

El derecho pensional en la jurisprudencia constitucional colombiana

4

EL LENGUAJE JURÍDICO¹ SOBRE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: SU SIGNIFICADO PARA EL DESARROLLO Y APLICACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La doctrina constitucional colombiana, bajo el supuesto de un Estado social de derecho, asume la dignidad humana y la solidaridad social como los principios rectores para el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social. El discurso jurídico considera que la expedición de la Constitución de 1991 es un hito histórico a partir del cual la sociedad, representada en la Asamblea Nacional Constituyente, decidió y adoptó un cambio de paradigma que sirvió para fundamentar una nueva

¹ El *lenguaje jurídico* es el instrumento para realizar *actos jurídicos*. En la medida en que las personas realizan permanentemente este tipo de actos, el lenguaje jurídico viene a ser una forma de lenguaje corriente/natural. No obstante, algunas “zonas” del lenguaje jurídico son técnicas, pero sin el manejo del lenguaje jurídico se tendrían serias dificultades para desenvolverse en la cotidianidad de la vida social. Se habla de los derechos como si fueran reales. El negar un derecho ocasiona un comportamiento reactivo. Pero en verdad el mundo de los derechos no pertenece al mundo de lo sensible, al mundo de los hechos. Para Olivecrona: “El derecho vincula efectos jurídicos con sucesos llamados hechos operativos. Cuando sabemos que se ha realizado un hecho operativo, nos sentimos autorizados a inferir que el efecto también se ha producido, siempre que otra circunstancia no lo haya impedido” (1968). Por su parte, Bastida (2000: 40-42), en una perspectiva materialista hace las siguientes precisiones: (i) “la anglofilia analítica ha convertido el lenguaje en un universo lógico y cerra-

estructura y una nueva forma de organización jurídica y política, que trasciende el Estado de derecho para dar paso al Estado social de derecho.²

Esta nueva concepción planteó que una crisis profunda originada en un modelo de organización -que se sustentaba en los principios de un individualismo extremo y un marcado abstencionismo del Estado frente a la problemática de orden social- ha sido superada con

la construcción de un nuevo ordenamiento superior, que reivindica como epicentro del Estado al individuo mismo, en cuanto ser único, singular y diferente, el cual encuentra en la garantía de efectividad de los principios de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, la posibilidad real de desarrollarse como tal y contribuir, a través del ejercicio de su autonomía, a la consolidación de la sociedad de la cual no sólo hace parte sino es protagonista. (Morón, 2000: 665)

Ese “nuevo ordenamiento” implica la implementación de un paradigma ético, en el cual se reivindica un individuo cuya condición esencial es la *dignidad*, condición que encuentra espacio propicio para su realización en un sistema social que garantice la efectividad de aquellos principios que viabilizan su propio desarrollo integral, en tanto sujeto autó-

do”; (ii) “[...] Los filósofos analíticos convierten al lenguaje en un ídolo cuando, olvidando su origen humano, se encuentran con él y caen rendidos en pasmo, reverencia y adoración”; (iii) “[...] un enunciado no es sólo un acto lingüístico gramatical, sino también un acto cognitivo. La filosofía analítica no ha sabido diferenciar lo que se dice de lo que se comunica”; (iv) “[...] sólo lo simbolizable es real y todo lo simbolizable responde a una realidad bien definida y fijada para siempre”; (v) “Existen ámbitos de la realidad Bel derecho es uno de ellosB que no pueden apartarse de la complejidad del mundo real y que sólo son accesibles a una comprensión contextualizada”; y, (vi) “Las palabras no transportan significados, sólo las personas los poseen”.

² Para una visión escéptica del impacto de la Constitución Política de 1991 y del proceso que la antecedió y la sucedió, véase Cárdenas (1996: 93). Al respecto, véase también Palacios (1996), quien considera que: “Más que la requerida profundización del concepto de ciudadanía, como *estatus legal* y como *deber moral del hombre en sociedad*, los juicios de tutela quizás nos señalen la prelación que se da al yo que antepone su reconstruida identidad en el seno de una sociedad conflictiva y dividida” (p. 21); finaliza este sugerente ensayo anotando de manera perentoria que: “los preceptos sociales, civiles y políticos de los textos constitucionales y legales se convierten en fuente de alienación política y de frustración social. Ante la paulatina erosión del liderazgo político y ante la falta de auténticas y socialmente prestigiosas instancias representativas, cunde la apatía. Miles y miles de colombianos no ven por qué deban sentirse responsables de su contrato de ciudadanos” (pp. 22-23).

nomo dotado de razón, principios que el Estado social de derecho consagra como esenciales a su propia filosofía: la igualdad en la diferencia, la convivencia armónica a partir de la tolerancia, el respeto a la heterogeneidad como condición básica para impulsar procesos de cohesión social y el pluralismo, como presupuesto esencial para el desarrollo de una sociedad que se fortalece en la diversidad.

Para este modelo de Estado, la realización efectiva del principio fundamental de dignidad implica la obligación de garantizar la integridad del ser humano, pues éste constituye la razón de ser, principio y fin último de su organización estatal.

Este lenguaje jurídico considera que en el Estado social de derecho la dignidad se refiere en esencia a la calidad de vida de las personas, las cuales, para ejercer su autonomía y participar activamente en el desarrollo de la sociedad, requieren un contexto en el que se les garanticen ciertas condiciones inherentes a su propia naturaleza. Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que:

Ahora la Carta no sólo propende por la persona sino que a su materialidad ontológica le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad. Se trata pues de defender la vida pero también una cierta calidad de vida. En el término “dignidad” predicado de lo “humano”, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario aun que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad.³

En esa perspectiva, el principio fundamental de la dignidad humana –para la Corte Constitucional– no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades, según lo establece el artículo 11 de la Constitución Política:

Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.⁴

³ Sentencia C-575 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Sentencia T- 499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El individuo es el centro y el fin de las acciones del Estado, y reclama el respeto y la promoción de los derechos inherentes a su condición y naturaleza, esto es de sus derechos fundamentales.

La realización de esos derechos está estrechamente ligada a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, a las que, como en el caso de la seguridad social *per se*, no se les reconoce la categoría de derechos fundamentales. Sobre los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en el Título II, capítulo 21 de la Constitución Política (C. P.), algunos sostienen que disponen de fuerza normativa, constituyendo plenos derechos constitucionales, mientras otros consideran que se trata de enunciados programáticos que adquieren condición de normas jurídicas sólo cuando el legislador los ha desarrollado.

En esta controversia, la Corte ha adoptado una posición intermedia, manifestando que estos derechos implican una prestación por parte del Estado y, por ende, una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Por ello:

es necesario advertir que los derechos económicos, sociales y culturales, promovidos en el ámbito constitucional durante las primeras décadas del siglo XX y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. *La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.* Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto –de la dignidad humana– en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes (*cf.* Gross Espiell, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, 1986). (Morón, 2000: 667). (Las cursivas no son del texto).

¿Qué sucede si el órgano legislativo no desarrolla los derechos prescacionales consagrados en la Constitución Política? ¿Debe el juez permanecer inerte y a la espera de que se produzca el desarrollo efectivo

correspondiente y, mientras tanto, considerar los textos que consagran los mismos como carentes de fuerza normativa? O, más bien, ¿debe el juez entrar a definir el alcance de ellos, anticipándose al legislador a través de una aplicación directa de la Constitución Política?

Al respecto, la doctrina ha desarrollado el concepto de los “medios idóneos” en virtud del cual

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

La solución opuesta es decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (art. 2: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados...”; art. 5: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables...”; art. 13 inc. 2: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...”) y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que “La Constitución es norma de normas. En todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Este artículo no sólo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

Con independencia de la *función programática-finalista* y de la *función simbólica* que sin duda ocupan un lugar importante en los

preceptos sobre fines y valores, *la Constitución es una norma jurídica del presente* y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. *Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.* Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto a la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley (cfr. Herbert Kruger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950: 12).⁵ (Las cursivas no son del texto)

La doctrina se inclina entonces hacia un tipo de fundamentabilidad por conexión, según la cual *sería viable el instrumento constitucional de la acción de tutela para la protección de los derechos prestacionales únicamente cuando se presente amenaza o vulneración de un derecho fundamen-*

5

Morón (2000: 668-669). La Foodfirst International Action Network (FIAN) ha propuesto la superación del absolutismo económico mediante la operacionalización de los derechos económicos "tal como fueron operacionalizados los derechos civiles al final del absolutismo político. De lo contrario, perderemos enteramente los derechos humanos en dictaduras que promueven la ley y el orden en un mundo futuro de horrendas desigualdades y recursos naturales extremadamente limitados. [...] Como otros derechos humanos, los derechos económicos son una expresión directa de la dignidad humana propia de todos los seres humanos. Como es de esperar respecto de la indivisibilidad de los derechos humanos, los conceptos de derechos económicos son básicamente los mismos que los otros derechos humanos. Sin embargo, ha habido numerosos malentendidos y equívocos relacionados con los derechos económicos. Los derechos económicos y sociales continúan confundidos con necesidades básicas, con el llamado a la limosna pública o con vagas declaraciones programáticas" (Cfr. FIAN (1995: 5-6). *Consúltese* www.fian.org)

tal. Entonces sólo en ese caso podría el juez, ante la falta de intervención legislativa, pronunciarse sobre el sentido y *alcance de la norma para el caso concreto* y si fuere menester pedir la intervención de las autoridades correspondientes, para que se brinde efectivamente la prestación por parte del Estado.

Derecho social a la seguridad social

Planteada la cuestión, la seguridad social se asume en la doctrina como un “concepto amplio” sin carácter restrictivo que, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

[...] es un derecho constitucional desarrollado en la ley, que en principio no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirse esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.⁶

La seguridad social es entonces un derecho reconocido a las personas y a la vez un servicio público contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, para cuya realización requiere la activación del principio constitucional de la solidaridad, cuyo alcance definió la Corte en el siguiente sentido:

[en el Estado social de derecho] [...] velar por el bienestar de los asociados implica [...] asumir una posición activa en torno a lo que sucede en la sociedad, persiguiendo contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.⁷

Lo que se persigue es asegurar unas condiciones materiales mínimas de existencia, por lo que el Estado debe intervenir de manera decidida en la búsqueda de ese fin.

Pero también del Estado social de derecho se derivan obligaciones constitucionales tanto para el Congreso como para el resto del Estado y la sociedad. Para el Estado, en cuanto a la adopción de las *medidas indispensables* para la construcción de un orden político, económico y social justo, como lo contempla el Preámbulo de la Constitución. Para la sociedad, en

⁶ Sentencia T- 491 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ SU-747 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cuanto de manera conjunta –atendiendo principios de dignidad humana y solidaridad– contribuya a garantizar a las personas un mínimo vital para una existencia en condiciones dignas. Como lo manifiesta la Corte Constitucional con una postura intermedia:

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el déficit social. El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (C.P. art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades.

Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (C. P. arts. 324, 334, 350, 357, 366). *El carácter programático de las disposiciones económicas no es óbice para que el Estado desatienda sus deberes sociales cuando las necesidades básicas ya han sido cubiertas mediante el desarrollo de la infraestructura económica y social y, por lo tanto, se encuentre materialmente en capacidad de satisfacerlas, ya de manera general o particular. En estas circunstancias se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales.*⁸ (Las cursivas no son del texto)

En estos términos, la Corte Constitucional reitera el elemento doctrinal de la conexión para dejar definida de manera precisa y contundente una concepción programática según la cual el derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental.

No obstante, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución adquiere el carácter de fundamental cuando -

⁸

Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

según las circunstancias del caso y como recién se reseñó- su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, o el libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto al legislador, según lo anterior, su actividad en materia de seguridad social deberá estar regida y sustentada en los principios fundamentales de dignidad de la persona humana, y en el principio de solidaridad, que en el texto constitucional se erige como principio fundante del Estado.

Conflicto norma-realidad: restricción presupuestal ¿una excusa?

Ahora bien, ¿qué pasa con la realización de este derecho, en un país de escasos recursos, altos niveles de pobreza y crecientes necesidades en materia de seguridad social?, esto es, ¿cuál es el papel del Estado en materia asistencial cuando las posibilidades financieras son restringidas?:

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, *el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación.* Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.

El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del *principio de igualdad* y en su consecuencia obligada: los *derechos sociales y económicos* y en la *prestación de los servicios públicos*. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de

poder dentro de la comunidad. La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público. *En particular, corresponde al Congreso definir en cada momento histórico, dentro del marco de la Constitución, la política social del Estado y asignar cuando a ello haya lugar los recursos necesarios para su debida implementación.* El cumplimiento de prestaciones sociales y económicas a cargo del Estado y la asunción de servicios públicos, requieren del desarrollo de esquemas organizativos y demandan la generación de gasto público, y todo esto normalmente se financia con la imposición de contribuciones fiscales o parafiscales. En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático. (Morón, 2000: 671-672)

La doctrina constitucional considera que la realización del principio constitucional de solidaridad está ligada al concepto de efectividad de los derechos fundamentales:

El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus familiares.⁹

En el Estado social de derecho no es admisible que las organizaciones, públicas o privadas, encargadas de la administración y prestación de servicios propios de la seguridad social, se muestren

(...) insensibles a las necesidades de los ciudadanos, pues ello no se compadece con sus fines esenciales, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundamentales del paradigma de organización jurídico-política por la cual optó el Constituyente.¹⁰

⁹ Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Al respecto, véase de nuevo, y entre otras, la Sentencia T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La solidaridad como deber, de que trata el artículo 95.2 de la Carta, tiene como contrapartida el concepto de la solidaridad como derecho, que se expresa en la seguridad social. Se advierte (del art. 48 C. P.) en primer lugar que fue intención del constituyente consagrar una *definición amplia de la seguridad social*, como se manifiesta al consultar los antecedentes de la norma en las actas de las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, cuando se afirmó que:

Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional.

La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica. La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 dice: “Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social ...”.

Desde el punto de vista de la cobertura de la Seguridad Social una concepción amplia permite el derecho a toda la población; una más estrecha (*sic*) únicamente a los trabajadores. Con respecto a las contingencias previstas, la concepción amplia involucra aspectos como recreación, vivienda, desempleo y otros derechos indispensables a la dignidad del ser humano [...].¹¹

En resumen, el mínimo vital al que se ha hecho referencia supone un derecho constitucional fundamental a la vida, no entendido como la mera subsistencia, sino como la realización de un proyecto de vida digna, contando con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; además, supone un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación y manifestación directa del principio

¹¹ *Gaceta Constitucional* del 21 de mayo de 1991. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, p. 2, *cit.* por Morón (2000: 674-675). Sobre la seguridad social en las discusiones de la Asamblea Constituyente, véase Dueñas (2003: 45-48).

de la dignidad humana, impone el respeto por la no violencia física y moral, el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

En tal sentido el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social, en el Estado social de derecho, implica la incorporación y respeto a los principios rectores de la dignidad humana y la solidaridad, dado que el objetivo último que se persigue con su prestación es garantizar a los individuos la realización plena de sus derechos fundamentales, principalmente de los derechos *a la vida y a la integridad*, lo que implica que desde el derecho se asuma (¿se solucione?) el problema económico en el ámbito de la restricción presupuestal. La laguna que queda es la siguiente ¿por qué la jurisprudencia plantea el problema pero no es consecuente con una respuesta?

