

SENTENCIA T-509/10

(Junio 17; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Procedencia excepcional frente a la existencia de otros medios de defensa judicial en caso de reclamaciones pensionales

PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Acción de tutela para reconocimiento de un derecho irrenunciable no tiene caducidad en el tiempo cuando la vulneración ha persistido

La jurisprudencia constitucional también ha aplicado de manera diferente el concepto de inmediatez en el trámite de la acción de tutela. Si bien la acción de tutela es un mecanismo excepcional de protección inmediata de los derechos fundamentales, su interposición debe hacerse en un término razonable y objetivo, pues siempre se ha entendido que el transcurso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos vulneradores y la interposición de la acción de tutela, diluye el perjuicio causado, y torna inviable este mecanismo de protección constitucional. No obstante, en el caso de las personas afectadas por el VIH SIDA, o en similares circunstancias de vulnerabilidad, la jurisprudencia constitucional ha considerado, que advertida por el juez de tutela, que la vulneración de los derechos cuya protección se reclama ha persistido en el tiempo, y que para el cumplimiento de tal derecho, la interposición de la acción de tutela, no solo conserva toda su validez, para reclamar el reconocimiento de un derecho irrenunciable, sino que además no tiene caducidad para su ejercicio.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos normativos para su reconocimiento/PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD Y PROGRESIVIDAD-Regla jurídica para determinar régimen legal aplicable para su reconocimiento en el caso en que personas que habiendo sido declaradas inválidas continuaron realizando aportes al sistema pensional

El juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al

establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la enfermedad, y la fecha de su calificación, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales, y la aplicación del principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe aplicarse al caso concreto, además de que la persona pudo estar laborando y por lo mismo contribuyendo al sistema, aún después de estructurada su invalidez.

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Procedencia por ser el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales del accionante y para lograr el reconocimiento de la prestación pensional

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Vulneración por no aplicación de principio de favorabilidad y principio de progresividad por parte de entidad accionada

Los operadores jurídicos, estaban en el deber de aplicar el principio de favorabilidad consignado en el artículo 53 Superior, asegurando de esta manera, que en los eventos en que exista duda acerca de cuál norma aplicar, se opte por la más beneficiosa para el trabajador. Además, tampoco se tuvo en cuenta el principio de progresividad que incorporaba el cambio normativo aportado por la Ley 100 de 1993, y al cual el accionante tenía derecho a beneficiarse en tanto había hecho aportes bajo dicho régimen legal. Por ello, la entidad accionada hizo una equivocada aplicación de la ley al caso concreto.

DERECHO A LA INTIMIDAD DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Vulneración por desconocimiento de petición especial de garantizar el derecho a la intimidad y a la honra del actor en el presente caso

La jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en indicar que la situación de las personas afectadas por VIH-SIDA es particularmente especial por dos razones: en primer lugar, por la progresividad y el nivel de afectación que tiene esta enfermedad en la salud y calidad de vida de quien la padece, y en segundo lugar, por la capacidad de que esta enfermedad genere un rechazo familiar o social. En vista de esta última consideración, es necesario observar que los jueces de instancia en el trámite de esta acción constitucional, desconocieron por completo la petición especial que hiciera el accionante en su demanda de

tutela, en cuanto a garantizar su derecho a la intimidad y a la honra, dada su condición portadora del virus del VIH-SIDA. Sin embargo, los jueces hicieron caso omiso a tal demanda, la que por motivos de orden constitucional debió ser respetada por los operadores judiciales, conducta que es claramente desconsiderada e inaceptable.

Referencia: Expediente T-2.540.724

Accionante: Juan

Accionados: Instituto de Seguros Sociales – ISS-.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Aclaración preliminar.

En primer lugar, la Sala debe indicar que por tratarse de un proceso relacionado con un problema de salud sexual, cual es que una persona sea portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH-SIDA), y con la finalidad de amparar las garantías constitucionales de que son titulares el actor y su familia, se protegerá su derecho fundamental a la intimidad y por ello, durante el presente trámite de revisión se tomarán medidas orientadas a impedir su identificación por cualquier medio, pues además de corresponder a una expresa petición del accionante, se advierte, que se trata de un tema de impacto en la opinión pública, susceptible de desencadenar efectos sensacionalistas en los medios de comunicación y de conducir al rechazo y discriminación del actor y su familia. En razón de ello, la Sala suprimirá toda referencia que pueda conducir a dicha identificación y en la parte resolutive de esta sentencia ordenará que la Secretaría de esta Corporación y los jueces de instancia guarden estricta reserva en este proceso¹.

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia el nombre del accionante será reemplazado por el de Juan.

2. Demanda y pretensión.

Juan interpuso demanda de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales -ISS- sobre la base de los siguientes fundamentos:

2.1. Elementos de la demanda.

- Derechos fundamentales cuya protección se invoca: a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad.
- Conducta que causa la vulneración: La reiterada negativa por parte del ISS de reconocerle su derecho a la pensión originada en su invalidez.
- Pretensión: solicita la tutela de los derechos fundamentales ya referidos, para lo cual pide se ordene al ISS le reconozca y pague su pensión de invalidez, así como el daño emergente ocasionado, el cual consiste en el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, junto con los intereses moratorios. Solicita igualmente que se compulsen copias para las investigaciones, administrativas, civiles o penales a que haya lugar.

Como pretensión especial, el accionante, con fundamento en los artículos 15, 21 y 32 de la Constitución Política, solicita que se preserven sus derechos fundamentales a la intimidad y a la honra.

2.2. Fundamento de la pretensión.

2.2.1. La presente solicitud de tutela se sustenta en las siguientes afirmaciones, hechos y medios de prueba.

- Manifiesta Juan que en tanto empleado de la empresa Alimentar Ltda., comenzó a cotizar a pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales -ISS, desde el 9 de junio de 1992.
- Para el día 29 de agosto de 1995, siendo portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH-SIDA2, ingresó al programa, que para el efecto, había implementado el ISS para pacientes afectados con esta enfermedad.
- A raíz de complicaciones surgidas a consecuencia de dicha enfermedad, fue

incapacitado por la EPS del ISS, desde el 11 de septiembre de 1995 hasta el 10 de febrero de 1996, cumpliendo así con una incapacidad de 180 días. Durante dicho periodo, presentó otras patologías como Herpes oral³, y candidiasis oral.⁴

- Para el 27 de marzo de 1996, la dependencia de Medicina Laboral de la EPS del ISS, emitió el dictamen médico No. 413, en el que determinó que el accionante presentaba una pérdida de capacidad laboral del sesenta por ciento (60%), con fecha de estructuración el 10 de febrero de 1994. Con este dictamen, el accionante elevó una petición el 17 de julio de 1996 al ISS, solicitando el reconocimiento de la respectiva pensión de invalidez. Sin embargo, mediante Resolución No. 016284 del 12 de septiembre de ese mismo año, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, negó el reconocimiento pensional solicitado, argumentando que en tanto la invalidez se había estructurado el 10 de febrero de 1994, a la luz de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), norma aplicable al caso concreto, el accionante tan solo había cotizado 67 semanas en los 6 años anteriores a la estructuración de su invalidez, no reuniendo las 150 semanas que exigía la norma, e incluso, no cumpliendo tampoco con las 300 semanas en cualquier época anterior a dicha invalidez⁵. De igual forma, se negó la indemnización sustitutiva al no reunir las 100 semanas, que para el efecto exigía el referido decreto.⁶

- Inconforme con lo resuelto, el actor interpuso recurso de apelación, solicitando de manera puntual, la realización de una nueva valoración médico laboral, a fin de que se revisara la fecha de estructuración de su estado de invalidez. Fue así como, la gerencia del ISS, mediante resolución No. 00137 dictada el 26 de agosto de 1998 confirmó la resolución que negó el reconocimiento pensional.

- Ante tal negativa, el actor afirma que ha presentado varios derechos de petición ante el ISS solicitando en todo momento el reconocimiento de su pensión de invalidez.⁷ Desafortunadamente, manifiesta que la respuesta siempre ha sido negativa.

- Posteriormente, el 1° de marzo de 2007 Juan promovió una acción de revocatoria directa, la cual fue negada mediante resolución No. 030370 de junio 6 de 2009.

- Frente al anterior panorama, Juan interpone la presente acción de tutela, pues advierte que la enfermedad que padece y que le causó una pérdida de capacidad laboral del 60%, con el transcurso del tiempo ha venido comprometiendo aún más su estado de salud, y en tanto

el ISS se ha negado a reconocerle su pensión de invalidez, considera que sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, al trabajo y a la dignidad humana, se encuentran vulnerados. Explica que por su delicado estado de salud, ya no está en capacidad de desarrollar ninguna actividad laboralmente productiva que le permita cubrir los gastos de su seguridad social y velar por las necesidades de su esposa e hijos.

- Agrega, que a consecuencia de su enfermedad, fue víctima el pasado 31 de agosto de 2008, de un infarto agudo al miocardio, originado, según afirma, en los antiretrovirales que debe tomar permanente, los que le han dificultado el manejo de otras dos enfermedades de base: una de ellas que supuso la obstrucción del 75% de una de sus arterias, a la cual no es posible colocarle un stend; y la otra, por el aumento del colesterol causada por la ingesta del antiretroviral.

