demandante dirige su pretensión principal a la obtención del reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, a la cual según la normatividad correspondiente no puede aplicársele el inciso segundo de la Ley 100 de 1993.

9.- Esclarecido el fundamento fáctico del asunto objeto de estudio es preciso examinar la procedibilidad de la acción de tutela. Como fue señalado en líneas anteriores, prima facie las pretensiones dirigidas a obtener la pensión de invalidez han de ser

intentadas ante la jurisdicción ordinaria en atención a que es éste el sendero procedimental que el ordenamiento jurídico ha establecido para la composición de controversias de esta naturaleza. Sin embargo, observa la Corte que en el caso concreto resulta imperiosa la intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la realización de un perjuicio irremediable.

10.- La Sala arriba a la anterior conclusión al considerar las específicas condiciones en las que se encuentra la accionante, quien no sólo es una persona de la tercera edad; sino que, de acuerdo con el acervo probatorio de obra en el expediente, sobre el cual se apoya la pretensión de amparo, es una persona con discapacidad que requiere atención reforzada por parte del Estado, con fundamento en lo establecido en el artículo 13 superior. La Sala de Revisión llama la atención sobre la entidad de la pérdida de capacidad laboral padecida por la peticionaria -la cual asciende a un porcentaje del 69%- que le impide participar con normalidad en el tráfico laboral, lo cual a su vez indica el grave riesgo que se cierne, no sólo sobre su derecho fundamental a la seguridad social, sino sobre su derecho a la salud, vida digna y al mínimo vital.

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

efectivo para la garantía del derecho a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

En efecto, a partir de las consideraciones antes expuestas, estima la Sala que la acción de tutela es el medio más eficaz e idóneo que el proceso ordinario para lograr la protección de los derechos alegados.

11.- Una vez establecidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso bajo examen, considera la Sala pertinente recordar que la situación de la señora RAFAELA DUARTE DÁVILA es precaria. Tiene 60 años de edad y ha estado sufriendo actualmente de "INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA TERMINAL", razón por la cual se encuentra en "tratamiento de reemplazo Renal con DIALISIS PERITONEAL MANUAL"¹². Adicionalmente, se encuentra en situación de indefensión económica pues, en razón de su estado de salud y su edad, el acceso al mercado laboral le está vedado.

12.- Ahora bien, teniendo en cuenta los lineamientos consagrados en la sentencia T-043 de 2007, explicada en párrafos anteriores; se encuentra que el marco legal de la pensión de invalidez (i) no estableció un régimen de transición a favor de las personas que han cotizado durante la vigencia de las sucesivas modificaciones legales a los requisitos exigibles para el reconocimiento de la prestación, (ii) impuso condiciones más exigentes para el acceso a la pensión, es especial en lo relacionado con la cantidad de cotizaciones y al tiempo de permanencia en la categoría de cotizante al sistema general de seguridad social. En este contexto, es claro que de acuerdo con el principio de favorabilidad los afiliados que han venido aportando al sistema, no pueden resultar afectados por la modificación legislativa.

En consonancia con lo anterior, esta Sala estima que en el asunto objeto de examen, a partir del acervo probatorio es posible evidenciar que la señora Rafaela Duarte Dávila comenzó a cotizar en septiembre de 2002, es decir, antes del tránsito legislativo, razón por la cual tenía expectativas sobre el derecho a su pensión de invalidez, las cuales, si bien no constituían derechos adquiridos, fueron truncadas por las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 29 de enero de 2003, posteriormente agravadas por Ley 860 de 2003, en virtud de la cual se realiza una nueva modificación en cuanto a los requisitos a acreditar para efectos de conseguir el reconocimiento de la pensión de

invalidez.

13.- En este orden de ideas, al respecto conviene recordar que la Corte en varias oportunidades ha concluido que, la disposición normativa que consagra los requisitos para acceder a la pensión de invalidez puede resultar desproporcionada en algunos eventos en la medida en que puede hacer más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que, precisamente merece especial consideración, como son las personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, se consideran como sujetos de especial protección por parte del Estado.

14.- Para esta Sala, no queda duda que si bien los fines que busca el artículo 1 de la Ley 860 de 2006 son legítimos, en el caso concreto la aplicación de requisitos más rigurosos para la obtención del reconocimiento y pago de la prestación derivada de la pensión de invalidez, contenidos en la mencionada disposición, constituyen una medida regresiva, la cual es desproporcionada en las condiciones particulares en que se encuentra la señora Rafaela Duarte Dávila, no sólo por ser una persona de la tercera edad, sino también por encontrarse discapacitada y padecer de INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA TERMINAL.

15.- En aplicación de la argumentación desarrollada en la parte motiva de esta providencia, la Sala encuentra la necesidad de garantizar amparo judicial al derecho fundamental a la seguridad social de la accionante, toda vez que como ha sido ampliamente expuesto en la presente decisión judicial, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 resulta contrario al principio de progresividad; razón por la cual, para efectos de resolver la controversia que ha sido planteada, en esta oportunidad es menester dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez de la ciudadana Rafaela Duarte Dávila con base en la pérdida de capacidad laboral que padece y las circunstancias particulares que ponen en tela de juicio su vida en condiciones mínimas de dignidad y calidad de vida.

16.- En el asunto que hoy es puesto a consideración de esta Sala de Revisión quedó demostrado que, en aplicación de los preceptos constitucionales, en especial el principio de progresividad la accionante tiene derecho a la respectiva pensión de invalidez. En este contexto, dará aplicación a los precedentes de tutela señalados en esta

providencia y, en consecuencia ordenará a la entidad demandada emitir un nuevo pronunciamiento sobre dicha petición, en la cual el Instituto de Seguros Sociales deberá emplear la excepción de inconstitucionalidad.

17.- De acuerdo con lo anterior, revocará el fallo dictado por Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, el veintinueve (29) de agosto de dos mil ocho (2008). En consecuencia, y concederá el amparo los derechos fundamentales de la ciudadana RAFAELA DUARTE DAVILA, por tanto, ordenará al Instituto Colombiano de Seguros Sociales que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de accionante.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo dictado por Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, el veintinueve (29) de agosto de dos mil ocho (2008). En consecuencia, CONCEDER amparo los derechos fundamentales de la ciudadana RAFAELA DUARTE DAVILA.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Seguros Sociales que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la ciudadana RAFAELA DUARTE DAVILA.

TERCERO.- 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.

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio

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

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

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

5 Al respecto, consultar la sentencia SU-225 de 1998

6 Observación general número 19

7 Al respecto, sentencia T-335 de 2000: “La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional”

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

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

Se modifican los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. El requisito no se establece en términos de semanas sino de densidad de cotización. Para tener derecho a la pensión de invalidez causada por enfermedad común, se exige que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es el 20% de cotización durante el mismo periodo. Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes. Cuando un afiliado haya cotizado 20 años o mil semanas, la cobertura del seguro se mantiene en forma vitalicia, así haya dejado de cotizar por un tiempo prolongado” (Negrilla fuera de texto). Congreso de la República, Gaceta del Congreso número 593, página 10.

10 Folio 8 del cuaderno 1.

11 Folios 12 y 13 del cuaderno 1.

12 Folio 8 del cuaderno 1.