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PERSPECTIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Del artículo 48 de la Constitución se desprenden los *tres principios que rigen la seguridad social* en Colombia: la eficiencia, la solidaridad y la universalidad. Se denotará cómo partiendo de ellos es posible llegar a resultados disímiles.

La *eficiencia* es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social –el Estado y los particulares–. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Constitución como principio rector de la gestión administrativa. Así mismo, la eficacia implica la realización del control de resultados del servicio.

Pero más significativos son los principios de *solidaridad y universalidad*, porque ellos se dirigen tanto a los responsables como a los beneficiarios de la seguridad social.

En cuanto a la solidaridad, como principio que aspira a realizar el valor justicia, se basa en la dignidad humana. Un ejemplo de ello se encuentra en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que: “el subsidio familiar es, desde otro punto de vista, un mecanismo para la redistribución de los ingresos, fundamentado en principios universales de bienestar y solidaridad”.¹²

¹² Sentencia del 19 de marzo de 1987 de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Fabio Morón Díaz, expediente N1 1530, demanda contra la Ley 21 de 1982.

Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la seguridad social: todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicen de todas las personas. Es por ello que la seguridad social es un requisito de la dignidad y la dignidad es un atributo esencial de la persona.

Por otra parte, el artículo 48 de la C. P. hace alusión en el inciso tercero a la facultad del legislador para ampliar progresivamente la *cobertura* de la seguridad social, bajo la dirección del Estado y con la participación de los particulares.

Esta facultad del legislador es concordante con el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución, por el cual se *atribuye al Congreso la competencia para regular la prestación de los servicios públicos*. Recuérdese a este respecto que el artículo 48 define la seguridad social como un servicio público. La aplicación estricta y exegética de los reglamentos del régimen de seguridad social, en algunos casos conlleva la negación de la finalidad del mismo y la vulneración de derechos fundamentales.

La doctrina constitucional también acepta la acción de tutela en los eventos en que la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público. En el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente incoarse la acción de tutela para exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública. En este enfoque, la doctrina parte de la consideración según la cual el principio de la dignidad humana origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital –que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad.

En esos casos, la acción de tutela, dadas sus características, se ha constituido en un instrumento eficaz para reivindicar la condición de dignidad de los individuos respecto a la aplicación literal y fría de las normas para dar cumplimiento a los objetivos propios del Estado social de derecho. Dado que la integridad del individuo es responsabilidad de sí mismo, de la sociedad y del Estado, a través de esta acción, el juez constitucional reconoce la superioridad del ser humano sobre el ordenamiento legal.

En el caso de la acción de constitucionalidad, la función del juez constitucional trasciende la mera confrontación entre el contenido material de la norma acusada y el precepto superior que se alega transgredido;

su ejercicio debe extenderse a confrontar la norma impugnada con el paradigma mismo que se consagra en la Constitución; en consecuencia, el análisis ha de propender por garantizar no sólo que la norma no contraríe el texto de la Carta Fundamental, sino que su mandato contribuya efectivamente a la realización de los fines y objetivos que caracterizan el Estado social de derecho.

En todos los casos no procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias en materia de seguridad social, pues no siempre su contenido contiene una vulneración de derechos constitucionales fundamentales, y tampoco procede una inaplicación automática:

Naturalmente, los derechos económicos, sociales y culturales, disponen, además, de otras vías de garantía y protección constitucional. La acción de inconstitucionalidad puede ser el medio más apto para poner coto a las acciones y omisiones del legislador que se aparten de los mandatos generales y específicos del Estado social de derecho, particularmente del principio de igualdad.

De otro lado, corresponde a las leyes organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado y, para el efecto, disponer los procedimientos que sean necesarios para acceder a los mismos y para defender los derechos de los titulares. Dentro de cada ámbito prestacional, independientemente de su naturaleza y forma de funcionamiento, la ley debe desarrollar mecanismos de participación de los ciudadanos dirigidos a su control y fiscalización por parte de los ciudadanos.

Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el Constituyente para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado social, baste señalar que es principalmente a través del *presupuesto y del proceso de planificación*, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, como progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario. Ciertamente *todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal -en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado-, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.*

La defensa y protección de los derechos constitucionales no es idéntica en todos los casos. Derechos *para cuya efectividad se precisa del ineludible agotamiento de un trámite democrático y presupuestal, no pueden, en los aspectos íntimamente vinculados con éste, ser objeto de amparo a través de la acción de tutela*. Ya se han mencionado los mecanismos judiciales, administrativos y políticos, a los cuales cabe apelar a fin de buscar la protección y promoción de estos derechos. A éstos se agrega la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que tengan las características de vía de hecho. Si los procedimientos judiciales ordinarios dispuestos por la ley para ventilar asuntos o pretensiones relacionadas con prestaciones a cargo del Estado -por acciones u omisiones arbitrarias de los jueces competentes- se revelan incapaces de ofrecer a los ciudadanos una tutela judicial efectiva, éste será siempre un motivo suficiente para que la acción de tutela pueda ser instaurada.¹³ (Cursivas fuera del texto).

En este marco de interpretación constitucional del derecho pensional, en torno a los principios de dignidad humana y del Estado social de derecho, no sobra reiterar los mencionados principios rectores de *solidaridad, equidad e igualdad*, como vitales en la jurisprudencia que al respecto ha desarrollado la Corte Constitucional.

El principio de solidaridad

En la base de la estructura del ordenamiento jurídico colombiano, el constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad.

[El principio de solidaridad] tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.¹⁴

El principio de solidaridad -rector en materia pensional- prescribe que toda la población debe tener acceso a los servicios de seguridad so-

¹³ Sentencias T-328 y T-329 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Sentencia T-550 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

cial, aun cuando no cuente con capacidad económica suficiente. Su desarrollo se lleva a cabo a través de diversas clasificaciones, entre las cuales se pueden citar las de solidaridad intergeneracional, interpersonal, intercolectiva e interterritorial (Jiménez, 1999: 45-47).

La solidaridad interpersonal hace referencia a la detracción de cotizaciones según el ingreso de cada ciudadano, para constituir una garantía a quienes puedan sufrir contingencias, con la finalidad de producir una redistribución de las riquezas. En virtud de la solidaridad intergeneracional, los que trabajan financian las pensiones de quienes ya se encuentran pensionados, dando forma a un “contrato entre generaciones”. La solidaridad intercolectiva se refiere a la posibilidad de que grupos con menor riesgo profesional apoyen a los de mayor riesgo profesional, o bien a la posibilidad de que sectores económicos pudientes transfieran recursos a los sectores más deprimidos e inestables. Finalmente, la solidaridad interterritorial hace referencia a la solidaridad entre los territorios desiguales económicamente.

Actuando en estos diversos niveles, el principio de solidaridad se erige como un mandato esencial en lo que toca al derecho pensional, tanto para garantizar que la prestación del servicio se haga en forma universal, como para que el sistema de pensiones sea sostenible. En palabras de la Corte Constitucional:

En materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.¹⁵

La doctrina constitucional redundante en el reconocimiento de la prioridad que para los derechos fundamentales observa la solidaridad: “la solidaridad es un principio inescindible del concepto de efectividad de los derechos fundamentales”.¹⁶

Esta relación entre el principio de solidaridad y los derechos fundamentales hace que la solidaridad como postulado constitucional obre en aquellas circunstancias en las cuales el entramado normativo resulta disfuncional o poco eficaz con relación a la protección de los derechos funda-

¹⁵ Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Véase otra vez la Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mentales de los ciudadanos. Así las cosas, al aplicar una prescripción legal no es aceptable asumirla como si esta fuese independiente o estuviese aislada de la normatividad concordante; esto es, la falta de integralidad en la interpretación jurídica, usualmente conduce a tornar inalcanzables los objetivos propuestos por el sistema que intenta conformar el Estado social de derecho, pues para éste no basta con que las normas se cumplan, siendo necesario además que el cumplimiento de las mismas coincida con la realización de los principios y los valores consagrados en la Constitución.¹⁷ La importancia que para superar el individualismo y alcanzar la satisfacción de la vida colectiva en condiciones dignas, tiene la función de guía interpretativa de los principios en materia pensional, se presenta de manera esencial respecto al principio de solidaridad. En tal sentido debe subrayarse que aunque este postulado parezca meramente ideal, dada su prácticamente nula correspondencia con la realidad, no puede por ello ser desconocido, o pasado por alto, en la labor de regulación legal y judicial del derecho a la seguridad social.

De otro lado, debe recordarse que en términos funcionales, esto es, administrativos, el texto constitucional consagra la seguridad social como un servicio público regulado por el Estado, y por ello, tal como lo expone la Corte Constitucional:

La seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es un derecho irrenunciable de todas las personas [...] y de otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.¹⁸

En tal sentido, es deber del Estado dirigir las actividades *necesarias* para la prestación del servicio de seguridad social, al igual que coordinar su suficiencia, operatividad y eficacia, como garantía para que cada ser humano, como ciudadano, tenga todos los medios suficientes a su alcance para la satisfacción de sus necesidades mínimas, cuando requiera la prestación de este particular servicio público. Desde este punto de vista, la

¹⁷ En este punto debe recordarse que la Corte Constitucional en la Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, estableció que los principios constitucionales suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, por ende, restringen el espacio de interpretación de los jueces.

¹⁸ Sentencia C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Otra referencia puede encontrarse en la ya anotada Sentencia T-491 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

seguridad social *no es un privilegio exclusivo de la clase trabajadora o asalariada*, sino que se trata de un derecho que pertenece a toda persona dentro del Estado colombiano. Alcanzar esta universalidad en el mencionado derecho, implica que su desarrollo y aplicación sean acordes con la solidaridad.

Dado que la solidaridad es uno de los *topos* recurrentes de la retórica constitucional, es valedero insistir en la forma como ha merecido extensa reflexión por parte de la Corte, que la cataloga como “principio básico de la seguridad social”.¹⁹

Tal tribunal constitucional ha afirmado en torno al contenido de la solidaridad que este principio,

hace referencia al deber que tienen las personas, por el solo hecho de hacer parte de una determinada comunidad humana, de contribuir con sus esfuerzos a tareas comunes, en beneficio o apoyo de los demás asociados o del interés colectivo,²⁰ [...] constituye tanto un deber exigible a las personas, en ciertas situaciones (C. P. art. 95 ord. 21), como un principio que gobierna el funcionamiento de determinadas instituciones en el Estado social (C. P. arts. 11 y 48).²¹

Recalcando la importancia de este principio, también se halla que la Corte sostiene que la solidaridad “constituye un criterio hermenéutico útil para especificar el alcance y sentido de ciertas disposiciones y situaciones fácticas”.²²

Este principio ha iluminado –o fundamentado– en muchas ocasiones la jurisprudencia de la Corte. Así puede verse, por ejemplo, en el siguiente aparte:

Al limitar el monto máximo de la mesada pensional, [...] el legislador emplea una justificación objetiva, clara y razonable: dar especial protección a aquellos pensionados que devengan una pensión inferior a 15 salarios mínimos; ello en virtud a que el derecho a la seguridad social se ve desarrollado a través del principio de solidaridad, para proteger la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones y mantener el uso racional de los recursos económicos esencialmente limitados.²³

¹⁹ Véase de nuevo la Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Sentencia C-155 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

En este caso, la Corte dio aplicación a la ya aludida solidaridad interpersonal, y que hace referencia a la aplicación de este principio entre las personas de una misma generación, con condiciones materiales o ingresos diversos. En una sentencia anterior se encuentra también referencia a esta clase de solidaridad:

Es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás.²⁴

La Corte se remitió posteriormente a la solidaridad para sustentar constitucionalmente la diferenciación de aportes al sistema de pensiones entre los trabajadores y los pensionados:

La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma como los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. Por consiguiente, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud. [...] En esa medida, en principio parece razonable el argumento del Ministerio Público y de los intervinientes, según el cual, si el patrono asume, por mandato legal, dos tercios de la cotización en salud, mientras que el empleado sólo contribuye con un tercio, entonces una vez pensionado el trabajador, puede la ley ordenarle que entre a cancelar la totalidad de la cotización, por cuanto la obligación patronal cesa.²⁵

En esta ocasión, la Corte hace referencia a la solidaridad intergeneracional. En efecto, señala que la diferenciación en los aportes que deben realizar los trabajadores y los jubilados resulta razonable en tanto que

en la actualidad, gran parte de la viabilidad financiera del sistema de seguridad social, tanto en el ámbito de pensiones como de salud, reposa en los trabajadores activos, en la medida en que, en las últimas décadas, ha disminuido el número de trabajadores activos por pensionado.²⁶

24 Sentencia C-387 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

25 Véase otra vez la Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

26 *Ibidem*.

El principio de igualdad

Por su parte, el principio de igualdad también ha sido ampliamente consagrado y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte en torno al derecho pensional. Causa de esto son, por ejemplo, las diferencias de regímenes pensionales, las diferencias en los requisitos para obtener esta prestación y la necesidad de equiparar los derechos de sustitución pensional entre cónyuges y compañeros permanentes, al igual que entre hijos matrimoniales, extramaritales y adoptivos.

Acerca de la igualdad de derechos de sustitución pensional de cónyuges y compañeros permanentes, de un lado, y de hijos matrimoniales, extramaritales y adoptivos, de otro, la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañero(as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio.²⁷

La Corte no encuentra ninguna razón que justifique que el Legislador no haya tomado en cuenta a los hijos adoptivos o procreados artificialmente, por cuanto en tales casos opera la misma razón que con los hijos procreados naturalmente, esto es, que su existencia permite presumir la solidez de los lazos entre el fallecido y el compañero o cónyuge supérstite. La expresión será entonces declarada exequible, en el entendido de que se aplica también a los casos de adopción de uno o más hijos con el pensionado fallecido.²⁸

De igual manera, en una sentencia posterior la Corte afirmó que

[la] convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social.²⁹

Por otra parte, ante la existencia del sistema dual de pensiones y de regímenes especiales, el tribunal constitucional colombiano ha debido

²⁷ Sentencia T-190 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ Sentencia C-389 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ Sentencia T-842 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.

en varias oportunidades estudiar su constitucionalidad, en el marco del principio de igualdad. Los resultados respecto a la constitucionalidad del sistema dual pueden concretarse así:

No se requiere que ambos sistemas [régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad] sean exactamente iguales, para que respondan a la finalidad de asegurar la pensión mínima, lo relevante es que el conjunto de las características y condiciones propias y que operan en cada uno de ellos, guarden la necesaria justificación objetiva y razonable, y constituyan medios que guarden proporcionalidad con la consecución del fin propuesto, o sea, la de asegurar una pensión mínima.³⁰

Por su parte, el estudio de constitucionalidad de los regímenes especiales arrojó los siguientes resultados, frente al principio de igualdad:

[Cuando] consagren [los regímenes especiales] para sus destinatarios un tratamiento inequitativo frente al que se otorga a la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, estas regulaciones deberán ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de la igualdad.³¹

A este argumento responde el estudio de constitucionalidad presente en la sentencia C-126 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara:

En cuanto al literal d) del artículo 259 [de la Ley 100 de 1993] acusado, según el cual se faculta al Consejo Nacional de Política Social (*sic*) para establecer causales adicionales por las cuales se pierde la prestación especial por vejez, estima la Corte que ella desconoce el ordenamiento constitucional, ya que quien está habilitado para señalar dichas causales es el legislador, y no como lo señala el literal impugnado, el Consejo Nacional de Política Social.