2.2.2. Medios de Prueba allegados al expediente.

Obran dentro del expediente las siguientes pruebas documentales:

* fotocopia de la Resolución No. 016284 del 12 de septiembre de 1996, por la cual el ISS niega a Juan el reconocimiento de la pensión de invalidez y la indemnización sustitutiva. Dicha resolución establece que el accionante es trabajador independiente, nacido el 24 de mayo de 1963. Para efectos de tener claridad sobre lo resuelto por la entidad accionada, es pertinente transcribir los párrafos dos y tres de la referida resolución en los que se condensan los argumentos utilizados para negar tal derecho pensional. (folio 1).

“ Que cumplidos los trámites reglamentarios, se estableció que el(a) asegurado(a) a pesar de haber sido declarado inválido a partir del 10 de FEBRERO de 1994, solamente cotizó 67 semanas, dentro de los últimos seis (6) años anteriores a la invalidez y 67 en cualquier época anterior a ella, cuando el Artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), exige 150 o 300 semanas dentro del mismo lapso, razón por la cual se concluye que no hay derecho a la pensión.

- Que el asegurado tampoco tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión por invalidez, teniendo en cuenta que para obtener esta prestación se requiere que el asegurado tenga acreditadas no menos de 100 semanas de cotización, (sic) de las cuales deben corresponder al año a la declaratoria o estructuración de la invalidez, Artículo 9° del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758/90)."

- fotocopia del "recurso de apelación" que presentara Juan en contra de la resolución que negó su reconocimiento pensional. En dicho documento el actor solicita "una nueva valoración de medicina laboral con el fin de revisar nuevamente la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que considera que la tenida en cuenta en el trámite de reconocimiento pensional no corresponde con la realidad" (folio 2).

- fotocopia de la Resolución No. 00137 del 26 de agosto de 1998, por la cual se resolvió el recurso de apelación. Para efectos de mayor claridad de los hechos es menester transcribir el contenido de dicha resolución.

"[...] que el asegurado Juan, identificado con la C.C. 000, afiliación 979284190 del ISS S.C. y D.C. presentó el 17 de julio de 1996 solicitud de pensión de indemnización por invalidez de origen no profesional.

Que el ISS S.C. y D.C. mediante resolución No. 16284 del 12 de septiembre de 1996, negó la prestación solicitada por cuanto a pesar de haber sido declarado inválido a partir del 10 de febrero de 1994, como consta en el dictamen médico No. 413 del 27 de marzo de 1996, con porcentaje de pérdida de capacidad laboral del sesenta por ciento (60%), solamente cotizó 67 semanas dentro de los últimos seis (6) años anteriores a la estructuración y 67 en cualquier época anterior a ella, cuando el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), norma aplicable al caso concreto exige 150 o 300 semanas dentro del mismo lapso.

Que contra la citada resolución el afiliado interpuso recurso de apelación (folio 36) solicitando en síntesis se le practique nueva valoración médico laboral con el fin de revisar la fecha de estructuración de su estado de invalidez.

Que a fin de resolver el recurso de apelación se efectuó un nuevo estudio de lo obrante, junto con nuevas pruebas allegadas para el efecto, encontrando que:

* A folio 27, obra dictamen médico laboral de la sección de medicina laboral del ISS. S.C. y D.C. No. 413 del 27 de marzo de 1996, en el que se conceptúa que el asegurado es inválido, con una pérdida de capacidad laboral del 60%, fijándole como fecha de estructuración de tal estado, el 10 de febrero de 1994.

* Con ocasión del recurso que nos ocupa, se solicitó nuevo dictamen a medicina laboral del ISS, Nivel Nacional, cuyo resultado obra a folio 55 con oficio M.L.S.C. 032 del 16 de abril de 1998 donde se concluyó: 'Decidiendo con base en el manual único para la calificación de la invalidez presenta una pérdida de capacidad laboral del 59,35%, estructurada el 10 de febrero de 1994'.

* Según certificado de semanas y categorías, visibles a folio 28, el asegurado sólo cotizó al ISS un total de 67 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración de su estado de invalidez (10 febrero/94) con el No. de afiliación 979284190, a través de las empresas 'Alimentar Bogotá Ltda..' y como trabajador independiente.

Que el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), vigente a la fecha de estructuración del estado de invalidez, establece que para tener derecho a la pensión por invalidez de origen no profesional, se requiere: a) ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido; y, b) haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte 150 semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.

Que de lo anterior se concluye que el asegurado no es acreedor a la pensión de invalidez, toda vez que no reúne la densidad de semanas cotizadas que para tal efecto exige los reglamentos del ISS, antes citados, esto es, 150 semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier época, ya que entre el 10 de febrero de 1988 y el 10 de febrero de 1994, cotizó 67 semanas para estos riesgos en toda la historia laboral ante el instituto con anterioridad al estado de invalidez."

Por las anteriores consideraciones se confirmó la resolución que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez. (La anterior resolución obra a folios 3 y 4).

- fotocopia de la resolución No. 030370 del 6 de julio de 2009, por la cual se resolvió una solicitud en el Sistema General de Pensiones - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. Esta resolución, inicia por señalar que el ISS expidió una resolución que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez no profesional del accionante, y que posteriormente al resolver la apelación, confirmó tal negativa. Seguidamente inició la explicación de nuevos argumentos jurídicos, que para efectos de mantener la claridad y exactitud de los conceptos de la resolución que se aportó como prueba, se procederá a transcribir parte de ésta.

“Que el 01 de de abril de 2005, el señor Juan, en ejercicio del derecho de petición solicitó al ISS revisar la Resolución No. 00137 del 26 de agosto de 1998 porque la Junta Calificadora que decidió negar su solicitud de pensión o indemnización por invalidez no profesional carecía de competencia según sentencia del Consejo de Estado No. 11.801 del 24 de abril de 1997.

Que el 14 de septiembre de 2007 el señor Juan solicita se le informe sobre el trámite de la solicitud de revocatoria directa que presentó el 01 de marzo de 2007.

Que el señor Juan instauró acción de tutela, de la cual conoció el JUZGADO 11 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, Despacho que ordenó al ISS dar respuesta a la petición impetrada.

Que con el propósito de dar respuesta a la solicitud elevada por el peticionario, se efectuó estudio de los documentos obrantes en el expediente No. 00097 encontrando:

Que a folio 24 obra Registro Civil de Nacimiento del asegurado, donde indica que nació el 24 de mayo de 1963.9

Que a folio 26 del cuaderno administrativo obra dictamen de calificación de invalidez de fecha 27 de marzo de 1996, emitido por Medicina Laboral Pensiones Seccional Cundinamarca - donde indica como fecha de estructuración de la invalidez el 10 de febrero de 1994, y con una pérdida de la capacidad laboral del 60%.

Que de conformidad con la fecha de estructuración de la invalidez la norma aplicable es el Decreto 758 de 1990 que establece:

‘Artículo 6° REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de

invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.'

Que analizada la historia laboral actualizada con fecha de proceso 27 de abril de 2009, y los documentos obrantes en el expediente, se estableció que el señor Juan, cotizó para los riesgos de I.V.M. de forma interrumpida, desde el 09 de junio de 1992 hasta el 30 de abril de 2009.

Que el asegurado acredita 67 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del Estado de Invalidez y el mismo número de semanas (67) con anterioridad a la fecha de estructuración.

Que de acuerdo con lo anterior, el afiliado no cumple el mínimo de semanas cotizadas al Sistema de Pensiones, siendo improcedente el reconocimiento de la pensión de invalidez y la indemnización sustitutiva de la misma,.

Que el asegurado tampoco tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que para obtener esta prestación se requiere que el asegurado tenga acreditadas no menos de 100 semanas de cotización, 25 de las cuales deben corresponder al año anterior a la declaratoria o estructuración de la invalidez, Artículo 9° del acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990).

Que en ese orden de ideas el asegurado puede continuar cotizando hasta alcanzar su pensión de vejez.”(Negrilla y subraya fuera del texto original).”

Por las anteriores consideraciones, se confirmó la resolución No. 00137 de agosto 26 de 1998, que hizo lo mismo respecto de la resolución No. 016264 de septiembre 12 de 1996 que en su momento negó la pensión de invalidez de origen no profesional. (La anterior resolución obra a folios 5 a 7).

3. Respuesta de la entidad accionada.

El Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, mediante oficio N° 3837 del 19 de noviembre de 2009, notificó al Seguro Social el 23 del mismo mes, el inicio del trámite de ésta acción de tutela a efectos de que ejerciera su derecho de defensa. No obstante, el Seguro Social no intervino.

4. Decisiones de tutela objeto de revisión: sentencia emitida por:

4.1. Primera Instancia. Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá.

En sentencia del 26 de noviembre de 2009, el a quo negó el amparo solicitado. Como consideraciones expuso el hecho de que este mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales solo prospera ante la prueba de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, y no ante el relato de una serie de acontecimientos que no dan cuenta de la afectación de derecho fundamental alguno por parte de la accionada.

Señala igualmente, que además de la protección de los derechos fundamentales que puede ofrecer el juez de tutela, éste también tiene la posibilidad de ordenar la indemnización en abstracto del daño emergente, “cuando (i) ello es necesario para asegurar el goce efectivo del derecho; (ii) el afectado no disponga de otro medio judicial; y (iii) la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.”