Igualmente se observa en la sentencia C-168 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte sostiene que

[el] aparte final del inciso tercero del artículo 36 [...] consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mien-

³⁰ Sentencia C-538 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

³¹ Sentencia C-1050 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

tras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior.

Para dar continuidad al desarrollo del principio de igualdad en materia pensional, el tribunal constitucional ha sustentado en forma muy prolíja la diferencia de requisitos de edad y semanas de cotización para obtener el derecho de pensión, en hombres y mujeres:

La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.³²

En palabras de la Corte, y partiendo de que la igualdad hace referencia al trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, esta discriminación se encuentra justificada y es proporcional:

La realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no es considerada trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.³³

32 Véase otra vez la Sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

33 Sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Posteriormente, y en esta misma línea, la Corte se pronunció para reafirmar la constitucionalidad de la mencionada diferencia de trato entre el hombre y la mujer:

[El] trato diferenciado [...] entre los hombres y las mujeres –en materia de edad– para acceder a la pensión de jubilación, está objetiva y razonablemente justificado, [...] dada la situación de desventaja e inferioridad en que se encuentra la mujer frente al hombre. [...] [Nada] se opone a que el legislador reconozca que entre uno y otro grupo de personas (los hombres y las mujeres) existen razones y fundamentos para establecer diversas formas de regulación normativa, y consagrar entonces, distintas hipótesis normativas asignándoles diferentes consecuencias jurídicas, siempre y cuando guarden, como así ocurre en el caso materia de examen, proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa y los fines que ésta persigue.³⁴

En una perspectiva contraria –y nada solidaria ni equitativa–, la Corte da muestra del carácter retórico de la jerga constitucional y la facilidad para llegar a conclusiones disonantes con la orientación general basada en la idea de justicia social que marca el sentido común de la jurisprudencia. En este caso, la Corte se remite al principio de igualdad para sustentar constitucionalmente el régimen especial de pensión a los ex presidentes:

[La] posibilidad concedida a los ex presidentes para pensionarse sin el cumplimiento de los requisitos de tiempo de cotización y de edad comúnmente exigidos, [...] persigue una finalidad, cual es la ya mencionada de retribuir al ex presidente y proveer a su subsistencia *digna*, y dichas finalidades se ajustan a la Carta, pues la axiología que la informa indica que es cometido del Estado realizar la justicia. Es justo que el erario público retribuya excepcionalmente a los ciudadanos que le han prestado servicios también excepcionales, y que lo haga en forma proporcionada a sus necesidades de *decoro personal*. Si la justicia consiste en dar a cada cual lo que merece, la normatividad demandada justamente realiza esta noción.³⁵ (Las cursivas no son del texto)

Sobra decir que la asunción que en este fallo se hace de la subsistencia en condiciones dignas es supremamente cuestionable y contrasta enormemente con la noción de mínimo vital antes desarrollada. La Corte

³⁴ Sentencia C-623 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

³⁵ Sentencia C-989 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

introduce en esta ocasión un criterio diferenciador criticable, en virtud del cual la dignidad de una persona parece ser susceptible de graduación, dependiendo de la calidad particular en cada caso.

Otra sentencia en esta perspectiva “nada solidaria ni equitativa” es la C-608 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, por medio de la cual una sala de conjueces de la Corte Constitucional estudió una ponencia apoyada por el magistrado Eduardo Cifuentes y siete conjueces que reemplazaron a los magistrados titulares que se declararon impedidos para conocer del asunto. Con este fallo la Corte Constitucional (i) preserva el privilegio de la pensión “especial” y (ii) pone límite a las pensiones a las que pueden aspirar los congresistas, así como los magistrados de las altas cortes, el fiscal, el procurador y el contralor.

Según la *ratio* de esta sentencia, de la propia Carta surge un régimen de características especiales, relacionadas con la típica actividad encomendada a los miembros del Congreso. Tanto el legislador, al expedir las pautas generales y los criterios en los cuales está fundado dicho régimen, como el Presidente de la República, al desarrollar esas directrices, deben procurar la integración de un sistema normativo armónico y coherente que en su conjunto promueva los valores de la igualdad, la solidaridad y la responsabilidad, y que sea económicamente viable, relacionadas las distintas variables que inciden en la carga pensional que, respecto a los congresistas, habrá de asumir el Estado.

El fallo de la Corte Constitucional decidió mantener los privilegios del Decreto N° 1293 de 1994, en el sentido de permitir a los altos funcionarios ganar sumas superiores a 20 salarios mínimos. Según la Corte Constitucional se justifica que los congresistas y los demás altos funcionarios tengan un régimen especial de jubilación pues sus cargos implican responsabilidades distintas a las del resto de los colombianos. La Corte señala que los beneficios de la jubilación habrán de ser razonables y por tanto para el cálculo de la pensión sólo habrán de tenerse en cuenta los rubros relacionados directamente con el salario de los congresistas, tales como el sueldo, los gastos de representación y las primas –y no los viáticos, los pasajes aéreos ni los gastos de celular o de transporte–. La decisión también restringe, sin eliminar, la opción de los “suplentes” para posesionarse unos meses antes de su jubilación y aplicar el régimen de liquidación de privilegio de los congresistas, obligando al ventajista a que labore en el Congreso al menos un año.

La crítica y la contraargumentación tienen que ver con que la Sentencia C-608 de 1999 es ciertamente una *decisión en causa propia* que desdice de la ecuanimidad y seriedad de esta corporación, pues cobijada bajo

el argumento de pertenecer a una *élite* conformada por “los altos funcionarios del Estado”, se abrogan un privilegio que les otorga pensiones desproporcionadas e inequitativas respecto al conjunto de los colombianos, al birlar el tope de los veinte salarios mínimos.³⁶

El principio de equidad

Respecto a la observancia del principio de equidad por parte de la jurisprudencia de la Corte en torno al derecho pensional, y en forma relacionada al principio de igualdad, se pueden resaltar dos sentencias: la T-608 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que consagra el pago con prelación por antigüedad, y la T-278 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se otorga una protección diferente a los peticionarios, en atención a la condición de indefensión de algunos de ellos. Así se pronuncia la Corte en el primero de los fallos referidos:

Al proceder a cancelar lo adeudado se confiere prelación a los más antiguos, atendiendo al momento en que accedieron al derecho y a la edad, sin que ello pueda entenderse contrario a la igualdad, debido a que, ponderados los aludidos factores, es claro que por no hallarse todos los pensionados en la misma situación se justifica la diferencia de trato, que, además, viene impuesta por la necesidad de brindar especial protección a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.³⁷

Por su parte, el segundo de los pronunciamientos señalados dispone que:

En la entidad accionada existen pensionados a los 39 años de edad, y aunque en estos casos se presume que se trata de personas con plena capacidad laboral, no obstante, por existir la necesidad por parte de estos jubilados de recibir la mesada, tal como consta en los expedientes de tutela, la Sala protegerá los derechos fundamentales alegados, ordenándose se pague sólo respecto al valor mínimo vital de la pensión como mecanismo transitorio a quienes tengan 69 años o menos, pues cuentan con otro medio de defensa judicial, jurisdicción laboral, para cobrar el excedente de la mesada. [...] En cuanto a los accionantes de 70 años o más, se concede la

³⁶ Una defensa del régimen especial que cobija a los “altos funcionarios del Estado” se encuentra en Dueñas (2003: 405-407).

³⁷ Sentencia T-608 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mesada pensional completa por ser consideradas estas personas, como lo ha reconocido esta Corte, de la tercera edad, y no están en las condiciones de soportar el trámite de un proceso ordinario. Estas personas merecen una especial protección puesto que no están en capacidad de obtener otro trabajo, de tal forma que la mesada pensional constituye la única fuente de manutención posible.³⁸

En estos fallos, como puede verse, el tribunal constitucional en mención ha dado una amplia cabida al criterio de equidad, en aras de obtener la solución *más justa para el caso concreto*. En esta misma línea se encuentra la siguiente consideración:

En el evento de que el empleador no cumpla con su obligación de cancelar los aportes obrero-patronales al seguro social, sobre él recae la obligación originaria de cubrir las respectivas prestaciones sociales, derivadas por ley de la relación laboral. [...] La causa de la disminución de las mesadas pensionales no es imputable al trabajador sino a la mora de la empresa, por lo que la conducta omisiva de ésta no puede afectar sus derechos.³⁹

En este caso, la Corte, además de dar cabida al principio de equidad, tiene en cuenta el requerimiento de eficacia jurídica-material. El principio de eficacia, que también se erige como parámetro de interpretación y aplicación del derecho pensional, debe entenderse de la mano del principio del Estado social de derecho, pues este presupone la protección de los derechos sociales y la garantía de unas mínimas condiciones materiales para todo individuo.

La Corte, abordando el principio de eficacia en materia pensional, tempranamente ha reconocido la necesidad de hacer efectivo el derecho pensional. Así puede evidenciarse en distintos desarrollos jurisprudenciales del mencionado derecho:

El simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable

³⁸ Sentencia T-278 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁹ Sentencia T-287 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. De manera similar, se puede ver la Sentencia T-075 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, por la cual la Corte afirma que "cuando por negligencia del patrono en el pago de las cotizaciones que inciden en la pensión de jubilación, la entidad de seguridad social correspondiente no la cancela, aquél está obligado a asumirla, ya que el trabajador no debe correr con las consecuencias de la indolencia patronal".

ble en aras de darle *eficacia material*, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas futuras y atrasadas, y que se le reconozca en aquellos casos que así se solicite, obviamente si se dan los presupuestos legales, la reliquidación o reajuste de la pensión a que tiene derecho.⁴⁰ (Las cursivas no son del texto)

En el mismo sentido se pronuncia en sentencia posterior,

Con el propósito de lograr la eficaz y completa protección de los derechos fundamentales comprometidos con la falta de pago, es menester que la orden de reconocimiento que imparte el juez de tutela se extienda a la totalidad de las sumas adeudadas al momento de presentar la demanda, tratándose, como en los casos que se analizan, de personas cuyo mínimo vital depende de su salario, y que se garantice la oportuna cancelación de las contraprestaciones futuras que correspondan al mínimo vital.⁴¹

Entonces, un fallo de tutela podrá, en aras de procurar la efectividad del derecho pensional, extenderse no sólo a la orden del pago de las mesadas pensionales adeudadas, sino también a la orden de que los pagos sean realizados oportunamente en el futuro. Así, esto representa la posibilidad de proteger preventivamente el derecho a la pensión y significa un “medio idóneo” para el juez constitucional, en beneficio de la efectividad de los derechos. El amparo preventivo en esta materia es también constatable en el fallo de tutela 339 de 1997:

La protección al derecho prestacional, [...] se extiende a aquellas situaciones en las cuales la falta de una organización y un procedimiento adecuados para la continuación en la prestación del servicio pudieran venir a afectar el goce del derecho, en este caso la protección es más de prevención, cuestión que también está admitida en la tutela.⁴²

En igual sentido se enmarcan los pronunciamientos de la Corte tendientes a negar validez a diversos argumentos, especialmente de tipo económico, que pretenden excusar el desconocimiento del derecho pensional y que atentan contra la efectividad de este derecho:

40 Sentencia T-516 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

41 Sentencia T-001 de 2001, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

42 Sentencia T-339 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El proceso concursal no es óbice para que el empleador pueda sufragar los gastos de administración, dentro de los cuales se encuentra el pago de las mesadas pensionales causadas durante su trámite.⁴³

[...] La crisis económica y presupuestal por la que atraviesa el Municipio o la entidad encargada de cumplir con el pago de las mesadas pensionales, no es excusa para el desconocimiento de los derechos fundamentales.⁴⁴

[...] Las empresas sean públicas o privadas, que han asumido en forma directa la carga pensional de sus ex trabajadores, violan los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de dichos pensionados, cuando alegan dificultades económicas o financieras para suspender de manera indefinida el pago de las mesadas pensionales.⁴⁵

Así, el tribunal constitucional, enfrentando la tensión entre los fines económicos y los sociales, ha planteado la superioridad de estos últimos.

No obstante el amparo que la Corte Constitucional ha brindado al derecho pensional, la efectividad real de este derecho, como lo constatan los índices de cobertura, es poco alentadora. Esto da al traste con las limitaciones del sistema judicial, y en general del derecho, para satisfacer los requerimientos sociales y materiales de la población, a la par que con su incapacidad para lograr cambios estructurales.⁴⁶

43 Sentencia T-323 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

44 Sentencia T-018 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

45 Sentencia T-024 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

46 Este es el caso de los pensionados de la Empresa Colombiana de Curtidos S.A., en liquidación obligatoria, que no paga a sus jubilados desde 1997. De los pensionados afectados quedan 181 y otros ya han muerto en medio de una dramática situación económica en la que la categoría doctrinal del "mínimo vital" se evapora en la realidad. La misma situación aqueja a los pensionados de los departamentos del Chocó, Valle, Córdoba, Vichada y Santander. La Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial N° 08 de 2001, ha repetido la doctrina constitucional en la materia en el sentido de que "adquieren esta condición por conexión con el derecho a la vida, la digna subsistencia o la igualdad, en el evento en que estos dependan del reconocimiento y pago de la pensión". Agrega que: "La protección constitucional del derecho al pago oportuno de la pensión encuentra su fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones: la dificultad de las personas de la tercera edad para encontrar un trabajo compitiendo en condiciones desiguales frente a un mercado laboral de por sí adverso y el carácter de justa contraprestación a favor de quienes han contribuido con su trabajo a la construcción y desarro-

Esta situación es incluso aceptada por la misma Corte, en la sentencia de constitucionalidad 1187 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz, en la cual este tribunal reconoce la gravedad de la situación del país en materia pensional, y conmina al Ejecutivo a tomar medidas para dar solución a tal estado de cosas:

[...] En virtud de la grave crisis fiscal en materia pensional que viven las entidades territoriales, es claro, para la Corporación, que dicha problemática no puede ser abordada únicamente con una óptica reductora que no supere los problemas exclusivamente locales, pues el problema pensional es de tal dimensión que, basta recordar, que el valor de la deuda pensional frente al Producto Interno Bruto, es de aproximadamente el 39% de éste [...]. Por lo tanto, la Corte no puede ignorar que tal cifra comporta una grave

llo de la sociedad. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional el pago de las mesadas pensionales debe ser completo y oportuno. El mismo debe regirse por los principios de continuidad y regularidad". Según la Corte Constitucional, la pensión de jubilación es un derecho fundamental cuando se predica de las personas de la tercera edad. En la Sentencia C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, manifestó que "es deber de las autoridades, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los períodos laborales ante distintos patronos". No obstante la tutela 014 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la realidad social no se modifica en el actual entorno económico; mediante esta sentencia la Corte Constitucional "ordena" a "Colcultivos S.A. que aunque esté en curso un proceso de liquidación y haya garantía fiduciaria adicional, pague en forma oportuna las mesadas pensionales a que tienen derecho los actores hasta cuando opere la conmutación pensional y/o finalice el proceso de liquidación obligatoria de Colcultivos". En el mismo sentido, véase la T-1010 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Un informe de la Superintendencia de Sociedades da cuenta del riesgo de por lo menos 4.999 pensiones, cuya provisión cuesta \$502.746 millones. Se trata del pasivo pensional de 531 sociedades, el cual asciende a \$2,5 billones para un total de 32.132 jubilados. De las 531 empresas analizadas, pertenecientes al sector de los productos químicos, alimenticio, comercio al por mayor, metalmeccánico, textil y editorial, 71 entraron en liquidación; de éstas, 38 contabilizaron el pasivo pertinente pero no cuentan con los activos para hacer los traslados contables al Instituto de Seguros Sociales, a una administradora de fondos privados o a una compañía de seguros, para garantizar el pago de la mesada (véase "En riesgo, unas 5.000 pensiones". *El Tiempo*, 28 de marzo de 2003, pp. 1-13). Como se puede colegir, mientras algunas personas gozan de "megapensiones", como los ex parlamentarios otras "gozan" de pensiones sin mesadas.

crisis futura de carácter macroeconómico, y que por lo mismo la Nación debe tomar las medidas para superar la crisis que padecen departamentos y municipios en esta materia, quienes no cuentan con los recursos para resolver la problemática fiscal del caso.⁴⁷

Este último estudio de constitucionalidad constituye una clara ilustración de la precaria situación actual del sistema de pensiones y la inaplicabilidad material o real del principio de universalidad. Se encuentra, entonces, un notorio retroceso: en un primer momento las dificultades no son excusa, para pasar a un segundo momento en el que, ante una situación crítica, la universalidad debe ser mermada.

Esta sentencia se encuentra precedida—como se reseñó— de un reconocimiento jurisprudencial del derecho pensional, de lo cual se podría extraer que la estrategia jurídica, si bien puede configurarse como un óptimo instrumento en la meta emancipatoria, no la satisface ni la agota para alcanzar resultados emancipatorios. Es entonces vital la actividad de los movimientos sociales y políticos, la presión de la sociedad y de los grupos civiles con capacidad de relieve político.

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En Colombia, el desarrollo de la doctrina constitucional ha tenido un formidable acicate en el ejercicio del recurso de la tutela.⁴⁸ El no reconocimiento de las pensiones o el no pago de las mesadas ha dado lugar a que una cuarta parte de tutelas resuelvan reclamaciones relativas al tema pensional, y no podía ser de otra manera si se tiene en cuenta la predominancia de una postura encaminada a poner en cuestión el derecho de las personas a la pensión, apelando a argumentos de carácter económico-financiero.

⁴⁷ Sentencia C-1187 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁸ En los primeros diez años de ejercicio de la acción de tutela se tramitaron más de 250.000 acciones por reclamaciones relacionadas con la salud y las pensiones. En el año 2000, según datos del Consejo Superior de la Judicatura, se radicaron en todos los juzgados del país (sin incluir datos de la Fiscalía) 1.618.771 nuevos procesos civiles, penales, administrativos, de familia y de tutela; de ellos 88.709 en los juzgados laborales sobre aspectos de la relación laboral (que incluyen algunos casos de seguridad social) y se instauraron 131.764 tutelas (la mitad de ellas corresponden a salud y pensiones); esto significa que los reclamos en materia de la seguridad social superan a los laborales en cuanto al acceso de las personas ante la justicia. Llama la atención este comportamiento jurídico de inspiración democrática, en medio de la ausencia de una cultura política de la seguridad social.

La Corte Constitucional ha estudiado diversos tópicos del derecho pensional: cotizaciones, derechos adquiridos, derechos subjetivos, régimen de transición, regímenes especiales, buena fe, respeto al acto propio, bonos pensionales, vías de hecho, debido proceso, derecho de petición, reajustes, mínimo vital, pensiones provenientes de convenciones colectivas, orden de pago de mesadas causadas.

También ha analizado la parafiscalidad y el propio equilibrio financiero del sistema de la seguridad social. El financiamiento de los sistemas requiere buscar el equilibrio entre la viabilidad financiera y los principios de solidaridad y orden justo, respetándose la dignidad de la persona.⁴⁹

Según la doctrina, la *ratio* del equilibrio financiero es el ser humano y no el sistema financiero. *Ergo*, una reforma a la seguridad social que se efectúa con base en el criterio de la viabilidad financiera, omitiendo lo que la doctrina constitucional plantea sobre los derechos inherentes a la persona humana, puede conllevar soluciones socialmente peligrosas, inconstitucionales y antijurídicas (Dueñas, 2002: 151). Sin embargo, ¿con qué tanta coherencia se mantiene su postura?

La discusión es si la seguridad social es un derecho prestacional tutelable por conexión con el principio doctrinario del “mínimo vital” o es un derecho fundamental *per se*. A continuación se reseña la discusión:

La seguridad social como derecho prestacional tutelable por conexión con el “mínimo vital”

Cuando en 1994 se demandó la Ley 100 con base en la consideración según la cual la seguridad social es un derecho fundamental y por consiguiente debería regularse mediante una ley estatutaria (artículo 152 C. P.), la Corte consideró que la seguridad social es un derecho de segunda generación y, por ende, no es fundamental.⁵⁰ Reiteradamente la jurisprudencia ha acudido a la consideración de que la seguridad social no es un derecho fundamental, pero que se protege por su conexión con derechos que sí tienen esta connotación. La Corte Constitucional ha precisado cuándo se pro-

⁴⁹ El equilibrio financiero ha sido estudiado en las sentencias U-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y U-508 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta última sentencia se hizo la siguiente precisión: “el equilibrio financiero tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida”.

⁵⁰ Sentencia C-408 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz.

tegen los “derechos prestacionales” mediante el ejercicio de la acción de tutela.⁵¹

La Corte se refiere a los derechos constitucionales de contenido prestacional en los siguientes términos:

La doctrina ha denominado a las obligaciones públicas del Estado *Aprestaciones constitucionales*, una de cuyas manifestaciones principales son los derechos fundamentales de prestación.

Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del Capítulo 2º, Título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad pueden tener un contenido prestacional.

En general, el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar, derivada del mismo texto constitucional. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional”; mientras que si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional.⁵²

De otra parte, otros elementos integrantes de los derechos sociales prestacionales les imprimen un carácter asistencial, relacionados con las funciones del Estado social de derecho, cuando éste adquiere un carácter de “Estado de prestaciones y de redistribución con fines de asistencia social obligatoria”. Se producen importantes repercusiones en la relación Estado-ciudadano, fortaleciendo la condición de este último frente al primero, por cuanto su reconocimiento impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público.

Como consecuencia del principio del reconocimiento de la dignidad humana y del Estado social de derecho surge la necesidad de realizar prestaciones positivas en materia social y *la configuración del derecho a un*

⁵¹ Véanse las sentencias T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-162 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Esta última expresa que: “[...] en principio esos derechos no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela; sin embargo, su vulneración puede ser tutelable en ciertos casos en los que se prueba el nexo de causalidad entre la violación de un derecho fundamental, como la vida, la salud o la dignidad humana, y la omisión en la prestación de un derecho de carácter prestacional”.

⁵² Sentencia T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

mínimo vital o a un mínimo de condiciones para su seguridad material en la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales, y la realización de las prestaciones sociales para poder vivir en forma digna, como lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional, conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Política.⁵³

Desde luego que, como lo ha reconocido la misma jurisprudencia constitucional, no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado,⁵⁴ pero en aquellos casos en que el Estado no asegura en forma eficaz el mínimo vital y los derechos mínimos de subsistencia, se quebrantan las obligaciones internacionales⁵⁵ y los derechos fundamentales constitucionales, susceptibles de la acción de tutela, por constituir una violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tales derechos, consagrados en el Título II, Capítulo 2º de la Constitución Política, implican una prestación por parte del Estado y una erogación económica con relación a la satisfacción de derechos fundamentales que tiene como soporte igualmente el reconocimiento de la igualdad de la persona humana y por tanto requieren la protección permanente para que tengan plena vigencia. Por ello se considera que *el Estado social de derecho no se debe limitar a proclamar los derechos, sino que tiene que tomar las medidas conducentes para hacerlos efectivos*, más aún tratándose de derechos sociales que son de aplicación inmediata, como los contenidos en los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución.

¿Cuál es el alcance de la justiciabilidad/tutelabilidad de los derechos sociales?

⁵³ La categoría “dignidad humana”, como fundamento constitucional, ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Véanse las sentencias T-401 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-402 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y la ya citada T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-124 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-542 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía; T-479 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-123 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-149 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-309 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-377 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-521 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y T-796 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁴ Sentencia C-025 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

⁵⁵ En la doctrina internacional, los derechos sociales prestacionales tienen un contenido esencial, este es precisamente el alcance de la noción de “mínimo vital” que acoge la doctrina constitucional colombiana, *cfr.* sentencias C-109 de 1995 y C-251 de 1997, ambas del M. P. Alejandro Martínez Caballero.

En sentencia U-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Sala Plena de la Corte Constitucional expresó que:

La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexión con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto de mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina prestaciones subjetivas a un mínimo vital -que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad-, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo.

La conclusión a la que se llega es que se tutela cuando el mínimo vital se encuentra afectado, es decir,

[...] cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia.

Por ello, la abstención o negligencia del Estado es la causante de la lesión de los derechos fundamentales, que da lugar a la protección del mínimo vital, como una garantía constitucional consagrada en el artículo 53 de la C. P. y en beneficio del imperio de la dignidad humana.

La tutela es entonces el mecanismo judicial útil para hacer efectivo el pago de pretensiones subjetivas derivadas del reconocimiento del mínimo vital y que exigen el cumplimiento del mismo y de los derechos a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, que pueden verse afectados

por la acción u omisión del Estado, en las circunstancias anotadas o de los particulares que coloquen a una persona en estado de subordinación o indefensión.

Para ciertas situaciones se ha reconocido que algunas prestaciones y derechos debidos a personas de la tercera edad, cuando están íntimamente vinculadas con su propia subsistencia en condiciones dignas, al involucrar el derecho al mínimo vital, a la salud o la vida, son susceptibles de la protección por el mecanismo de la acción de tutela. Es lo que ha ocurrido con el derecho al pago oportuno de las pensiones de jubilación y al reajuste periódico de las pensiones legales, cuya garantía está consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, a quienes, no obstante haberseles decretado el reconocimiento pensional, no se les ha incluido en nómina, con el pretexto de no existir disponibilidad presupuestal, circunstancia que no es óbice para hacer nugatorio el cumplimiento inmediato y eficaz del derecho prestacional al pago cumplido y en el monto reconocido de la mesada pensional (Herrera, 2001:300).

De manera positiva, la jurisprudencia ha establecido que no puede oponerse la inexistencia de apropiaciones presupuestales para los casos indicados, en relación con el reconocimiento de derechos prestacionales, de manera que el juez de tutela puede ordenar a la administración que se inicien las diligencias necesarias para que se proyecte el gasto y se logre la protección razonable y efectiva de los mismos.⁵⁶

Del mismo modo se ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra empresas que han dejado de pagar las mesadas pensionales, con los argumentos de haber iniciado el trámite concordatario preventivo obligatorio ante la Superintendencia de Sociedades y la circunstancia de la aguda crisis por la que atraviesa el país, y que manifiestan que sólo reanudarán los pagos, una vez tengan recursos disponibles para ello.

Ha sido copiosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual el derecho a la seguridad social, y en especial el derecho prestacional a la pensión de jubilación o vejez, constituye un derecho de aplicación inmediata en los eventos en que está destinado a suplir el mínimo vital de las personas de la tercera edad y ha señalado que la garantía de este derecho corresponde tanto a los empleadores públicos como a los privados, sin que el trámite concordatario pueda impedir la reanudación de los pagos pensionales y la elaboración de un programa para la cancelación de los pasivos laborales para el pago oportuno de las prestaciones de jubilación.

⁵⁶

Sentencia T-185 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

En estas circunstancias cabe afirmar que el Estado social de derecho, como principio fundamental de carácter constitucional, se encuentra íntimamente vinculado con el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y con el reconocimiento de la dignidad humana, lo que vincula un amparo de los llamados derechos prestacionales de segunda generación.

La definición y regulación de los derechos prestacionales no provienen de la Carta Fundamental, sino que corresponden al legislador, atendiendo a criterios jurídicos, políticos y presupuestales que pueden ser sujetos de control constitucional en aquellos casos en que la ley que los consagra establezca un trato discriminatorio o quebrante los mandatos constitucionales, como fue admitido por la Corte Constitucional, al declarar inexecutable un precepto legal que restringía el pago de la mesada adicional del mes de junio de cada año a quienes se hubiesen pensionado únicamente a partir de determinada fecha, configurándose un trato discriminatorio y una vulneración al derecho a la igualdad, en relación con pensionados jubilados con anterioridad a la misma.

En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que:

los derechos prestacionales generan en determinadas circunstancias un derecho subjetivo que puede ser exigible a través de los mecanismos judiciales, pero en otras ocasiones tales derechos tienen un contenido programático no susceptible de ser reclamado mediante el ejercicio de la acción correspondiente, por tratarse más bien de principios orientadores de la función pública o simples retos de la gestión empresarial, que tan solo contienen un programa de acción estatal o una intención institucional.⁵⁷

Así pues, aunque el estado inicial de un derecho prestacional tiene un contenido programático, que para su aplicación requiere la adopción de las partidas presupuestales correspondientes para el arbitrio de los recursos indispensables, aquél tiende a transformarse en un derecho subjetivo (Arango, 2002), que al adquirir tal calidad puede ser exigido mediante el ejercicio de la acción de tutela, para que pueda tener plena eficacia, al configurarse la violación de un derecho fundamental de carácter constitucional, siempre y cuando no se trate de derechos litigiosos o controversias que surjan de la interpretación de la norma; en estos casos, frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es procedente la acción de tutela, la cual no fue instituida para sustituir o reemplazar a las jurisdic-

⁵⁷

Sentencia T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ciones competentes en el conocimiento y la definición de los respectivos conflictos laborales de orden prestacional (art. 86 C. P) (Herrera, 2001: 293).⁵⁸

De ahí que, como lo sostuvo la Corte:

Cuando los derechos prestacionales, genéricamente consagrados, son asumidos por el Estado en forma directa, y se ha definido legal y reglamentariamente como destinatario de una prestación específica a un grupo de personas determinadas, tales derechos se truecan en subjetivos y, en consecuencia, pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares, a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador.⁵⁹

De esta manera, es posible que la procedencia de la acción de tutela en relación con los derechos prestacionales dependa de la capacidad de exigir el derecho particular fundamental de orden constitucional, con el carácter imperativo y de inmediato cumplimiento que deben tener las normas que los consagran, pues si aquellos reflejan tan solo un postulado programático o versan sobre controversias relacionadas con la interpretación de la norma constitutiva de un derecho litigioso, no podrán reclamarse, en estos casos, incoando la acción de tutela.