A partir de dicha consideración y aplicándola al caso concreto, el juez de instancia advierte que la indemnización en abstracto es excepcional, y que por regla general la Corte ha considerado que ésta no se logra por este medio judicial. Por ello, al no advertirse actuación u omisión por parte del Instituto de Seguros Sociales que hubiere vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante, la misma no es procedente.

4.2. Impugnación.

Por el contrario, insistió en que el eje central de su acción de tutela, gira en torno a la vulneración de sus derechos fundamentales ante la negativa del ISS, de reconocerle la pensión de invalidez en vista de la pérdida del 60% de su capacidad laboral. Recuerda que como persona portadora de VIH-SIDA, enfermedad catastrófica y sin cura, solicita se apliquen las leyes y jurisprudencia de las Altas Cortes, que amparan los derechos fundamentales de las personas que padecen esta enfermedad.

Es por la anterior razón que reclama la protección de los derechos fundamentales, ordenando para ello, que el ISS le reconozca su condición de invalidez a la luz de las últimas leyes y jurisprudencias emanadas de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, todo ello, en aras de garantizar el respeto de su derecho fundamental a la vida digna y al principio de solidaridad.

4.3. Segunda Instancia. Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

En sentencia del 16 de diciembre de 2009, el ad quem resolvió confirmar la decisión de primera instancia.

Señaló inicialmente, que el Decreto 2591 de 1991 es claro en señalar que este mecanismo judicial solo procederá ante la violación de derechos fundamentales y en ausencia de otros mecanismos judiciales de protección, o cuando existiendo estos, no resulten eficaces en la protección de tales derechos. Así, según la sentencia T-128 de 2007, dictada por la Corte, la acción de tutela, no procede, por regla general, en contra de actos administrativos, pues en el ordenamiento jurídico están previstas para tal efecto, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual existe un mecanismo judicial de defensa, que excluye la acción de tutela como vía judicial, tornándola de esta manera improcedente. Si de todos modos, la acción de tutela fuera promovida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, deberá el juez constitucional, verificar que la parte accionada haya desarrollado una actuación manifiestamente irregular, que no puede ser evitada mediante un mecanismo judicial ordinario.

Así, de los hechos relatados en el presente caso, como del acervo probatorio existente, se concluye que esta acción de tutela no es viable pues no se advierte una actuación abiertamente irregular en contra del accionante y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, las resoluciones que negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez se soportaron en el hecho de que el accionante tan solo cotizó 67 semanas dentro de los últimos seis años anteriores a la declaratoria de su estado de invalidez, y que el mismo número de semanas se cotizó con anterioridad a dicha estructuración en cualquier época, cuando la norma exige 150 en los seis años anteriores a la estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo (Decreto 758 de 1990). Por las anteriores razones la decisión impugnada, fue confirmada.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección Número Dos del diez y nueve (19) de febrero de dos mil diez (2010).

2. Problema jurídico-constitucional.

2.1. De conformidad con los antecedentes de la acción de tutela de la referencia debe esta Sala de Revisión establecer si el ISS ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad invocados por el accionante al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento que no cumple con los requisitos señalados en el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990), los que son necesarios para tal reconocimiento, ello es, por no reunir el mínimo de semanas cotizadas para tal reconocimiento..

2.2. Para resolver el anterior problema, la Corte se pronunciará sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de prestaciones de orden pensional, exponiendo de paso su posición jurisprudencial respecto de la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de las personas portadoras de VIH – SIDA. Posteriormente, se (ii) reiterará la jurisprudencia sentada por esta misma Corporación respecto del principio de progresividad en el Sistema General de Seguridad Social. Expuestas estas primeras consideraciones jurídicas, y atendiendo el tema del reconocimiento pensional solicitado, (iii) se señalarán los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la legislación. Seguidamente, se recordará (iv) la regla jurídica para determinar el régimen legal aplicable para reconocer la pensión de invalidez, y de igual forma se deberá plantear la excepción jurisprudencial a dicha regla, su formulación a la luz de los principios de favorabilidad y de progresividad, particularmente cuando la persona declarada inválida ha continuado realizando aportes al sistema general de pensiones. Finalmente, (v) se resolverá el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de otros medios de defensa

judicial en el caso de reclamaciones pensionales. Línea jurisprudencial en torno al reconocimiento pensional de personas portadoras del VIH-SIDA.

3.1 Debe recordarse inicialmente, que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter excepcional, orientado a la protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos definidos por la ley.

Aún cuando el artículo 86 de la Constitución Política, y la reiterada jurisprudencia constitucional¹⁰, han hecho especial énfasis en el carácter subsidiario¹¹ de la acción de tutela como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales, su procedencia puede darse de manera excepcional, cuando el o los mecanismos judiciales ordinarios existentes, no sean lo suficientemente eficaces para la adecuada protección de tales derechos fundamentales. En estos casos, la acción de tutela será viable de manera transitoria, solo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y su protección se extenderá hasta tanto haya un pronunciamiento de fondo sobre la materia objeto de litigio.¹²

Así, en los casos de reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, se ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para lograrlo, en tanto es a la justicia ordinaria laboral o contencioso administrativa a quien le compete resolver tales asuntos, pues por corresponder a problemas de naturaleza legal, escapan a la competencia del juez constitucional.

3.2 No obstante, la Corte Constitucional ha considerado, de manera excepcional, la viabilidad de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento, restablecimiento y pago de derechos pensionales, aún en presencia de otros medios de defensa judicial, cuando se ha advertido que de tal reconocimiento depende la protección de otros derechos de raigambre constitucional. Así, en el caso de la pensión de invalidez, la posición jurisprudencial es distinta, pues cuando se ha impartido la orden de reconocer y pagar una pensión de invalidez, ello ha sido en razón de que esta prestación, además de “gozar de una garantía constitucional reforzada cuando está en juego el mínimo vital de su titular y el de su núcleo familiar”¹³, la evolución conceptual desde el punto de vista jurisprudencial se ha

encaminado al reconocimiento de la pensión de invalidez como un derecho fundamental per se.

“Cuando la pensión de invalidez adquiere relevancia constitucional por su relación directa con la protección de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la integridad física, al trabajo o la igualdad,¹⁴ su reconocimiento y pago sí pueden ser reclamados mediante el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.¹⁵

Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”¹⁶ (Negrilla fuera de texto).

3.3 De otra parte, cuando el juez constitucional, analiza la procedibilidad de la tutela que se promueve con el fin de obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, debe valorar igualmente, las condiciones particulares e individuales de la persona que reclama el amparo de sus derechos, en tanto es la misma Carta Política la que ha dispuesto una especial protección a ciertos grupos sociales como los niños, las mujeres embarazadas, los ancianos, las minorías étnicas o las personas que sufren de algún tipo de discapacidad, pues respecto de estas, el juicio de procedibilidad ha de ser menos riguroso.¹⁷ Simultáneamente el juez de tutela analizará las circunstancias particulares del caso concreto, para determinar la viabilidad de ésta vía judicial, lo que le permitirá establecer si el problema jurídico planteado es realmente de carácter constitucional, caso en el cual la protección por esta vía excepcional será factible.¹⁸ Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“La verificación de estos requisitos debe ser efectuada por los jueces en forma estricta, por virtud del referido carácter subsidiario de la tutela; no obstante, en ciertos casos el análisis

de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.¹⁹

3.4 Finalmente, debemos recordar que la misma jurisprudencia constitucional ha señalado que no resulta aceptable someter a las personas con una particular condición de vulnerabilidad, al agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasiego judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales, pues de someterlas a dichos trámites se podría llegar a comprometer hasta su propia dignidad²⁰.

3.5 Ahora bien, en el caso de la protección de los derechos fundamentales de las personas portadoras de VIH – SIDA, es menester señalar inicialmente, que dadas las complejas y catastróficas consecuencias que comporta el Virus de Inmunodeficiencia Humana, afectando la vida y la dignidad de quien la padece, también se observa el compromiso de otros derechos fundamentales. Por ello, en vista de las especiales circunstancias que rodean a estas personas, la Corte Constitucional ha encontrado argumentos suficientes para desarrollar abundante jurisprudencia, en la que ha primado la protección constitucional de los derechos fundamentales de las personas portadoras de esta enfermedad.²¹

Así, ha sido de primordial interés para el juez constitucional, la intención de proteger de manera efectiva el derecho a la dignidad²² de las personas afectadas por el VIH, procurando evitar que dichas personas sean víctimas de tratos degradantes o discriminatorios. En sentencia T-843 de 2004, la Corte hizo referencia a las consecuencias de dicha enfermedad y a las medidas especiales que debe adoptar el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas, señalando lo siguiente:

“[...] la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte²³.

La protección especial a ese grupo poblacional²⁴ está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana²⁵ de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios²⁶. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación”²⁷.

3.6 Esta posición jurisprudencial se refuerza con otros pronunciamientos jurisprudenciales muy puntuales, como la sentencia T-262 de 2005, que indicó que “se ha considerado que el V.I.H. – SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.” Y es con base en dicho planteamiento que la misma Corte en sentencia T-452 de 2009 manifestó que “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con

un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los peticionarios en estas condiciones que acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios²⁸”.

No obstante, en el caso de las personas afectadas por el VIH SIDA, o en similares circunstancias de vulnerabilidad, la jurisprudencia constitucional ha considerado, que advertida por el juez de tutela, que la vulneración de los derechos cuya protección se reclama ha persistido en el tiempo³⁰, y que para el cumplimiento de tal derecho, la interposición de la acción de tutela, no solo conserva toda su validez, para reclamar el reconocimiento de un derecho irrenunciable, sino que además no tiene caducidad para su ejercicio³¹.