En cuanto a los llamados “medios idóneos” para la realización de los derechos, la doctrina ha señalado que no sólo las disposiciones legales o las medidas administrativas son idóneas para el cumplimiento oportuno de los derechos prestacionales, ya que además existen controles a través de las decisiones judiciales para hacer efectiva la realización y protección de los mismos, mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de los procesos ordinarios y de tutela, de acuerdo con el grado de competencia señalados en la Constitución o en la ley.

Lo anterior se encuentra en concordancia con el criterio de la Corte Constitucional, según el cual, las decisiones judiciales deben incluirse dentro de los medios jurídicos idóneos para la realización de los derechos sociales prestacionales, expresado en los siguientes apartes contenidos en la ya mencionada sentencia C-109 de 1995:

⁵⁸ La racionalización del mecanismo de la tutela tiende a reducir la capacidad de realización de los derechos sociales bajo el enfoque pragmático de que lo viable es “lo normado dentro de una concepción de la prestación de servicios como un mero relacionamiento contractual”. *Contrario sensu*, no se trata de enfrentar los conceptos de derecho fundamental con el de derecho prestacional sino entender este último como parte del primero.

⁵⁹ Sentencia T-042 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Entre las medidas de “otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces como medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces como medidas de otro carácter diferentes a las leyes, deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos.

Siendo la acción de tutela el instrumento institucional de protección de los derechos fundamentales, se ha planteado en diversas oportunidades la inquietud acerca de si el incumplimiento del pago de obligaciones prestacionales hace procedente el ejercicio de la misma, frente a la existencia de otros mecanismos judiciales como el proceso ejecutivo laboral regulado por los artículos 100 y subsiguientes del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 712 de 2001.

En suma, la postura que no reconoce como fundamental el derecho a la seguridad social, reiterando que la Corte Constitucional ha retomado la tesis del “mínimo vital” en relación con la viabilidad de la acción de tutela ante la urgencia de la protección inmediata y la necesidad de satisfacer un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas del trabajador activo o en retiro.

El derecho a la seguridad social como derecho fundamental *per se*

La postura según la cual el derecho a la seguridad social no es un derecho fundamental ha ido perdiendo certeza y consistencia. Algunos autores consideran que la distinción entre derechos de primera generación (derechos civiles reconocidos por las revoluciones burguesas) y derechos de segunda generación (sociales, económicos y culturales) es una diferenciación perversa.⁶⁰ Como ya se anotó en la sección inmediatamente anterior, la

⁶⁰ El Código Iberoamericano de la Seguridad Social (junio de 1992), adoptado por la legislación interna por la Ley N° 516 de 1999, “reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”. Véase Dueñas (2003: 38). La 890 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra del 5 al 21 de junio de 2001, trató un punto inscrito por el Consejo de Administración consistente

Constitución colombiana consagra en su artículo 1° el respeto a la dignidad humana como el fundamento del Estado social de derecho. La alusión a la dignidad humana es clave porque ella es precisamente el fundamento de los derechos humanos. Se ha hablado de derechos humanos de primera generación, de segunda generación, de tercera y hasta de cuarta generación, y la mejor manera de entender esas distintas generaciones de derechos es interpretándolas como diversos paradigmas de la dignidad humana que se han dado en diferentes épocas históricas.⁶¹

Se puede afirmar que en 1789, cuando se produce la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, surgen los derechos de primera generación, y un primer paradigma de la dignidad humana. El conjunto de derechos que se proclaman como producto de la revolución burguesa son fundamentalmente las libertades públicas, lo que también se conoce como la libertad negativa, en el sentido de que el Estado no puede interferir en determinadas órbitas, o lo que también se denomina libertad/seguridad porque la persona, el ciudadano tiene la certeza de que en esa área no va a intervenir la acción del Estado: se trata del derecho a la igualdad (todos nacen libres e iguales), el derecho a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa, a la libertad de movimiento, se trata de derechos no prestacionales, que corresponden a un primer paradigma de dignidad humana.⁶²

en una discusión general sobre “Seguridad Social: temas, retos y perspectivas”, con base en el Informe VI elaborado por la OIT. La Comisión de Seguridad Social, integrada por 229 miembros, representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores asumió el reto de “definir la visión de la seguridad social que guiaría la labor de la Organización en los años venideros” y produjo una Resolución cuyo punto 2 enuncia que la seguridad social “es un derecho humano fundamental”. En esa materia, el Consejo de la Unión Europea tiene la misma postura de reconocer la fundamentabilidad del derecho a la seguridad social.

⁶¹ Es necesario desmitificar la noción de generaciones para los derechos humanos. Esta periodización ha perjudicado la adecuada comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, haciéndolos dotar de procesos complejos dentro de los cuales se hace imposible la exigencia del Estado o la aplicación inmediata.

⁶² Este primer paradigma de la dignidad humana toma como referencia la concepción de Kant sobre lo que es la dignidad: ¿qué es lo que significa que el hombre es digno? La primera formulación del imperativo categórico de Kant dice: *obra de tal modo que tu conducta pueda erigirse en norma de comportamiento universal*, y la segunda: *trata a los demás como fines y no como medios*, lo que se puede expresar de la siguiente manera: no uses al otro, el hombre no es manipulable, allí radica su dignidad: el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para un fin.

Cuando la Constitución de un Estado afirma que su fundamento es el respeto de la dignidad humana, esta afirmación ética tiene fuertes connotaciones políticas; la primera connotación política es que, dentro de este Estado, la persona no es un medio, la persona es un fin, el medio es el Estado que va a contribuir a que la persona se realice como tal. Ese es el primer paradigma de la dignidad humana, y se puede afirmar que concebir al hombre como un fin en sí mismo es concebirlo con libertad de acción, libertad de movimiento, libertad de conciencia, en un plano de igualdad con los demás.⁶³

Para que esas libertades no sean letra muerta, no sean meras libertades formales, es necesario que existan ciertas condiciones materiales-económicas para que la persona pueda realizarse. No hay duda de que las libertades consagradas en un texto constitucional y en una ley son hueras, son vanas, si las personas no se encuentran en una situación económica que les permita ser titulares de esos derechos, de nada vale que a una persona se le reconozca que tiene libertad de expresión si no tiene manera de expresarse, o libertad de movimiento, si no tiene manera de moverse. De manera que este segundo paradigma apunta a que existan condiciones materiales que permitan a la persona afirmarse realmente como titular de esos derechos.⁶⁴

Surgen entonces los derechos de segunda generación, los derechos sociales, económicos, que se denominan derechos prestacionales, porque ya

⁶³ La Sentencia T-248 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, al tratar la vida humana en los términos de la garantía constitucional de su preservación, explica que la vida no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y psíquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

⁶⁴ Según la ya citada T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein, los criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho “sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso y de una voluntad colectiva en cuanto a la naturaleza determinada de un derecho, con las implicaciones relativas al contenido esencial (el ámbito necesario de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las modalidades en que se manifieste. Es así mismo el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión), a la conexión con los principios y a la eficacia directa, según la cual para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa”.

no se trata simplemente de una acción negativa del Estado, que el Estado no interfiera, ahora se requiere que el Estado actúe, que el Estado suministre prestaciones, por eso esos derechos se denominan también derechos presenciales.⁶⁵

Sobre la base de estos dos paradigmas surgen los llamados derechos de tercera generación, los derechos a la cultura, los derechos a la recreación, y también los derechos de cuarta generación, como el derecho al medio ambiente. El hilo de los derechos humanos conduce hacia una misma finalidad: la plenitud de la persona. ¿Cómo se puede considerar que la persona en realidad se afirma como digna? y ¿cuáles son las condiciones que permiten afirmar que la persona vive en un medio a tono con lo que su dignidad reclama?

Las anteriores consideraciones tienen relación con la manera como esos derechos se protegen. No existen mecanismos idénticos para proteger los derechos de primera, de segunda, de tercera generación. Los derechos de primera generación son derechos inmediatamente reclamables de parte del Estado, son los derechos inmediatamente tutelables. Los derechos de segunda generación como derechos presenciales requieren un instrumento que no es tan sencillo.

Los teóricos del derecho llaman a los derechos de primera generación derechos propiamente. En términos de Dworkin son *rights*, mientras los de segunda generación son *policy*, es decir, la orientación de una política que el Estado traza en un determinado sentido, pero que requiere una mediación en el plano del proceso técnico-administrativo (Dworkin, 1978: 1308-1310).⁶⁶ No son derechos directamente exigibles, son derechos que

⁶⁵ En la actualidad, la formulación de derechos universales en virtud de la racionalidad, derechos *a priori*, está en crisis, dado que no sólo estos derechos son producto de circunstancias históricas, sino también de la visión que del hombre se tenga, la cual es eminentemente histórica.

⁶⁶ Con respecto al comportamiento del juez cuando hace ley precisa, Dworkin dice: "(...) judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislative would enact if seized of the problem", (...) "arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right". ["Los jueces algunas veces hacen nuevas normas, ya sea de manera encubierta o explícita. Pero cuando lo hacen deben actuar como delegados de la legislatura apropiada, promulgando la norma que ellos suponen el legislativo hubiera hecho ante la misma situación", [...]"argumentos sobre cierta *policy* (de contenido político,

requieren una regulación, una legislación que establezca claramente bajo qué condiciones son exigibles.⁶⁷ En esa línea de pensamiento no es posible la protección de los derechos prestacionales, mientras no se establezca una política de Estado para el logro del objetivo de su realización, y por tanto resulta más compleja, más problemática, dado que está mediatizada de una manera que no es de su naturaleza, la protección tutelar, como la que corresponde a los derechos de la primera generación, de los derechos-libertades.

Es preciso diferenciar entonces lo que son propiamente los derechos *in genere*, de los derechos fundamentales, de los derechos prestacionales, de las políticas de Estado. La doctrina de la Corte Constitucional plantea que aun en casos en que todavía el legislador no ha establecido claramente esas condiciones, es posible que el juez, ante una situación apremiante, ordene directamente el amparo.

La Corte Constitucional, especialmente a partir de la SU-430 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, ha indicado, en el tema de pensiones, que éstas *pueden adquirir el carácter de fundamental*,⁶⁸ y ha reconocido que los derechos sociales son derechos humanos. Por consiguiente, hay que tener

por supuesto) se justifican al mostrar que la decisión avanza o protege *cierta meta colectiva* de la comunidad como un todo. Los argumentos en torno a cierto *principio* justifican una decisión política al mostrar que la decisión respeta o protege cierto derecho individual o de un grupo específico"]. En ese sentido afirma que los *principios* son superiores o determinantes frente a los *políticas*. Para el desarrollo de estos puntos véase Dworkin (1985: 72-104).

⁶⁷ En la Sentencia T-116 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara, se explica cómo el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos, y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o de dar, derivada del mismo texto constitucional. Sobre la realización progresiva de los derechos sociales véase la mencionada Sentencia C-251 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁸ Anota la mencionada sentencia de unificación que: "estando debidamente probada la vulneración del derecho a la seguridad social por conexión con los derechos a la igualdad y a la subsistencia digna, el dejar de tutelarlos efectivamente sería contrariar la doctrina constitucional que ha indicado que '... la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexión con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad. (C. P. art. 46). Incluso, en la misma jurisprudencia la Corte manifestó que '... en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexión con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta corporación en la Sentencia SU-111 de 1997'".

sumo cuidado, *sindéresis*, porque una cuestión es diseñar el sistema (cuestión propia del legislador según la Constitución) y otra muy diferente afectar derechos que han asumido el carácter de fundamentales porque se puede poner en peligro, *v. gr.*, la dignidad humana, la vida, el libre desarrollo de la personalidad o derechos de las personas de la tercera edad.

Para fortalecer su postura, la Corte indica que el bloque de constitucionalidad⁶⁹ se integra de acuerdo con el aparte final del artículo 93 de la C. P. que dispone: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La concepción de la seguridad social que trae la Constitución de 1991 recoge la tendencia normativa universal, expresada en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, cuyo artículo 9º dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

La doctrina ha afirmado igualmente desde 1942 que la seguridad social:

trata de combatir los “cinco grandes malignos”: la necesidad, por falta de medios de subsistencia; la enfermedad, que con frecuencia deriva de aquella necesidad; la ignorancia, que ninguna democracia debe permitir entre sus ciudadanos; la miseria, inadmisibles en países civilizados y entre laboriosos capaces; y la ociosidad, por los peligros sociales que implica este pésimo ejemplo [...].⁷⁰

El Protocolo de San Salvador, artículo 9º, establece el derecho a la seguridad social. El mismo Protocolo (adoptado por la Ley 319 de 1996), en su artículo 1º, consagra la progresividad que obliga a destinar el máximo de los recursos disponibles para efectividad de los derechos. Por lo tanto, la argumentación de la C-408 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz, tambalea argumentativamente. No sobra agregar que en la C-1064 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa,⁷¹ se sostiene que aunque el Congreso goza

⁶⁹ Véase nota 178 *supra*.

⁷⁰ *Informe Beveridge* (1942), Inglaterra, *cit.* por Morón (2000: 675).

⁷¹ Vale recordar que mediante Sentencia U-1052 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional había resuelto denegar las acciones de tutela al considerar la improcedencia de las mismas, en relación con el reajuste de salarios y pensiones estatales para el año 2000, argumentando que: “Al juez constitucional no le corresponde interferir, por vía de tutela en las decisiones generales abstractas e impersona-

de la facultad de configuración legislativa, las fuerzas políticas del momento no pueden afectar “*el principio de inmunidad de los derechos*”, y al referirse a las pensiones, la sentencia resalta la garantía a la seguridad social. Esto armoniza con el *principio de irregresividad*, especialmente aplicable a los derechos provenientes de la seguridad social.