4. Principio de progresividad en el Sistema General de Seguridad Social. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política dispone claramente en sus artículos 48, 49 y 53 que la seguridad social tiene una doble connotación jurídica: por una parte es un derecho irrenunciable y por la otra, es un servicio público obligatorio. ³²

4.1 A partir de esta doble connotación, la jurisprudencia constitucional ha señalado inicialmente, que la protección de la Seguridad Social como derecho, “resulta de la adopción del modelo de Estado Social de Derecho en Colombia, en la medida que supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios se han visto deterioradas en la medida en que estas circunstancias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo”³³.

Partiendo de este entorno constitucional, se ha desarrollado un amplio soporte legal, que establece los mecanismos para la garantía efectiva en el ejercicio de tal derecho. La principal norma, que bajo la vigencia de la nueva Carta Política se implementó, fue la Ley 100 de 1993. En ella, se tuvo especial cuidado en definir los objetivos generales del Sistema General

de Seguridad Social, así como los demás elementos esenciales para la adecuada y efectiva estructuración de un sistema jurídico e institucional de tal complejidad. Así, señaló quiénes son los miembros que integran el SGSS, cuáles las prestaciones y riesgos a cubrir, cuál la población destinataria de los cubrimientos y cuáles los requisitos a cumplir para acceder a los beneficios contemplados en tal sistema de seguridad social.

4.2 Ahora bien, como lo señala el mismo artículo 48 Superior, la prestación de la seguridad social se soporta en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad, haciendo especial énfasis en este último, en tanto responde a los compromisos que en el ámbito del derecho internacional adquirió el Estado colombiano, al suscribir convenciones como la de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -“Protocolo de San Salvador”-, impidiendo que estos derechos tengan un desarrollo regresivo respecto de los niveles de protección alcanzados en el marco de normatividades anteriores.

4.3 Para tener un mejor acercamiento al principio de progresividad, la jurisprudencia de esta Corporación³⁴ ha considerado en fallos, como la sentencia T-628 de 2007, que la integración del principio de progresividad en la seguridad social, responde a parámetros establecidos en los informes del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señalaron lo siguiente:

“i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudir a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Corte³⁵ ha referido iv) a la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad” (Negrilla en el texto original).

4.4 Es claro entonces, que cualquier regulación normativa que no integre mayores beneficios

de protección a los derechos que integran la seguridad social, se entenderán como contrarios a la Constitución, y ello supondrá entonces, el desconocimiento de otro de los principios fundamentales de la Seguridad Social, como es el de la universalidad, entendido este, como la posibilidad de que contenidos mínimos de esos derechos prestacionales deban garantizarse en igualdad de posibilidades a un número cada vez mayor de personas. Sobre este punto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo criterio es relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales, manifestó lo siguiente:

“las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No. 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que ‘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’³⁶. Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas”, y por ello “si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.³⁷”

4.5 Con todo, el que el legislador cree o modifique algunos requisitos para acceder a tales derechos prestacionales, con el fin de asegurar una mejora material cuando estos sean reconocidos, no puede ser entendido como una conducta legislativa regresiva. Tal y como se reiterara en sentencia T-710 de 2009, la jurisprudencia ha establecido que no toda regulación más estricta en la forma de satisfacer un derecho social significa que se esté dando marcha atrás en ese aspecto, como ocurre cuando se plantea un incremento en las cotizaciones, ante la necesaria actualización de las contribuciones para mantener la viabilidad del sistema. En el mismo sentido la sentencia T-043 de 2007 expuso lo siguiente:

“[...] la Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas”.

4.6 De esta manera, la incorporación del principio de progresividad en el texto de la Constitución Política en su artículo 48, garantiza indefectiblemente que la ampliación en la cobertura en seguridad social, solo se alcanzará cuando se haya dado una cobertura universal de los contenidos mínimos de los derechos sociales consagrados constitucional y legalmente.

5. Requisitos normativos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

5.1 El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fue diseñado para asegurar a los afiliados en los riesgos de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas por la ley. Sin embargo, este sistema debe igualmente asegurar la ampliación en la cobertura pensional hacia segmentos de población no cubiertos con un sistema de estas características. (Artículo 10 de la Ley 100 de 1993).

En el caso de la pensión por invalidez, ésta prestación se orienta a la protección de los riesgos o contingencias surgidas con ocasión de algún estado de incapacidad del trabajador, a consecuencia de una disminución sustancial de su capacidad laboral que le impida seguir trabajando. Así, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se considera como inválida la persona a quien se le haya calificado una disminución o pérdida de su capacidad

laboral igual o superior al 50% de su potencial laboral.

Calificada la condición de invalidez de un trabajador, la carga prestacional que se reconozca a partir de tal condición será asumida por el sistema de seguridad social en los términos consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, en tanto le corresponde al Estado, dirigir, coordinar y controlar el sistema de seguridad social con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.³⁸

5.2 Establecido así el marco conceptual y constitucional de la seguridad social en pensiones, es necesario hacer un breve recuento de la evolución normativa sobre el derecho a la pensión de invalidez.

5.2.1 Para el 1° de enero de 1967, el riesgo de invalidez de los trabajadores, fue asumido por el Instituto de los Seguros Sociales (artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo –C.S.T.). Con la expedición del Decreto 3041 de 1966 o Reglamento General del Instituto de los Seguros Sociales se indicó la forma en que se reconocerían las pensiones por vejez, invalidez³⁹ y muerte⁴⁰.

5.2.2 Posteriormente, se expidió el Decreto 232 de 1984, el cual modificó la anterior norma, ajustando los requisitos de cotización para asegurar el reconocimiento de una pensión de invalidez⁴¹.

5.2.3 A los pocos años se dictó el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 dictado por el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, norma que si bien no incluyó cambios sustanciales en los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, sí aclaró que para obtener el reconocimiento pensional por este riesgo, se debía:

- i. ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran o inválido y,
- ii) haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

5.2.4 Ya bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 100 de 1993, la

cual entró a regir el 1° de abril de 1994. Esta nueva ley definió que una persona sería calificada como inválida, si la pérdida de su capacidad laboral⁴² fuera del 50% o más de su capacidad laboral (artículo 38). Por su parte, el texto original del artículo 39 de la misma ley señaló los requisitos mínimos para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez.

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

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

5.2.5 Esta Ley 100 de 1993 tuvo dos reformas. La primera, con la expedición de la Ley 797 de 2003, que en su artículo 1143 había dispuesto nuevos y más exigentes requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez. No obstante, en sentencia C-1056 de ese mismo año, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del anotado artículo.

5.2.6 Seguidamente, se expidió la Ley 860 de 2003, norma que insistió en la imposición de nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, los que si bien fueron menos exigentes que los planteados en su momento por la Ley 797, resultaron de todos modos más rigurosos que los originalmente establecidos en la Ley 100 de 1993. Así, la ley 860 señaló lo siguiente:

* Se exige un mínimo de 50 semanas cotizadas en un periodo de los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

* La persona declarada inválida, debía demostrar al sistema una fidelidad de por lo menos el 20% del lapso comprendido entre la fecha en que cumplió 20 años, y la fecha de su primera calificación de invalidez.

Ante la evidente regresividad que planteaba en especial el requisito de fidelidad al sistema, la Corte, en sentencia C-428 del 1° de julio de 2009, analizó el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y consideró que el mismo “resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo anteriormente contemplado en el precepto 39 de la Ley 100 de 1993”.⁴⁴ Debe aclararse que antes de producirse el referido fallo de constitucionalidad, esta Corporación venía inaplicando el referido artículo 1° de la Ley 860/03, por vía de la excepción de inconstitucionalidad, mecanismo judicial al que se acudía, previa verificación de la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la norma frente a la situación específica a resolver.

5.3 Si bien se ha expuesto la evolución normativa del tema concerniente a la pensión de invalidez y los requisitos que se deben reunir para su reconocimiento, es pertinente hacer claridad en relación con el tema concerniente a la declaratoria de invalidez de una persona.

En efecto, ha de entenderse que una persona es declarada inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial y permanente de por lo menos la mitad de sus capacidades físicas e intelectuales, lo que la imposibilita o le impide desarrollar una actividad laboralmente remunerada. En este mismo sentido, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en uno de sus fallos determinó que una persona podrá calificarse como inválida, el día en que “le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”⁴⁵. Esta jurisprudencia coincide con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, que señala que el momento de estructuración de la invalidez de una persona es “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”

Así, una persona que ha perdido por lo menos el cincuenta por ciento del conjunto de habilidades destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten desarrollar un trabajo habitual y percibir por el mismo una retribución económica, no podrá en consecuencia seguir cotizando al sistema general de seguridad social, tanto en salud como en pensiones, en su condición de trabajador activo. Por ello, la determinación de la fecha de estructuración de invalidez ha de establecerse de manera exacta, y no debe confundirse con una simple situación incidental o un episodio clínico aislado, que repose o esté acreditado en

la historia clínica de la persona, pues si bien esta información es un testimonio documental del motivo de una enfermedad, que puede ser el origen y causa de la posterior invalidez, en ese momento, la aparición de esa enfermedad, no tiene la entidad suficiente para que sea la razón para declarar la invalidez de la persona, y por ello, no podrá ser tenido como la fecha en que tal invalidez se estructuró.