El Tribunal Europeo de los derechos Humanos considera que las personas tienen derecho de propiedad sobre la seguridad social, luego no se trata solamente de proteger a quien ha adquirido el estatus de jubilado. La Corte Constitucional en la Sentencia T-1752 de 2000, M. P. Cristina Pardo Schlesinger, considera que la pensión es *un derecho subjetivo*, que por supuesto se desprende de la norma constitucional (artículo 48 en general y artículo 53 tratándose de trabajadores dependientes) y de unos *límites legítimos* que no pueden ser alterados porque están protegidos en cada caso concreto.⁷² De ahí la importancia del régimen de transición.⁷³

Como precedente, es necesario referirse a la jurisprudencia constitucional consignada en la sentencia del 28 de febrero de 1946 de la Corte Suprema de Justicia, que dio a la pensión la connotación de derecho *adquirido* y planteó el estatus de jubilado. Esta jurisprudencia se explicó con mayor precisión en el fallo del 15 de marzo de 1968 por el cual se desató la acción de inconstitucionalidad que declaró exequible la pensión de los ex presidentes de la República. La Corte Constitucional también ha defendido la pensión como derecho adquirido.⁷⁴

La doctrina constitucional ha logrado esclarecer que el sistema colombiano de seguridad social integral es un sistema mixto que recoge elementos de los modelos clásicos (tanto continental como atlántico); es un

les confiadas por la Constitución Política a otras autoridades estatales, aunque si podría, en defensa de aquellas situaciones concretas y particulares que le competen, ordenar que se adopten medidas excepcionales con el propósito de salvaguardar los derechos de aquellos que, por quedar cubiertos en una decisión general, resultan discriminados y por tanto desprotegidos. [...] Por consiguiente, la Corte estima que en el presente asunto la tutela no puede concederse como mecanismo transitorio, en razón a que deben ser las instancias correspondientes las que decidan si los actos generales que se controvierten, vulneran el derecho a la igualdad y al trabajo de los servidores públicos; y, como ha quedado expuesto, ninguno de los accionantes adujo ni probó un perjuicio irremediable que amerite la protección transitoria”.

⁷² Véase la Sentencia T-1279 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³ Para un análisis sobre el régimen de transición y sus facetas, véase Dueñas (2003: 333-357).

⁷⁴ V. gr., la ya citada Sentencia SU-430 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

sistema público que tiende a la universalidad, causalista, de financiación diversa; cobija prestaciones económicas y prestaciones de servicios y permite regímenes plurales.⁷⁵

La Constitución de 1991 dio rango constitucional a la seguridad social y le otorgó al legislador la facultad de indicar cómo quedaría establecida. Los artículos 46, 47, 48, 49 y 50 de la Constitución Política son los que tratan el tema de la seguridad social en armonía con los artículos 11 y 21 y el Preámbulo. La Ley 100 (con las modificaciones consignadas en la Ley 797), con más de dos centenares de decretos que la desarrollan, conforma el marco legal.

La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social y permite que se establezca el sistema, remitiendo esta facultad al legislador. La Ley 100 de 1993 “crea el sistema de seguridad social integral” (la cursiva no es del texto).

75

Este punto merece una explicación: no existe ningún país con un único régimen de seguridad social, luego puede haber muchos regímenes especiales, aunque la tendencia sea a reducirlos. Técnicamente se considera que la denominación *sistema* general de seguridad social incluye varios mecanismos o *regímenes*, varios operadores y conceptos: entidades públicas y privadas encargadas de la prestación del servicio y las normas y los procedimientos. No se puede confundir *sistema* con *régimen*. Para entender la diferenciación hay que hacer un breve recuento histórico: Bismarck, el 17 de noviembre de 1881, leyó un mensaje en el cual propuso normas para una seguridad social basada en los aportes de los empleadores y los trabajadores con el objetivo político de evitar el ingreso masivo de los trabajadores al partido socialista alemán. A este modelo se le llamó “contributivo” o “continental”. El sistema de seguridad social surgió el 20 de noviembre de 1942, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando el gobierno británico hizo público el Informe Beveridge, que plantea un sistema de seguridad social basado en recursos provenientes del presupuesto general del Estado, para aumentar la cobertura a los no trabajadores, sistema que se va a conocer como “atlántico” o “universalista”. El objetivo fue atraer a toda la población para solucionar las secuelas de fenómenos como la gran depresión de 1929, que se consideró como causa principal para el crecimiento del fascismo y de la confrontación bélica de 1939 a 1945. Actualmente no se aplica ninguno de estos modelos (de Bismarck y Beveridge) de manera pura, se entremezclan sus componentes. El sistema de la seguridad social en pensiones puede tener distintos *regímenes*, por ejemplo el universal, el asistencial y el de seguro social. Este último cuenta con mecanismos internos, tales como la edad, el tiempo trabajado y las cotizaciones. De ahí que pueda haber regímenes de transición y multiplicidad, esto es, diversidad de exigencias en cuanto a la edad o a la cuantificación. En conclusión: el sistema es una política y el régimen es un mecanismo. Confundirlos dificulta una correcta interpretación jurídica.

Los principios rectores son los que se han mencionado *supra*: eficiencia, universalidad y solidaridad. Existen dos aspectos adicionales, el de la seguridad social como servicio público (artículos 365, 366 C. P., artículo 21 Ley 100) y el de la seguridad social como principio fundante del derecho al trabajo (artículo 53 C. P.)

¿Es entonces la seguridad social es un derecho fundamental? La respuesta que se dé a esta pregunta tiene profunda repercusión en la práctica y en la política. Dentro de un esquema de contenido liberal ha calado la idea de que la seguridad social, en sí misma, no es un derecho fundamental. No se trata de una idea aceptada por el sentido común y la jurisprudencia ha sido oscilante. En efecto, este derecho a la seguridad social está establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (C. P artículo 46, inciso 21) y de los niños (artículo 44 *ibídem*). Estas tres normas que aparecen dentro del capítulo “Derechos Sociales, Económicos y Culturales”, en el caso específico de los niños, tanto la seguridad social como la salud, se reseñan como derechos fundamentales.

La jurisprudencia no duda en reconocer, por ejemplo, la jusfundamentalidad del derecho a la educación, de la asociación sindical y en ocasiones del derecho al trabajo, que son típicos derechos prestacionales, e incluso en la Corte expresó que existe “el derecho fundamental de toda persona a la integridad primaria y primacía de la Constitución”,⁷⁶ lo cual incluye la cláusula del Estado social de derecho y dentro de ella por supuesto la seguridad social (si en la sentencia T-111 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, se consideró como derecho fundamental el derecho a la seguridad social respecto de los ancianos, y si en la sentencia T-568 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se catalogaron los derechos sociales como derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales, y por ende objeto de protección tutelar como en efecto ocurrió), entonces no hay explicación alguna para que tajantemente se considere que la seguridad social no es un derecho fundamental.

Pero la posición ecléctica persiste y convive con otra jurisprudencia. Esta se encuentra en las sentencias T-426 y T-516 de 1993, ambas del M. P. Hernando Herrera Vergara, T-068 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. En ellas la jurisprudencia plantea que se adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la

⁷⁶

Sentencia T- 06 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (C. P. artículo 11), la dignidad humana (C. P. artículo 11), la integridad física y moral (C. P. artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (C. P. artículo 16), o derechos de las personas de la tercera edad (C. P. artículo 46). Esta es una posición evidentemente distinta a la de únicamente conectar el derecho a la seguridad social con el derecho a la vida digna en términos del principio doctrinario del mínimo vital.

Pese a la dureza de la Ley 100 y a su esquema alrededor de las cotizaciones, no se puede olvidar que la pensión no es una dádiva,⁷⁷ que es un derecho adquirido por quienes cumplen los requisitos exigidos para tener el estatus de jubilado. Estos requisitos “no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente”.⁷⁸

La posición de la Corte Constitucional se halla en numerosas sentencias, desde la T-181 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara. En la T-1016 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se contemplaron numerosos tópicos que tienen que ver con el derecho a la seguridad social en pensiones y se recordaron jurisprudencias anteriores, luego se trata de una sentencia-tipo.⁷⁹

⁷⁷ Tampoco la razón de ser de la pensión es el ahorro, este apenas es uno de sus elementos. El derecho a la pensión es el reconocimiento de una vida al servicio de la conformación de una sociedad y una nación, es el respeto a la ancianidad o la invalidez que impiden laborar, es la erosión del estado físico y psíquico de la persona, que obligan al retiro y al derecho al descanso y es el derecho que toda persona tiene a una digna finalización de la vida. Como lo señala la sentencia C-247 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz: “La pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva de la Nación ni del empleador, sino el simple reintegro que del ahorro constante de largos años, es debido al trabajador. La no devolución de ese ahorro coactivo y vitalicio denominado –pensión– equivale, ni más ni menos en este caso, a un comiso de características especialísimas, puesto que el bien decomisado no tiene relación alguna con el presunto delito que se le imputa al pensionado, y la privación del mismo se efectúa sin intervención de funcionario judicial alguno, y sin posibilidad de que el afectado pueda ejercer el derecho de defensa que le asiste para defender su patrimonio”.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 20 de abril de 1968.

⁷⁹ Se entiende por sentencia-tipo la que constituye el punto de partida para la jurisprudencia posterior, sentando doctrina de esa manera.

La protección mediante tutela a la pensión surge no sólo de la seguridad social sino de la relación laboral. Luego incluye los principios de la seguridad social ya señalados y que aparecen en la propia Constitución: eficiencia, universalidad, solidaridad, también tratándose de los trabajadores dependientes, los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C. P. con las siguientes expresiones:

Primacía de la realidad: “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

Irrenunciabilidad: “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, “facultades para transigir y conciliar únicamente sobre derechos inciertos y discutibles”.

Favorabilidad, condición más beneficiosa y principio pro operario: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

Justicia social: “garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer; a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

Intangibilidad de la remuneración: “pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales”, “remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; “remuneración legal y apropiada que le aseguren al pensionado la debida mesada” (T-1016 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero); este es un principio clave en el sistema de seguridad social en pensiones.

Buena fe: en el artículo 83 de la C. P. se indica: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (Dueñas, 2001: 46).

Un fenómeno de tensión de estos principios se presenta en los regímenes de transición. Cuando se propone una reforma –dado que el sistema de la seguridad social muestra falencias–, hay que tener sumo cuidado para no afectar derechos adquiridos y subjetivos, menos aún el *principio de irregresividad* de los derechos en vía de adquisición. Esto implica la necesidad de un adecuado régimen de transición.⁸⁰

80

La legislación comparada trae numerosos ejemplos de prudencia en los procesos de ajuste y reforma del régimen. En Estados Unidos y Japón se incrementó en dos años la edad de jubilación y en Italia en cinco años y en los tres casos se ha fijado un período de aplicación progresiva de veinte años. Otro ejemplo, referente a la base reguladora: en Alemania es el 70% del salario neto; la reforma de 2001 lo redujo al 68%, pero a partir de 2011.

En materia de pensiones hay regímenes especiales y de transición que deben respetarse porque constituyen derechos adquiridos,⁸¹ en virtud de lo expuesto.

La transición se compagina con la *favorabilidad* (artículo 11 de la Ley 100), que consiste en respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos y subjetivos, que han tenido su origen no solo en leyes, sino en decretos e incluso en pactos y convenciones colectivas de trabajo.⁸²

La Ley 100 de 1993 fue respetuosa en cuanto al régimen de transición. Lo consagró en el artículo 36 que ha sido demandado en varias ocasiones y la Corte siempre lo ha considerado constitucional.⁸³

El régimen de transición tiene por objetivo no truncar derechos en vía de adquisición. El trabajador que lo invoca se ampara en el principio de favorabilidad del derecho laboral constitucionalmente reconocido en el artículo 53 C. P., que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor.⁸⁴ Y aun así su diseño no ha permitido eliminar el punto de quiebre que a todas luces es discriminante y problemático.

⁸¹ El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos implica reforzar el criterio de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia de que la seguridad social es un derecho subjetivo, es un derecho adquirido, que adquiere connotación internacional. Ese derecho a la seguridad social, al ser reconocido por la Constitución, como ocurrió en Colombia a partir de 1991, tiene tal fuerza que cualquier interpretación debe ceñirse a determinados principios, indicados *supra*. Además, en el caso colombiano, la seguridad social no puede desligarse del derecho a la igualdad, cuestión que no se podía plantear antes de 1991 por la sencilla razón de que la Constitución de 1886 no consignó el derecho de igualdad. Pero el punto a resaltar es que no se puede confundir el derecho con el sistema, ni mucho menos supeditar el derecho al sistema. Si una norma jurídica reconoce un derecho, no es justo soslayar su contenido material por razones simplemente financieras del sistema.

⁸² Sentencia C-27 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸³ La transición es una figura con fuerte respaldo constitucional; véanse las sentencias C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-027 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-126 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-596 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-058 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. La C-596 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, hace énfasis en que se debería estar afiliado el 11 de abril de 1994 para invocar el régimen de transición; concepto muy discutible porque confunde, de cierta forma, régimen con sistema.

⁸⁴ Durante el debate sobre la reforma a la Ley 100 causó alarma que el sector empresarial, en sus observaciones al proyecto de reforma pensional, afirmase que el período de transición contemplado en la ley se catalogara como una simple expectativa. Por su lado, el Gobierno opinaba, y así lo expresó en documentos presentados en las

Este principio de la favorabilidad está de acuerdo con el régimen de transición. En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 establece una excepción a la aplicación universal del sistema. Esa excepción corresponde a quienes el 11 de abril de 1994 hayan tenido 35 años, si son mujeres, o 40, si son hombres, o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión. Los únicos que quedarían por fuera de este régimen de transición serían quienes voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambien al de prima media con prestación definida.

El interesado en el régimen de transición puede acogerse a él no solamente porque el artículo 36 de la Ley 100⁸⁵ es muy claro, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor y, además, porque en la Ley 100 (artículo 11) se establece la favorabilidad, como se anotó.

En cuanto a los regímenes especiales la Corte indicó:

Ha sostenido esta Corte que el legislador, mientras no desconozca postulados o disposiciones constitucionales, goza de atribuciones suficientes para estructurar regímenes generales y especiales en materia salarial y prestacional (Cfr. por ejemplo, la sentencia C-129 del 11 de abril de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galin-

reuniones de la Comisión de Reforma, que el régimen de transición hacía parte de los regímenes especiales. No obstante ser un punto muy discutible, funcionarios del Ministerio de Hacienda opinaron que los regímenes especiales deberían finalizar en el año 2014, aunque se conocieron posturas que propugnaban por su desmonte *ipso facto*. En efecto, un juicioso examen a la luz de la jurisprudencia constitucional del régimen de transición, consignado en el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, por el cual se modificó el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitió que fuese declarado inexecutable por la Sentencia C-1056 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Igual suerte corrió el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, declarado inexecutable por medio de la Sentencia C-754 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Para resolver el problema, el Gobierno de Álvaro Uribe presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional para dejar claro “que las expectativas no constituyen un derecho adquirido”, el cual seguramente tendrá el mismo destino por reñir con el concepto jurisprudencial de “derecho adquirido” y con el principio constitucional de favorabilidad.