Se hace esta claridad, pues en enfermedades que por su evolución y complejidad suelen ser degenerativas y catastróficas, como es el caso del VIH-SIDA, la persona diagnosticada como portadora de esta enfermedad, puede continuar con una vida relativamente normal, y seguir trabajando y realizando cotizaciones por periodos de tiempo bastante largos, cotizaciones que son lo suficientemente importantes y valiosas como para que, llegado el momento en que definitivamente su enfermedad le impida seguir laborando, no sean tenidas en cuenta al momento de ser calificada como persona inválida.

6. Regla jurídica para determinar el régimen legal aplicable para reconocer la pensión de invalidez. Importancia del principio de favorabilidad y de progresividad, en el caso de las personas que habiendo sido declaradas inválidas, continuaron realizando aportes al sistema pensional.

6.1 La Corte Constitucional, ha considerado, y así lo ha plasmado en sus fallos, que de acuerdo a la ley⁴⁶ y el precedente jurisprudencial⁴⁷, el régimen jurídico aplicable para reconocer una pensión de invalidez, es el vigente al momento de estructurarse tal invalidez⁴⁸. La sentencia T-043 de 2007 proferida por esta Corporación ha sido muy clara en manifestar lo siguiente:

“Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente [...].”

No obstante, la aplicación de esta regla no resulta muy afortunada. Para solucionar dichas complejidades jurídicas, se debe acudir al principio hermenéutico de la favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, esencial para resolver las dudas que puedan

generarse en la aplicación de la ley laboral y sus derivados. El principio de favorabilidad⁴⁹ en la interpretación y aplicación de la norma, además de ser un mandato constitucional, encuentra respaldo en la legislación y en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de seguridad social.⁵⁰

En lo que concierne a la jurisprudencia de esta Corporación, la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional, ha sido reiterado. Al respecto, en la sentencia C-168 de 1995 se dijo lo siguiente:

“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; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. [...] Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.” ⁵¹

6.2 En virtud de lo dicho en la sentencia citada, en el presente caso, el accionante ha venido cotizando para los riesgos de I. V. M. bajo la vigencia de varias de los regímenes legales que han existido desde 1990 hasta la fecha. En efecto, como se recuerda, Juan comenzó a cotizar bajo la vigencia del Decreto 758 de 1990, alcanzando a cotizar también con la Ley 100 de 1993, momento para el que ya se había calificado su estado de invalidez. Si bien la calificación de su invalidez se hizo el 27 de marzo de 1996, la estructuración se estableció para el 10 de febrero de 1994, momento para el cual la Ley 100 de 1993 no había entrado a regir aún (1° de abril de 1994).

Ante la negativa de la entidad accionada en reconocer al accionante su pensión de invalidez o incluso la indemnización sustitutiva, el accionante insistió en la búsqueda de tal reconocimiento pensional, a través de varias actuaciones como derechos de petición, y más recientemente, en el año 2007, con la interposición de una acción de revocatoria directa, la

cual le fue resuelta negativamente en junio de 2009.

6.4 Frente este panorama, y en razón a que las afirmaciones hechas por el accionante no fueron controvertidas en ningún momento por el ISS, ni desvirtuadas por los jueces de instancia, esta Sala de Revisión, en aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, las tendrá por ciertas, y por ello considera que la condición de Juan como portador del virus VIH-SIDA y como inválido desde febrero de 1994, se consolidó en una situación definitiva, cuando el pasado mes de abril de 2009 dejó de cotizar al sistema, ante la imposibilidad de trabajar. Recordemos que a pesar del alto porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le fuera calificada desde años atrás, Juan siguió cotizando, hasta hace poco más de un año, ante el deterioro de su salud, lo que confirma que en la actualidad no tenga medios económicos para asumir su subsistencia y la de su esposa e hijos. Esta situación de absoluta incapacidad para laborar, que define la invalidez de una persona, coincide plenamente con el planteamiento hecho por la Corte Suprema de Justicia en una de sus sentencias.⁵² Y al cual ya se hizo mención.

6.5 Tras la explicación de las anteriores circunstancias fácticas del caso objeto de revisión, es evidente que el juez constitucional no debe olvidar la especial condición de vulnerabilidad del sujeto que reclama la protección de sus derechos, y del enorme esfuerzo que, en no pocos casos, estas personas hacen al insistir en seguir cotizando al SGSS, a pesar del avance progresivo de la enfermedad y del inevitable cese de su actividad laboral ante el contundente deterioro de su salud, lo que los obliga en ese momento, a solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación. En estos eventos, la Corte constitucional ha considerado que no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales.⁵³

La sentencia T-043 de 2007, dijo sobre este punto lo siguiente:

“[...] La aplicación de la nueva norma resulta desproporcionada toda vez que, como se ha indicado, la Ley 860/03 no contempló medidas que permitieran amparar a las personas afectadas con este tránsito normativo, y dado que el accionante cumplía con los requisitos de la normatividad anterior, ley 100/93, su expectativa de seguro se ha visto frustrada al no cumplir con los requisitos más exigentes de la nueva norma.

Adicionalmente, debe advertirse que de las pruebas anexadas al expediente se logró constatar que el accionante Silva Durán, contrario sensu a lo dispuesto por el ISS en la resolución que negó la pensión de invalidez, sí contaba con semanas cotizadas durante los tres años anteriores a la estructuración. En efecto, como se deriva de la Historia Laboral de Pensionados que es expedida por el Seguro Social (Fls. 36 y 37) y de los reportes de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral el accionante contaba con 40 semanas cotizadas antes de la estructuración; sin embargo, el ISS afirmó que no contaba con ninguna semana cotizada en este periodo de tiempo. Aún más, de las pruebas que obran en el expediente se desprende que el accionante alcanzó a realizar cotizaciones posteriores a la estructuración de su invalidez, las cuales tampoco fueron tenidas en cuenta por parte del Instituto. Ante este nuevo hecho, la Sala concluye que exigirle al accionante el cumplimiento de los requisitos de la Ley 860/03, que como se ha constatado resultan ser más exigentes en relación a los establecidos en la ley 100/93, se muestra irrazonable, en tanto afecta gravemente su mínimo vital y el de sus hijos menores, sujetos de especial protección constitucional.

En consecuencia, y como se indicó en el caso anterior, exigir el cumplimiento de los requisitos de la Ley 860/03 en el caso concreto que se estudia es incompatible con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales. Esta situación tiene mayores implicaciones en términos de derechos fundamentales, en la medida en que afecta gravemente el mínimo vital del accionante y su núcleo familiar, a la vez que desconoce la especial protección que merecen las personas discapacitadas. Por todo lo anterior, y como ya se ha explicado en asuntos similares al presente, se dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, y en su lugar, se ordenará que la entidad accionada proceda a estudiar la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez teniendo como sustento normativo la Ley 100/93 en su versión original, norma que se muestra más favorable en el caso concreto.”

Igual circunstancia fue resuelta por esta Corporación en sentencia T-699A de 2007, al analizar un caso en el que una persona enferma de SIDA, había cotizado al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, y en la que se afirmó:

“6.2 Así pues, el carácter progresivo del SIDA puede determinar que el estado de salud de la persona contagiada le impida continuar desempeñando sus actividades laborales, motivo por

el cual se ve en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, para lo cual se debe analizar el cumplimiento de los requisitos legales a la luz del carácter sui generis de esta enfermedad.

En este contexto, es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos. Así, cabría cuestionarse si es procedente que la respectiva

A.F.P. desconozca las cotizaciones realizadas desde la fecha de estructuración hasta el momento de la calificación, cuando efectivamente se pudo establecer el estado de invalidez.

Es de anotar que la anterior dificultad se refiere a aquellos casos en que enfermedades de tipo degenerativo determinan que el afectado continúa cotizando después de una fecha de estructuración que se fija posteriormente en la calificación de la pérdida de las capacidades laborales, mas no cuando a una persona ya se le hubiere practicado la calificación en la que constase el estado de invalidez y pretendiera que se tuviesen en cuenta las cotizaciones que, eventualmente, pudiese haber hecho después de la certificación de la invalidez”.

6.7 En el presente caso, se advierte que lo ocurrido a Juan le supuso la imposición de una carga muy alta, pues a pesar de haber sido calificado como inválido en un 60%, la necesidad de procurarse un ingreso para él y su familia, y de cubrir su seguridad social, lo obligó a cotizar interrumpidamente al sistema por más de 15 años, y todo ello, a consecuencia del desconocimiento por parte de la entidad accionada de principios constitucionales y de sus condiciones particulares.

6.8. Como se advirtiera en la anterior cita jurisprudencial, no resulta aceptable que en los procesos de reconocimiento de las pensiones de invalidez, el sistema de seguridad social, y en particular sus operadores, desconozcan o no tengan en cuenta, por razones de una interpretación literal y rígida de las normas, los pocos o muchos aportes que puedan causarse, entre la fecha de estructuración de la invalidez, y la fecha en se profiere el dictamen que determina dicha estructuración. Ciertamente, si se mira en una línea de tiempo, estos dos momentos (calificación y estructuración), estos se acercan o alejan entre sí, dependiendo las circunstancias que causan u originan la pérdida de la capacidad laboral de la persona. Por ello, no es consecuente con los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social (SGSS) que las cotizaciones que se hubiesen causado durante el tiempo transcurrido entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de la calificación de ésta, no sean contabilizadas como aportes válidos para el reconocimiento pensional que se pueda llegar a reclamar.

6.9 En el caso particular de las enfermedades degenerativas, que como sucede con el VIH-SIDA, permiten que quien sea portador o padezca una enfermedad de estas características,

logre desarrollar una actividad económicamente productiva, y que a consecuencia de su actividad laboral, realice aportes o cotizaciones al sistema pensional, en periodos de tiempo que pueden extenderse hasta por varios años. Así, una persona portadora de VIH-SIDA o afectada con una enfermedad cuyo proceso es degenerativo pero controlable médicamente, no solo verá garantizado su derecho a la vida y a la salud, sino que también, podrá ver protegido su derecho a la dignidad, en tanto persona que puede valerse por si misma y que es productiva para la sociedad. Por ello, se insiste, que la condición de invalidez de una persona no siempre corresponde o coincide con el relato histórico de la ocurrencia de un suceso médico o un episodio clínico, sino con el momento en que sus condiciones físicas, síquicas o mentales le impiden seguir siendo económicamente productiva.

6.10 En conclusión, el juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la enfermedad, y la fecha de su calificación, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales, y la aplicación del principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe aplicarse al caso concreto, además de que la persona pudo estar laborando y por lo mismo contribuyendo al sistema, aún después de estructurada su invalidez.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, la Sala resolverá el presente caso.

7. Caso concreto.

Recordemos que Juan comenzó a cotizar al ISS desde el 9 de junio de 1992, cuando laboraba para la empresa Alimentar Ltda., y que el 27 de marzo de 1996, la dependencia de Medicina Laboral del ISS, profirió un dictamen médico en el que estableció que Juan tenía una pérdida de capacidad laboral del 60 %, causada por el virus VIH-SIDA. Si bien el dictamen se hizo en 1996, la invalidez se había estructurado el 10 de febrero de 1994. Establecida su condición de persona inválida, Juan solicitó el reconocimiento pensional correspondiente, siéndole negado por el ISS mediante resolución No. 016284 del 12 de septiembre de 1996. Esta decisión fue confirmada mediante resolución No. 00137 del 26 de agosto de 1998 expedida por la misma entidad. Los fundamentos de tales decisiones fueron los mismos en ambos casos, y coincidían en que el actor no cumplía los requisitos contenidos en el Decreto 758 de

1990, necesarios para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen no profesional, como era que tenía que haber cotizado cuando menos 150 semanas en los seis años anteriores a la estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier época. Sin embargo, según la historia laboral de Juan, éste sólo había cotizado 67 semanas en los seis años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, y el mismo número de semanas en cualquier época. Así mismo, se negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por cuanto tampoco cumplía con el requisito de mínimo 100 semanas cotizadas antes de la estructuración de la invalidez.

A partir de ese momento y luego de varios derechos de petición que Juan afirma haber presentado al ISS, y en los que solicitó el reconocimiento pensional, el actor decidió presentar el 1° de marzo de 2007, un recurso de revocatoria directa. Tras cerca de dos años, y mediando una acción de tutela para que dicho recurso fuera resuelto, el ISS mediante Resolución No. 030370 de junio 6 de 2009, decidió confirmar las resoluciones que desde un principio habían negado el reconocimiento pensional reclamado por el accionante.

Frente a este panorama y ante la imposibilidad actual de desarrollar una actividad laboralmente productiva que le permita cubrir sus gastos de seguridad social, y el sostenimiento de su esposa e hijos, Juan interpuso la presente acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad, lo cual se logrará con el reconocimiento de su pensión de invalidez.

En lo que respecta a la entidad accionada, esta no dio respuesta a la presente acción de tutela. Por su parte los jueces de primera y segunda instancia, negaron la acción de tutela, al advertir que existe otro medio de defensa judicial, y que la actuación de la entidad accionada se atuvo a los lineamientos normativos aplicables para el reconocimiento de la pensión de invalidez, requisitos que no fueron cumplidos por el accionante.

7.2 Recordado el marco fáctico y las decisiones de tutela que se revisan, considera la Sala de Revisión que a la luz de los planteamientos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en las precedentes consideraciones, la presente acción de tutela sí es el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales del accionante y para lograr el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Con todo para determinar si el accionante tiene derecho a la pensión de invalidez, es

necesario precisar previamente, cuál es el régimen legal aplicable al presente caso, máxime cuando las particulares circunstancias fácticas aquí expuestas pudieron generar dudas en cuanto la norma aplicable. En efecto, los elementos fácticos relevantes, son los siguientes:

* El dictamen de la calificación de invalidez se hizo el 27 de marzo de 1996.

* Se estableció que la estructuración de la invalidez ocurrió el 10 de febrero de 1994 y que la pérdida de capacidad laboral fue del 60 por ciento.

* A pesar de tener una invalidez del 60 % desde el 10 febrero de 1994, la cual solo se evidenció por la calificación de invalidez hecha en marzo de 1996, ello no fue óbice para que el accionante hubiese seguido cotizando al sistema hasta marzo de 1996, y que, con un inmenso esfuerzo lo siguiera haciendo hasta el mes de abril de 2009, cuando por su evidente deterioro de su salud tuvo que dejar de hacerlo. Este último hecho se confirma a partir de la información contenida en la resolución 030370 de junio 6 de 2009 expedida por el ISS - Pensiones-, por la cual se resolvió la acción de revocatoria directa promovida por el actor, en la que confirmó lo antes dicho, y que además resulta concordante con los hechos expuestos por el accionante en su demanda de tutela.

7.3 En efecto, tal y como se señalara al comienzo de esta providencia, a la luz del Decreto 758 de 1990, norma vigente para la fecha en que se estructuró la invalidez, Juan contabilizaba tan solo 67 semanas cotizadas. Sin embargo, la no aplicación del principio de favorabilidad por parte del ISS -Pensiones, y el desconocimiento igualmente del principio de progresividad contenido en la Carta Política, llevó a que la entidad accionada negara la pensión de invalidez reclamada por Juan, y no admitiera tampoco la aplicación de la ley 100 de 1993, que para la fecha de la calificación -27 de marzo de 1996, ya se encontraba vigente.

Ciertamente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual ocurrió el 1° de abril de 1994, los requisitos allí establecidos para lograr el reconocimiento de la pensión invalidez,

eran claramente beneficiosos para personas como Juan, pues a diferencia de lo planteado en el Decreto 758 de 1990 en donde la densidad de semanas cotizadas en un periodo de 6 años, debía ser de por lo menos 150 semanas, la exigencia planteada por la Ley 100, se limitaba a tan solo 26 semanas cotizadas al momento de producirse el estado de invalidez. En efecto, el artículo 39 de la Ley 100, señalaba lo siguiente:

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

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

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

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”⁵⁴ (Subraya y negrilla fuera del texto original).”

7.4 En consecuencia, los operadores jurídicos, estaban en el deber de aplicar el principio de favorabilidad consignado en el artículo 53 Superior, asegurando de esta manera, que en los eventos en que exista duda acerca de cual norma aplicar, se opte por la más beneficiosa para el trabajador. Además, tampoco se tuvo en cuenta el principio de progresividad que incorporaba el cambio normativo aportado por la Ley 100 de 1993, y al cual el accionante tenía derecho a beneficiarse en tanto había hecho aportes bajo dicho régimen legal. Por ello, la entidad accionada hizo una equivocada aplicación de la ley al caso concreto.

7.5 En efecto, para el mes de marzo de 1996, fecha en que se calificó la invalidez de Juan, ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993. Así, a pesar de la estructuración de la invalidez en febrero de 1994, Juan había cotizado al sistema como mínimo desde esa fecha y hasta el mes

de marzo de 1996, momento de la calificación. Ello supone que Juan alcanzó a cotizar numerosas semanas durante ese lapso de tiempo, aportes que al momento de estudiarse la petición de reconocimiento pensional no fueron tenidas en cuenta, y que llevarían a negar dicha prestación. Además, es posible confirmar que tales cotizaciones se dieron, pues tal y como se relata en los hechos de la demanda de tutela, Juan se encontraba laborando y cotizando al sistema cuando fue incapacitado por ciento ochenta días, por la EPS del ISS, entre el 11 de septiembre de 1995 y el 10 de febrero de 1996. Ello implica la generación de numerosas semanas cotizadas ya bajo la vigencia de la referida Ley 100 de 1993, que sumadas con las causadas con anterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez, eran más que suficientes para que le fuera reconocida la correspondiente pensión.

Además, la confirmación de que Juan siguió cotizando más allá del 10 de febrero de 1994, fecha de la estructuración de su invalidez, y más allá del 27 de marzo de 1996 hasta llegar incluso hasta el mes de marzo de 2009, son hechos que se desprenden del contenido mismo de la resolución No. 030370 proferida el 6 de junio de 2009, por el ISS-Pensiones. Por lo anterior, se concederá esta acción de tutela, en los términos que se indicarán al final de estas consideraciones y en su parte resolutive.

7.6 Finalmente, como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en indicar que la situación de las personas afectadas por VIH-SIDA es particularmente especial por dos razones: en primer lugar, por la progresividad y el nivel de afectación que tiene esta enfermedad en la salud y calidad de vida de quien la padece, y en segundo lugar, por la capacidad de que esta enfermedad genere un rechazo familiar o social.