⁸⁵ Los artículos 36 y 52 de la Ley 100 fueron reglamentados por el Decreto N° 2527 de 2000.

do). Y puede, por supuesto, sin estar impedido para hacerlo puesto que la misma Constitución Política prevé las reglas generales de su propio régimen (art. 150, numeral 19, literal e., C. P.), siempre que no invada la órbita concreta que al Gobierno corresponde.⁸⁶

No sobra repetir que a lo anterior habría que agregar la favorabilidad para los pensionados que se hallan en la tercera edad.⁸⁷ La jurisprudencia constitucional ha sido *garantista* cuando se trata de personas que han superado la edad de vida probable o que por su delicado estado de salud es de presumir que no podrían esperar vivos a que controversias jurídicas ordinarias que generalmente son falladas muchos años después de presentada la correspondiente demanda. Últimamente se permite estar en el umbral de ese límite de la edad de vida probable, siempre y cuando las pruebas indiquen que la salud del peticionario está deteriorada. Lo concreto es que en estas situaciones se dan órdenes prontas para que los funcionarios administrativos revoquen o adecuen decisiones que han afectado a esas personas de la tercera edad, siempre y cuando se les hayan violado derechos fundamentales. También se puede, mediante tutela, dejar sin efecto una resolución que no concedió una pensión, si la determinación afecta el principio de favorabilidad. En una sentencia de reiteración de jurisprudencia se dispuso:

Sin embargo, dada la avanzada edad del demandante, su precario estado de salud, la protección especial que merecen las personas de la tercera edad y por supuesto los derechos fundamentales como la salud y la vida, altamente comprometidos en este asunto, se solicitará a la Caja Nacional de Previsión Social, que mientras se decide el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el demandante, revise nuevamente⁸⁸ la situación del actor y tenga en consideración los tiempos debidamente trabajados y cotizados a todas las entidades en donde éste laboró. Para ello, deberá tenerse en cuenta el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las normas laborales que sean propias al caso en controversia.⁸⁹

⁸⁶ Véase la citada Sentencia C-608 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁷ Véase la varias veces citada Sentencia T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁸ En el mismo sentido, véanse las sentencias T-334 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-799 y T-808, ambas de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y T-827 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁹ Sentencia T-408 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis. En la sentencia ya citada T-168

Reitera así la Corte la jurisprudencia constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta *requiere el amparo urgente de sus derechos dada la gravedad del perjuicio que atraviesa*.⁹⁰ Como se aprecia, el juez no decreta la pensión pero sí ordena que se retrotraiga el procedimiento administrativo y que se tenga en cuenta no solo la prueba sino el principio de favorabilidad.⁹¹ En esa medida parece que la Corte como guardiana de los derechos tiene mucho que ofrecer como institución emancipadora. ¿Hasta qué punto lo logra?

EL DEBATE SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO PENSIONAL: LAS VISIONES PROGRAMÁTICA Y FUNDAMENTALISTA

A riesgo de redundar en este aparte, se retoman puntos ya esbozados con la intención de avanzar en un balance político sobre el estado del debate en

de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se consideró que: "(...) la condición más beneficiosa para el trabajador se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador a quien ha de aplicarla o interpretarla".

⁹⁰ Véanse las sentencias T-417 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, T-143 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y T-762 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras. La Sentencia T-235 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, dispone que: "Los trámites administrativos no pueden entorpecer el reconocimiento de una pensión. [...] La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático. (...) En un Estado social de derecho debe haber pronta resolución a las peticiones, y dentro de ellas ocupa lugar preponderante la de reconocimiento de las pensiones. No hacerlo sería afectar el principio de igualdad material. Este fallo advierte dentro de un enfoque programático que: Así la seguridad social, en un caso concreto, está conectada con otros derechos que no admiten duda sobre su jusfundamentalidad, se impone el amparo del derecho a la seguridad social en conexión con determinados derechos fundamentales. Tal ocurre cuando el no reconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones tiene la potencialidad de poner en peligro derechos como la vida, la igualdad, el debido proceso, la dignidad humana, la integridad física o el mínimo vital de las personas de la tercera edad".

⁹¹ Para profundizar en un enfoque crítico sobre la doctrina constitucional en materia de derecho pensional, véase Dueñas (2002: 145-161). En este estudio Dueñas señala que: "(...) la jurisprudencia [...] no puede ser omitida en una reforma legal. A no ser que se quiera hacer todo lo contrario para dejar sin piso el precedente jurisprudencial, que en el caso de Colombia, no parece ser lo prudente porque en seguridad

la Corte Constitucional; se trata de cotejar este debate como una posible lucha política con incidencia en el progreso social. La discusión tiene como núcleo la necesidad de superar la abstracción que ostentan los derechos sociales como derechos programáticos; esta abstracción conlleva la interpretación de las normas y leyes que los consignan de conformidad con los preceptos de la Constitución, reglas que muchas veces contienen cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación.⁹² Este hecho proporciona al juez constitucional, intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de colegir el sentido de los derechos constitucionales.⁹³

Aunque esta función otorgada *de facto* al juez constitucional no siempre es vista como positiva dentro de un marco democrático, no puede desconocerse que el derecho constitucional, aunque cuenta hoy con cierto cuerpo dado principalmente por la doctrina constitucional, aún se encuentra en obra. Esto hará que para algunos no sea nada desdeñable la labor de creación jurídica que desempeña la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional.

El derecho a la seguridad social ha gozado de gran respaldo por parte de la Corte Constitucional, incluso desde sus inicios. La jurisprudencia de este tribunal se ha movido en torno a la matriz del derecho nacional y del fundamento de la organización política, social y económica: *el Estado social de derecho*. Esta forma de Estado parte del reconocimiento de la pluralidad, y se funda en el respeto a la dignidad humana:

social la jurisprudencia es garantista [...]” (p. 151). El sustento teórico de este enfoque se puede consultar en Dueñas (2000).

⁹² Es necesario precisar que los derechos no sociales también son indeterminados, por ende, la indeterminación no es una diferencia radical entre unos y otros.

⁹³ Al respecto cabe señalar que el aserto “amplio margen” también es cuestionable, pues hay factores que restringen esa posible amplitud de los derechos sociales, por ejemplo, los precedentes, las posiciones políticas de los jueces, la misma concepción de Estado que se tenga, las posibilidades económicas, etc. Como lo precisa el profesor César Rodríguez: “Con el fin de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, Kennedy desarrolla tres tópicos fundamentales. En primer lugar, sostiene que lo político incide en la adjudicación a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del derecho. En segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. En tercer lugar, señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de la libertad como de restricción en su intento de proferir la sentencia que desea en un caso concreto”. Cfr. Rodríguez, C. (1999: 63).

El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.⁹⁴ El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dineros para desenvolverse en sociedad.⁹⁵

Como queda claro en este fragmento de la Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte parte, de un lado, de la necesidad de satisfacer unas mínimas condiciones materiales para la vida digna de la persona y, de otro, de tal satisfacción como responsabilidad estatal.⁹⁶ De ahí su doble naturaleza como derecho y obligación. Todo derecho positivo trae correlativamente una obligación, ya sea de un particular o del Estado:

En nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexión, –en la medida en que con su vulneración resultan comprometidos otros derechos que participan de esa naturaleza–. Y de otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.⁹⁷

Retomando la obligación del Estado de prever y proporcionar los mecanismos para efectivizar el derecho a la seguridad social, la Corte agregó en una posterior sentencia del mismo año que,

⁹⁴ Recuérdese la observación hecha arriba sobre la indeterminación, la cual es fácilmente demostrable en la mencionada sentencia U-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁵ Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁶ Es de resaltar que la Corte, bajo la influencia de la doctrina alemana, estipula que en atención al derecho de toda persona a un mínimo vital, debe considerarse la posibilidad –necesidad– de implementar en el régimen pensional un subsidio de desempleo: “Este derecho [derecho al mínimo vital] constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado ‘subsidio de desempleo’, en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna” (sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁹⁷ Sentencia C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[...] la seguridad social adquiere carácter de institución y es considerada como derecho público subjetivo exigible del Estado, cuando se consagra para éste la obligación de realizar planes y programas para remediar los males sociales y brindarles medios de subsistencia a las personas que no están en capacidad de proporcionárselos por sí mismas.⁹⁸

En este punto, es importante señalar que esta responsabilidad del Estado es concurrente con la de la sociedad y la familia de quien se encuentra desprotegido; pero, sin embargo, sigue siendo el Estado el primer obligado.⁹⁹

La obligación del Estado en la prestación de los servicios de seguridad social se toca con el carácter programático de los derechos sociales y problematiza la ejecutabilidad del derecho a la seguridad social pues, como ya se hizo referencia, de esta forma su materialización está condicionada por la actuación positiva del Estado. Frente a esta problemática, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de conciliar entre una visión de los derechos sociales *programática* y una visión *fundamentalista*.

En efecto, se puede dar cuenta de esta “conciliación” de las visiones *programática* y *fundamentalista* en diversos pronunciamientos de la Corte. Respecto al carácter programático de la seguridad social, la Corte se ha pronunciado de esta forma:

El texto que consagra la Seguridad Social indica que se trata de una *norma programática de desarrollo progresivo* y obligatorio por parte del legislador, que constituye *promesa* para los gobernados de que el Estado como guardián de la colectividad, deberá diseñar políticas de acuerdo con esos postulados fundamentales para cubrir las prestaciones que surjan de las contingencias de enfermedad, invalidez o senectud, a fin de que la Seguridad Social sea una realidad.¹⁰⁰ (Las cursivas no son del texto)

Esta consideración aún ilumina profundamente la jurisprudencia de la Corte, como puede constatarse en algunos fallos de tutela:

⁹⁸ Sentencia T-453 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

⁹⁹ Debe tenerse en cuenta que esta obligación surge de su función como Estado. Sería un error lógico considerar que esta obligación social se desprende de la forma del Estado; en verdad, se desprende de la misma naturaleza esencial del Estado. La forma de Estado como república unitaria y descentralizada, que adopta para el caso colombiano, simplemente define el esquema de su funcionalidad para efectos del cumplimiento de sus fines y obligaciones.

¹⁰⁰ Sentencia T-453 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

El derecho constitucional a la seguridad social es de aquellos que la doctrina ha considerado como derechos humanos de la segunda generación, en tanto que *su eficacia depende de una decisión política y de factores como el económico*, pues tiene un carácter eminentemente prestacional. [La] intervención del legislador, [...] es definitiva para la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales.¹⁰¹ (Las cursivas no son del texto)

Posteriormente, en otro fallo de tutela dice la Corte:

Es claro entonces, que se trata de un derecho social [el derecho a la seguridad social], cuya realización está mediada por la actividad del legislador, *lo que lo desvirtúa como derecho fundamental [...]*.¹⁰² (Las cursivas no son del texto)

Reiterando esta postura, se encuentra también en otro pronunciamiento que:

Tanto el derecho a la seguridad social en salud como el relativo al régimen pensional, se caracterizan por ser de naturaleza programática y de desarrollo progresivo por parte del legislador, razón por la cual, forman parte de programas estatales que implican prestaciones de orden económico y social, es decir, derechos prestacionales a cargo del Estado y a favor de todas las personas, para cuya efectividad requieren de desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la elaboración de planes y programas que los incluyan. [...] [De este] modo, [los derechos sociales], más que derechos configuran objetivos de la gestión estatal.¹⁰³

Como puede observarse en estas sentencias, el tribunal constitucional afirma la limitación de los derechos sociales, en torno a su desarrollo por parte del Ejecutivo, y plantea que sólo mediante su actuación positiva pueden hacerse efectivos tales derechos.

La Corte ha afirmado que la naturaleza programática de los derechos sociales

se deriva del esfuerzo presupuestal y de planificación que debe desplegar el Estado. [...] Así... sólo en la medida en que se elaboren los respectivos planes y se obtengan los recursos para desarro-

101 Sentencia T-357 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

102 Sentencia T-999 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

103 Sentencia T-118 de 2001, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

llarlos, se crearían las condiciones de eficacia que permitan exigir dichas prestaciones como derechos subjetivos.¹⁰⁴

En este marco, la efectividad de estos derechos queda en entredicho y siempre se requerirá una decisión política para su desarrollo.

Desde una perspectiva “contraria”, se encuentra que la Corte considera en gran medida la *fundamentabilidad* del derecho a la seguridad social. En esta perspectiva pueden ubicarse dos líneas: de un lado, la Corte ha afirmado en algunas ocasiones que la sola vulneración al derecho a la seguridad social presupone un desconocimiento de los derechos fundamentales y, en consecuencia, hace directamente procedente su amparo a través de la acción de tutela.

De otro, la Corte –en la mayoría de los casos– ha sostenido la necesidad de demostrar la condición de fundamentabilidad del derecho a la seguridad social, comprobando que su afectación trae conexas la vulneración a un derecho fundamental. En esta línea, la fundamentabilidad de la seguridad social no depende de su naturaleza, sino de la situación concreta:

la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.¹⁰⁵

Dentro del primer enfoque de esta perspectiva *fundamentalista* se pueden enmarcar las siguientes consideraciones:

Las conductas omisivas de las entidades encargadas de la seguridad social [...] en atender y cumplir debida y prontamente con sus obligaciones frente a los pensionados atentan contra el principio fundamental que rige nuestro Estado social de derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.¹⁰⁶

El atraso en el pago de las mesadas de la pensión de jubilación debidamente solicitadas, a los cuales sí se refiere de manera expresa el artículo 48 de la Carta, en concordancia, con el artículo 53

104 *Ibidem.*

105 Sentencia T-491 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

106 Sentencia T-181 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

inciso 3° del mismo estatuto, en el cual establece que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, como sucede con la pensión de jubilación obtenida con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, en principio vulnera los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad.¹⁰⁷

[E]s posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1 de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T- 608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996).¹⁰⁸

[L]a cesación prolongada e indefinida de pagos de las mesadas pensionales *hace presumir la vulneración del mínimo vital del pensionado y de quienes de él dependen*.¹⁰⁹ (Las cursivas no son del texto)

Por su parte, la segunda visión que asume la fundamentabilidad por conexión, se ha visto desarrollada en los siguientes términos:

Para exigir el pago de las pensiones que han sido reconocidas por el empleador, existe en la jurisdicción laboral el denominado proceso ejecutivo laboral. Sin embargo, *cuando se afecta el mínimo vital básico*, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor eficacia a la tutela para lograr una protección inmediata y efectiva del derecho fundamental afectado. En efecto, *ante la inminencia de un perjuicio irremediable* causado por el retraso en el pago de las mesadas pensionales, lo cual afecta la normal atención de las necesidades básicas, representadas en los derechos y obligaciones adquiridos por el pensionado, es necesario que la autoridad judicial respectiva, produzca una decisión ágil y oportuna para conjurar el incumplimiento.¹¹⁰ (Las cursivas no son del texto)

¹⁰⁷ Sentencia T-156 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰⁸ Sentencia T-01 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁹ Sentencia T-205 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, véase la sentencia T-018 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁰ Sentencia T-278 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido, véanse entre otras las sentencias T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-011

La adopción de una de estas dos visiones (fundamentabilidad *per se* o por conexión) adquiere gran relevancia para la procedencia inmediata de la acción de tutela por la vulneración al derecho a la seguridad social. En efecto, en el marco de la primera visión *fundamentalista*, la mencionada acción constitucional procederá de plano, presumiendo la afectación conexa de los derechos fundamentales de la persona. Por el contrario, bajo la segunda visión se parte de la no procedencia de la tutela para proteger el derecho a la seguridad social, y su amparo excepcional en los casos en que se demuestre la simultánea vulneración a un derecho fundamental como la vida o la integridad personal. Así, la protección en tales casos no pretende

sustituir por la tutela el medio judicial ordinario sino impedir que el interesado, pese a su apremiante circunstancia, quede sometido a esperar una sentencia judicial que puede demorar excesivamente y producirse cuando ya el daño ocasionado a su digna subsistencia resulte irreversible.¹¹¹

En este punto debe tenerse en cuenta que la Corte actualmente sostiene que en todo caso la seguridad social, tratándose de personas de la tercera edad, sustenta un rasgo de fundamentabilidad:

[...] en el caso de las personas de la tercera edad, el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, adquiere el carácter de derecho fundamental, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones.¹¹²

de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-568 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-133a de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-123 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-193 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-169 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz; T-508 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1006 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-127 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-001 de 2001, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-071 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz. Todas estas sentencias coinciden en que la seguridad social se constituye como fundamental, cuando su vulneración paralelamente afecta o amenaza un derecho fundamental. Debe recordarse que se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario.