7.7 En vista de esta última consideración, es necesario observar que los jueces de instancia en el trámite de esta acción constitucional, desconocieron por completo la petición especial que hiciera el accionante en su demanda de tutela, en cuanto a garantizar su derecho a la intimidad y a la honra, dada su condición portadora del virus del VIH-SIDA. Sin embargo, los jueces hicieron caso omiso a tal demanda, la que por motivos de orden constitucional debió ser respetada por los operadores judiciales, conducta que es claramente desconsiderada e inaceptable.

7.8 Resulta de vital importancia recordar que el derecho a la intimidad, además de estar consagrado en la Constitución Política (art. 15), también hace parte de múltiples

instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12⁵⁵, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el artículo 17.1),⁵⁶ en el artículo 8.1⁵⁷ del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, y en el artículo 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica.⁵⁸

En la jurisprudencia de esta Corporación el tema del derecho a la intimidad ha sido objeto de varios pronunciamientos. Así, en la sentencia SU-056 de 1995, se expuso que el derecho a la intimidad se refiere “al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños”. Se entiende entonces que el derecho a la intimidad supone la facultad de mantener una vida privada sin intervenciones, puesto que implica la existencia de un espacio propio, interno y personal del individuo. Por tanto, este derecho admite, en principio, el respeto de su vida íntima frente a la interferencia de terceros en su esfera privada⁵⁹. En este sentido, en la sentencia T-552 de 1997, la Corte manifestó:

“El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el ‘control sobre la información que nos concierne’⁶⁰; otros, como el ‘control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona’. La Corte Constitucional, por su parte, (...) como ‘el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.’⁶¹

Con todo, el derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto y “puede ser objeto de limitaciones” o de interferencias “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución”⁶², sin que “pueda desconocerse su núcleo esencial”⁶³.

7.9 Así, en casos como el que examinamos, a pesar de que los procesos judiciales son de conocimiento público, se pueden tomar las medidas específicas, que permitan garantizar la

privacidad e intimidad de Juan y su familia, imposibilitando su identificación, vista las connotaciones que una enfermedad como el VIH-SIDA tienen frente a la sociedad. Con esta medida se evitará que el accionante o su familia se vean expuestos a tratos degradantes o discriminatorios en su entorno familiar y social.

7.10 Por lo anterior, se hace un llamado de atención al Juez Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá y a la Sala Civil del Tribunal Superior de esta misma ciudad, para que a futuro, y en clara atención al análisis que todo proceso judicial se merece, verifiquen cuidadosamente las peticiones de los accionantes, en especial en el caso de los procesos de tutela, en los que se reclame la protección de su derecho a la intimidad y honra, y de manera muy especial, en aquellos casos como el presente, en el que ser portador de una enfermedad como la que afecta a Juan, puede generar actitudes discriminatorias y hostiles en su contra.

8. Conclusión.

8.1 Expuestas las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión considera, que la presente acción de tutela habrá de concederse, ordenando para ello, que para proteger los derechos fundamentales de Juan, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguiente a la notificación de esta decisión, el ISS -Pensiones, iniciar todas las actuaciones tendientes a reconocer y pagar la pensión de invalidez de Juan, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, teniendo en cuenta para ello la fecha en la cual fue hecha por primera vez la petición de tal reconocimiento.

8.2 Así, mismo, tal y como se advirtiera al inicio de las presentes consideraciones, y como se ha hecho a lo largo de esta decisión judicial, la identidad del accionante y de su familia se protegerá, razón por la cual se tutelaré el derecho a la intimidad de Juan. Por ello, su nombre no podrá ser divulgado, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá del 16 de diciembre de 2009, que confirmó la dictada el 26 de noviembre de 2009 por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de esta misma ciudad en la que se negó la presente acción de tutela. En su lugar TUTELAR, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del señor Juan.

Segundo. ORDENAR al ISS-Pensiones que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar todas las actuaciones tendientes a reconocer y pagar la pensión de invalidez de Juan, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, teniendo en cuenta para ello la fecha en la cual fue hecha por primera vez la petición de tal reconocimiento.

Tercero. TUTELAR igualmente el derecho a la intimidad del accionante, razón por la cual su nombre no podrá ser divulgado, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia.

De esta manera, SE ORDENARÁ a la Secretaría de esta Corporación, así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

Cuarto. El incumplimiento del presente fallo será sancionado de conformidad con lo establecido por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, relativo al desacato.

Quinto. Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA

SENTENCIA T-509/10

PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Debe reconocerse desde el momento en que se consolida el estado de invalidez, es decir cuando el trabajador efectivamente deje de trabajar y cotizar (Aclaración de voto)

Expediente: T-2540724

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Comparto la decisión de reconocimiento en la pensión de invalidez en las siguientes condiciones:

En efecto, respetuosamente estimo que la pensión no debe reconocerse desde el 17 de julio de 1996 (como lo sugiere la ponencia) sino desde marzo de 2009, cuando el demandante efectivamente dejó de trabajar y de cotizar según dan cuenta los autos, pues para esta última fecha es cuando se consolida el Estado de “invalidez” propiamente tal.

Antes de esta fecha el demandante cotizó por ende trabajó lo que supone que con esfuerzo y todo no estaba tan invalido, como para no laborar.

No es admisible reconocer pensión de invalidez a quien no estaba invalido, prueba de lo cual es que el demandante trabajaba y cotizaba.

Si algún derecho existe por mesadas anteriores debe reclamarse por vía ordinaria.

Estimo que lo correcto era proteger el debido proceso y disponer que previa definición legal de la situación jurídica del pensionado, con su audiencia y la plenitud de garantías, se le defina su situación jurídica. Pero no se trata de un caso de revocatoria del acto propio, se trata, al parecer de un caso de pensión compartida, esto es, de una sola pensión, que pueden pagar dos empleadores fenómeno que es menester dilucidar en este caso.

Tratándose de pensiones compartidas el empleador inicialmente obligado debía reconocer una pensión una vez el trabajador reunía los requisitos acordados en el contrato o la convención o el convenio colectivo y seguía cotizando hasta que el Seguro Social o la Caja de Previsión respectiva, o la entidad de previsión respectiva reconocía la pensión cuando se reunían los

requisitos de ley. Cuando esto ocurría el empleador directo dejaba de pagar la pensión y quedaba liberado de dicha carga a menos que la “pensión legal” fuese inferior a “la convenida” pues en tal caso corría a su cargo la diferencia. Si no había diferencia la obligación pensional del empleador directo se extinguía no por revocación o suspensión sino en razón de que su obligación dejaba de tener existencia jurídica.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 La publicidad de los fallos de tutela en casos de menores con ambigüedad sexual y la protección de la intimidad del niño y su familia durante el trámite judicial, es un tema reiterado en todas las Sentencias que han versado sobre esta problemática. Al respecto, la Sentencia SU-337/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló: “La Corte entiende la preocupación de la madre y el sentido de su petición pues, como se verá, este caso se relaciona con un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de

comunicación, así como una malsana curiosidad y rechazo a la menor y a la propia peticionaria en el medio social en donde viven. Ahora bien, no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones. // Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión.”

2 Afirma el accionante en el relato de los hechos de la demanda de tutela que su cuadro clínico presentaba una disminución de los linfocitos CD4 a 252, siendo lo normal que fuera superior a 500.

3 Según la página de Internet <http://medlineplus.gov/spanish/>, señala que otros nombres: Aftas labiales, Herpes febril, Herpes simple oral.

“El herpes labial es causado por un virus muy contagioso llamado herpes simple. Existen dos tipos del virus del herpes simple. El virus del herpes tipo 1 que generalmente causa herpes orales o labiales. Este virus infecta a más de la mitad de la población de los EE.UU. para cuando llega a los 20 años. El virus del herpes tipo 2 generalmente afecta el área genital.

No existe una cura para el herpes labial. Algunas medicinas pueden aliviar el dolor y la molestia que causan. Estos incluyen ungüentos que adormecen las llagas, antibióticos que controlan infecciones bacterianas secundarias y ungüentos que ablandan las costras de las llagas.”

4 Según la página de Internet <http://medlineplus.gov/spanish/>, la cual es un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. y los Institutos Nacionales de la Salud, señalan que la CANDIDIASIS BUCAL “es causada por formas de un hongo llamado cándida. Una pequeña cantidad de este hongo vive en la boca la mayor parte del tiempo y por lo general es mantenido a raya por el sistema inmunitario y otros tipos de gérmenes que normalmente también viven allí.” Sin embargo, cuando el sistema inmunitario está débil, el hongo puede multiplicarse, llevando a que se presenten úlceras (lesiones) en la boca y en la lengua. Las siguientes circunstancias pueden incrementar las probabilidades de desarrollar candidiasis bucal:

Tomar esteroides // Tener una infección por VIH o SIDA // Recibir quimioterapia para el cáncer o medicamentos que inhiban el sistema inmunitario después del trasplante de un órgano // Ser muy viejo o muy joven // Tener mala salud “

El pronóstico de dicha enfermedad es que “en adultos puede curarse; sin embargo, el pronóstico a largo plazo depende del estado inmunitario y de la causa del déficit inmunitario.”

Las posibles complicaciones pueden darse “Si usted tiene un sistema inmunitario debilitado (por ejemplo, si es VIH positivo o está recibiendo quimioterapia), la candida se puede diseminar por todo el cuerpo, causando infección en el esófago (esofagitis), cerebro (meningitis), corazón (endocarditis), articulaciones (artritis) u ojos (endoftalmitis).”

5 La Resolución No. 016284 del 12 de septiembre de 1996, tuvo a bien considera en su segundo párrafo los siguientes argumentos para negar el reconocimiento pensional reclamado por Juan:

“Cumplidos los trámites reglamentarios se estableció que el(a) asegurado(a) a pesar de haber sido declarado inválido(a) a partir del 10 de febrero de 1994, solamente cotizó 67 semanas dentro de los últimos seis (6) años anteriores a la invalidez y 67 semanas en cualquier época anterior a ella, cuando el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), exige 150 o 300 semanas dentro del mismo lapso, razón por la cual se concluye que no hay derecho a la pensión.”

6 El párrafo tercero de la referida La Resolución No. 016284 del 12 de septiembre de 1996, al referirse a la indemnización sustitutiva, señaló lo siguiente: “Que el asegurado tampoco tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión por invalidez, teniendo en cuenta que para obtener esta prestación se requiere que el asegurado tenga acreditadas no menos de 100 semanas de cotización, de las cuales deben corresponder al año anterior a la declaratoria o estructuración de la invalidez, Artículo 9 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758/90).”

7 En el expediente no obra prueba de dichos derechos de petición.

8 No se especifica la ciudad del referido juzgado.

9 De acuerdo con esta información se observa que al momento de interponer la presente acción de tutela, lo cual ocurrió el 18 de noviembre de 2009, Juan contaba con cuarenta y seis (46) años de edad.

10 Ver entre muchas otras, las sentencias T-556, T-625, T- 651 y T-711 de 2004, y T-406 de 2005.

11 Artículo 86. Constitución Política. “[...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no

disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [...]”.

12 Sentencia T-100 de 1994.

13 Sentencia T-726 de 2007.

14 Sobre la relación de la pensión de invalidez con la protección de ciertos derechos fundamentales, ha manifestado esta Corporación: “Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales.” Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 1995.

15 Ver sentencia T-156 de 2000.

16 Sentencia T-653 de 2004.

17 Sentencia T-043 de 2007.

18 Sentencia T-489 de 1999.

19 Sentencias T-789 de 2003. Igualmente ver la sentencia T-515A de 2006.

20 En sentencia T-456 de 2004 se dijo lo siguiente: “[...] su precaria condición económica se evidencia con las declaraciones de su hermana, cuando manifiesta que es urgente contar con la mencionada pensión por cuanto se amenaza la subsistencia de su hermana y se empeoran sus condiciones mínimas de vida ante la carencia de medios para su manutención. Ello deja ver otra vulneración grave a institutos constitucionales como el derecho a la dignidad, en la medida en que tratándose de una persona que no cuenta con ninguna fuente de ingresos y que no tiene la capacidad de operar en el mercado laboral, negarle una pensión de invalidez,

equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía. Al respecto, esta Corporación ha considerado que el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas”. Ésta sentencia fue reiterada en la sentencia T-086 de 2006.

21 Sentencias T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-925 de 2003, T-326 de 2004; T-1064 de 2006 y T-550 de 2008, entre otras.

22 Sentencia T-505 de 1992.

23 Sentencias T-505 de 1992 y T-271 de 1995.

24 Sentencias T-484 de 1992, T-185 de 2000, T-1181 de 2003, T-010 de 2004 y T-260 de 2004, entre otras.

25 Sentencia T-505 de 1992.

27 Sentencia T-1283 de 2001.

28 En el mismo sentido las sentencias SU-647 de 1997, T-469 de 2004 y T-1064 de 2006.

29 Ver Sentencia T-158 de 2006.

30 Ver sentencias T-1059 de 2007, T-129 y T-855 de 2008, entre otras.

31 Sentencia T-773 de 2009.

32 Sentencia T-1752 de 2000.

33 Sentencia T-722 de 2007.

34 Ver entre otras, sentencias C-251 de 1997, SU.225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

35 Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004.

36 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

37 Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

38 Sentencia T-951 de 2003.

39 En el caso de la invalidez se reconocía a aquellos trabajadores que al presentarse la contingencia que los invalidaba, hubiesen cotizado 150 semanas en los 6 años anteriores al acaecimiento del estado de invalidez. De la misma forma, estableció que quienes hubiesen cotizado a seguridad social cuando menos 100 semanas, y 25 de éstas se cotizaron durante el último año, tenían derecho a una indemnización sustituta por dicho riesgo

40 El Decreto 3041 de 1996 “Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”, fue proferido por el Presidente de la Republica en uso de las facultades conferidas por la Ley 90 de 1946, el decreto ley 1695 de 1960 y el artículo 7° del Acuerdo 150 de 1963 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales , aprobado por Decreto 183 de 1964. En esa época para que una persona fuera declarada inválida debía cumplir con los requisitos señalados en el artículo 45 de la Ley 90 de 1946.

41 dispuso que la persona declarada invalida tenía derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez si acreditaba “150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.” (negrilla fuera del texto original).

42 Ha de entenderse por capacidad laboral, el conjunto de habilidades destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten al trabajador desarrollar su trabajo habitual - artículos 38 Ley 100 y 2° Decreto 917 de 1999-

43 El contenido del referido artículo 11 de la Ley 797 de 2003, disponía lo siguiente:

Artículo 11. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea

declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido 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 sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.”

44 La referida sentencia determinó lo siguiente:

“- (i) La exequibilidad simple del presupuesto de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez de la que tratan los numerales 1° y 2°. Al respecto, indicó que si bien se aumentó el número de semanas de cotización de 26 a 50, también se incrementó el plazo en que debían ser acreditadas, de un año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez a tres años. Señaló que esta modificación favoreció a los sectores de la población carentes de un empleo permanente, que por la normatividad anterior, se encontraban excluidos de acceder a la prestación de invalidez. Igualmente, precisó que se había eliminado el trato diferencial entre quienes se encontraban cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran haciendo al momento de la invalidez, al establecerse los mismos requisitos para todos los afiliados.

- (ii) La inexequibilidad del mencionado presupuesto de fidelidad, al constatar que no se acompasaba con el principio de progresividad de los derechos sociales. Encontró que la finalidad de promover una cultura de afiliación y evitar fraudes, la cual podía ser obtenida por otros medios, no era plausible desde el punto de vista constitucional y se constituía en un parámetro más gravoso para acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando no se tuvo en cuenta un régimen de transición. Por ende, este requisito resultaba desproporcionado frente a los derechos de las personas que veían disminuida su capacidad laboral por causa de enfermedad o accidente.”

45 Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Código Sustantivo del Trabajo, Jorge Ortega Torres, editorial Temis, 1956.

46 El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece:.. Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral”.

47 Ver entre otras sentencias T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-580 de 2007, T-699A de 2007, T-550 de 2008.

48 De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, la fecha de estructuración es “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación [...]”.

49 Un estudio detallado del contenido y alcance del principio de favorabilidad en materia laboral fue realizado por la Corte en la sentencia SU-1185/01. En esa oportunidad, la Sala Plena sostuvo lo siguiente: 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. (...)”

50 En efecto, la Ley 6 de 1945 estableció la favorabilidad en la legislación colombiana, al señalar en su artículo 36 que “Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean mas favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regulen la materia a que aquella se refieren a su turno, estas últimas se

aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran mas favorables a los trabajadores”. Así mismo, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador, evento en el que la regulación que se adopte deberá aplicarse en su integridad. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio(sentencia T-710 de 2009).

51 Ver entre otras, las sentencias T-1064 de 2006 T-043 de 2007. En esta ultima la Corte señaló que “Ante la duda comprobada sobre la determinación de la norma aplicable, resulta perentoria la aplicación por parte del juez del principio constitucional de favorabilidad laboral, según el cual debe preferirse la norma que imponga condiciones menos gravosas al trabajador para la consolidación de una situación jurídica particular. En ese sentido, el estudio de los preceptos mencionados demuestra que las reglas del artículo 11 de la Ley 100/93 en su versión “original” muestran las condiciones más favorables de acceso a la prestación, en tanto exige una menor densidad de cotizaciones y omite el requisito de fidelidad mínima al sistema. Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta conclusión no es novedosa, pues encuentra sustento en el precedente constitucional, el que, en casos similares, ha aplicado idéntica razón de decisión ante la confluencia de interpretaciones aplicables al tema en comento.”

52 Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Código Sustantivo del Trabajo, Jorge Ortega Torres, editorial Temis, 1956.

53 Sentencia T-710 de 2009.

54 Norma transcrita de la página de Internet www.secretariassenado.gov.co y que corresponde a la norma publicada en el Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

55 El artículo 12 de la Declaración de los Derechos Humanos, señal: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” indicando a su vez que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

56 El artículo 17.1 del Pacto Intrernacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que “Nadie

será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

57 El referido artículo contempla que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”

58 Este artículo señala que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

59 Ver sentencia T-768 de 2008.

60 En “Estudios sobre el derecho a la intimidad”. Editorial Tecnos. Madrid 1982. Pág. 17.

61 Sentencia T-530 de 1992.

62 Sentencia T-414 de 1992.. En igual sentido véase sentencias C-501 de 1994, T-552 de 1997, C-517 de 1998, C-692 de 2003, y T-453 de 2005.

63 Sentencias C-336 de 2007. y T-158^a de 2008.