¹¹¹ Sentencia T-333 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Si bien en ambos casos se presenta la conexión, no se altera la naturaleza del derecho prestacional, sólo que en una se presume *de facto* la conexión y en la otra no, pero esto no altera la esencia del derecho social.

¹¹² Sentencia T-299 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Igualmente, cuando el desconocimiento del derecho en cuestión tiene como sujeto pasivo a un menor, este derecho es siempre considerado fundamental por conexión:

En este orden, el derecho a la seguridad social [...] puede llegar a configurarse como un derecho fundamental [...] cuando con su desconocimiento se vulneran o se amenazan derechos que sí lo son, como [...] los derechos de los niños o de las personas de la tercera edad.¹¹³

Más allá de estas dos excepciones, que en realidad se dan en virtud del principio de discriminación positiva que protege a sectores débiles como ancianos y niños, la perspectiva imperante es la de la *fundamentabilidad por conexión demostrada*.¹¹⁴ Así, los elementos requeridos para dar procedencia en forma excepcional a la acción de tutela en materia de seguridad social son: (i) que la afectación de ese derecho interfiera con un derecho fundamental de aplicación inmediata, y (ii) que la persona se encuentre ante un perjuicio irremediable, de forma que sea conducente la tutela como mecanismo transitorio.

Como regla se ha establecido que la mencionada vulneración por conexión se presenta respecto al mínimo vital, o mínimo de condiciones materiales para la seguridad material de toda persona.¹¹⁵ Por esto, determinar el contenido de tal vulneración resulta importante en este punto. La misma Corte Constitucional, partiendo de la correspondencia de este derecho con los principios de dignidad y de Estado social de derecho, se ha encargado de la definición de mínimo vital en los siguientes términos:

En relación con el concepto de mínimo vital, esta Corporación en varios de sus fallos, lo ha definido como los ingresos mínimos necesarios e insustituibles que requiere una persona para suplir sus necesidades básicas y poder mantener así una subsistencia en condiciones de dignidad y justicia, tanto de él como de su familia.¹¹⁶

¹¹³ Sentencia T-118 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹¹⁴ No obstante esta mayoría de la tesis de la fundamentabilidad del derecho a la seguridad social por conexión demostrada, puede constatarse una mayor aceptación de la línea que presume esta conexión, como lo evidencian las sentencias T-127 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-205 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y T-018 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

¹¹⁵ Véase la sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

¹¹⁶ Sentencia T-071 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz. En torno a la definición de mínimo vital, véanse también las sentencias del magistrado Alejandro Martínez Caballero T-

Respecto al perjuicio irremediable, el tribunal constitucional ha dicho que éste se presenta siempre que concurren diversos elementos: (i) la inminencia, que exige medidas inmediatas; (ii) la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y (iii) la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.¹¹⁷

No obstante, debe en este orden subrayarse que, de la mano de la antes referida tendencia a presumir la conexión del derecho a la seguridad social con el mínimo vital, surge una presunción de la existencia de perjuicio irremediable siempre que se desconoce el derecho pensional:

[S]e está ante un perjuicio irremediable cuando un empleador se sustrae de su obligación de pagar de manera oportuna las mesadas pensionales de sus ex trabajadores, quienes, por lo general, no cuentan con ninguna fuente de ingresos adicionales que le permitan cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.¹¹⁸

De esta forma, la presunción de fundamentabilidad por conexión, de un lado, y la presunción de existencia de perjuicio irremediable siempre que se desconoce el derecho pensional, de otro, hace que el margen de procedencia de la tutela para casos de vulneración al derecho a la seguridad social, y específicamente al derecho pensional, se extienda considerablemente, de forma que casi puede pensarse que la regla tiende a ser la procedencia del amparo tutelar para este derecho.

¿ES “EMANCIPATORIA” LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHO PENSIONAL?

Como se ha podido constatar, la concepción del derecho pensional en la Corte ha sufrido diversos cambios y aún genera controversias.¹¹⁹ Puesto

072 de 1998, T-365 de 1999 y T-827 de 2000.

¹¹⁷ Véase la Sentencia T-071 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹¹⁸ Sentencia T-024 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹⁹ La estructura (en boga) del análisis jurisprudencial consiste en una aplicación rigurosa del método de seguimiento cronológico de las líneas jurisprudenciales que proceden a buscar *ex nunc* y *ex tunc* las sentencias para hallar el precedente y precisar en la decisum el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. Aquí se considera que seguir la línea jurisprudencial, como lo sugiere el método, hace perder independencia crítica frente al sentido político de la jurisprudencia. Es un punto sobre el que se propone abrir una discusión, no en el sentido de menospreciar la pulcritud y la utilidad del ejercicio

que en ese proceso de dar cuerpo al derecho, la Corte ha dado lugar a una doctrina cada vez más nivelatoria o igualitaria,¹²⁰ suele pensarse que su jurisprudencia en materia pensional es emancipatoria. Esto nos remite a un cuestionamiento por el uso que se le otorga al adjetivo “emancipatorio” y si éste corresponde realmente con los fallos de la Corte.

Emancipación, según el significado tradicional y generalizado, es liberarse de alguna sujeción.¹²¹ En este sentido, un fallo que se enmarca dentro del campo legal, esto es, que da cuenta de una interpretación del derecho existente, no es un fallo emancipatorio. De ahí que pueda concluirse que cuando una Corte interpreta, no está emancipando; está aplicando el derecho, y el que tal interpretación sea vista con buenos ojos por sus impactos sociales, no quiere decir, en sentido estricto, que sea emancipatoria.

Emancipatoria sería por el contrario, una jurisprudencia que se saltara ese marco legal, liberándose del yugo de la ley y de paso, del yugo de quienes se benefician de esa ley. Pero eso no es precisamente lo que compete a la jurisprudencia constitucional en Colombia ni en ningún otro país. En sentido estricto, la producción de jurisprudencia al tener como marco una determinada Constitución no puede crear derecho en términos emancipatorios.

La producción del derecho con contenido emancipatorio requiere como *conditio sine qua non* una transformación política radical, resultado de un ascenso de la clase trabajadora sumida en un estatus subalterno en la actual correlación de fuerzas, esto es, resultado de un proceso de *emancipación social*.¹²² No se le puede pedir a la jurisprudencia lo que es tarea histórica de la política y de la fuerza transformadora de la clase trabajadora.

académico sino en la perspectiva de priorizar el análisis político de la jurisprudencia. Cfr. López (2000:104-129). Cfr., además, Lamprea (2003: 19-44) y Julio (2003: 45-62).

¹²⁰ Por jurisprudencia nivelatoria o igualitaria se entiende aquella que toca aspectos de las condiciones sociales del país en cuanto a la estructura económica y tiene que ver con la garantía de unas condiciones mínimas de existencia material de las personas. Nivelatorios son los fallos como el de la UPAC, el mínimo vital, seguridad social, etc.

¹²¹ Para profundizar en el sentido y significado de los conceptos alienación, enajenación y emancipación, cfr. Abbagnano (1996: 402-403), Gómez (1999: 246), Bobbio (1988: 85-88), Elster (1992: 44-62) e Israel (1988).

¹²² Ya en 1845, Marx y Engels explican con precisión la razón social del fenómeno social del poder, en los siguientes términos: “Precisamente porque los individuos sólo buscan su interés particular, que para ellos no coincide con su interés común, y porque lo general es siempre la forma ilusoria de la comunidad, se hace valer esto (el poder político) ante su representación como algo ‘ajeno’ a ellos e ‘independiente’ de ellos, como un interés ‘general’ a su vez y peculiar, o ellos mismos tienen necesaria

Una nueva institucionalidad hará posible el ejercicio de los derechos colectivos mediante la expedición de una genuina legislación social, que impida la especulación financiera con los recursos públicos requeridos por el proceso de realización de los derechos sociales, esto es, un cambio en la organización social y en el sistema jurídico-político que posibilite que el derecho oriente la economía, y no al revés como actualmente sucede. Se trata de dar curso a una asociación de individuos libres e iguales que regulan ellos mismos su convivencia por vía de una formación democrática de la voluntad colectiva (Habermas, 1996: 30).

mente que enfrentarse en esta escisión, como en la democracia. Por otra parte, la lucha práctica de estos intereses particulares que constantemente y de un modo real se enfrentan a los intereses comunes o que ilusoriamente se creen tales, impone como algo necesario la interposición práctica y el refrenamiento por el interés 'general' ilusorio bajo la forma del Estado. El poder social, es decir, la fuerza de producción multiplicada, que nace por obra de la cooperación de los diferentes individuos bajo la acción de la división del trabajo, se le aparece a estos individuos, por no tratarse de una cooperación voluntaria, sino natural, no como un poder propio, asociado, sino como un poder ajeno, situado al margen de ellos, que no saben de dónde procede ni a dónde se dirige y que, por tanto, no pueden ya dominar, sino que recorre, por el contrario, una serie de fases y etapas de desarrollo peculiar e independiente de la voluntad y de los actos de los hombres y que incluso dirige esta voluntad y estos actos. Con esta 'enajenación', para expresarnos en términos comprensibles para los filósofos, partiendo de dos premisas prácticas. Para que se convierta en un poder 'insoportable', es decir, en un poder contra el que hay que sublevarse, es necesario que engendre a una masa de la humanidad como absolutamente 'desposeída' y, a la par con ello, en contradicción con un mundo existente de riquezas y de cultura, lo que presupone en ambos casos, un gran incremento de la fuerza productiva, un alto grado de su desarrollo; y, de otra parte, este desarrollo de las fuerzas productivas (que entraña ya, al mismo tiempo, una existencia empírica dada en un plano histórico-universal, y no en la vida puramente local de los hombres) constituye también una premisa práctica absolutamente necesaria, porque con ella se generalizaría la escasez y, por tanto, con la pobreza, comenzaría de nuevo, a la par, la lucha por lo indispensable y se recaería necesariamente en toda la inmundicia anterior; y, además, porque sólo este desarrollo universal de las fuerzas productivas lleva consigo un intercambio universal de los hombres, en virtud de lo cual, por una parte, el fenómeno de la masa 'desposeída' se produce simultáneamente en todos los pueblos (competencia general), haciendo que cada uno de ellos dependa de las conmoviciones de los otros y, por último, instituye a individuos histórico-universales, empíricamente mundiales, en vez de individuos locales. Sin esto, 1) el comunismo sólo llegaría a existir como fenómeno local; 2) las mismas potencias del intercambio no podrían desarrollarse como potencias universales y, por tanto, insoportables, sino que seguirían siendo simples 'circunstancias' supersticiosas de puertas adentro, y 3) toda ampliación del intercambio acabaría con el comunismo local" (Marx y Engels, 1966: 35-37).

En materia pensional no es muy adecuado el uso del término emancipatorio, cuando la Corte obliga a los fondos de pensiones a realizar el pago oportuno de esta prestación, pues existen leyes y una Constitución que así lo ordena. En consecuencia, la Corte no está inventando nada, ni está otorgando derechos que no existan. Y si algo inventa, eso no puede ser visto como algo verdaderamente emancipatorio. Aquí no se desconoce la capacidad de los jueces constitucionales para crear derecho, pero esa capacidad no basta para resolver la iniquidad que genera el capitalismo como propósito emancipatorio.

Como se mostró, el derecho al aparecer como “emancipatorio” en el capitalismo apacigua la eclosión que precede un cambio revolucionario. La desorientación incluye el señalamiento de los jueces como enemigos de la racionalidad económica, y la acusación de causantes del desequilibrio fiscal y de la quiebra de las finanzas públicas. De esa manera, la política pública en materia social no cambia. En términos de debate jurídico, el problema más significativo es que los casos de tutela resueltos favorablemente no resuelven la crisis estructural que sufre la sociedad en el capitalismo.¹²³

Ahora bien, puede que el término emancipatorio sea utilizado para denotar que ahora los jueces interpretan el derecho a favor de las clases sociales marginadas y más débiles, como no sucedió antes.¹²⁴ Pero esto tampoco es emancipatorio, es simplemente un cambio en las posturas teóricas y políticas de los jueces, cambios que, dada su fragmentación y rela-

¹²³ “Marx había pensado que toda civilización que se somete en conjunto a los imperativos de autorrealización del capital lleva en sí el germen de la destrucción porque ha de tomarse ciega frente a todas aquellas relevancias que no pueden expresarse en precios” (Cfr. Habermas, 1996: 15-16).

¹²⁴ La ilusión que se desvanece puede ser captada en la tesis de grado como abogada de Jiménez (2001), en la que se concluye que la Corte está “desprovista de poderes propios de implementación para concretar con éxito los proyectos emancipatorios emprendidos” y que se encuentra “sumergida en la lógica de lo irreversible”. Cataloga a la Corte “como un actor político solidario” que “a pesar de haber previsto todo un complejo institucional para la superación del oprobio de las condiciones materiales en que se desarrollan los derechos, la complejidad de la situación misma desbordó los buenos deseos de la Corte y prosiguió dentro de un cauce determinado décadas atrás. La sentencia se redujo entonces a un esfuerzo de denuncia” (p. 176). Con desazón e inteligencia, termina su trabajo con el siguiente llamamiento: Cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia progresista, una causa emancipatoria incursiona con mayor o menor fuerza, dentro del juego político institucional. Su concreción en la realidad implica superar la brecha entre el texto constitucional y la realidad. Y en esa ardua tarea aun restará todo por hacer” (p. 178).

tiva inestabilidad,¹²⁵ resultan cuestionables en torno a su potencial de repercusión en las condiciones sociales y económicas de la población. En suma, puede sostenerse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia pensional no se configura como emancipatoria y, por lo mismo, deviene incapaz de superar las limitaciones que el propio derecho impone para la superación de la iniquidad social mediante un ideal de solidaridad (López, 2000).¹²⁶

¹²⁵ Las decisiones judiciales se consideran inestables y fragmentadas, dado que los cambios de posturas por parte de los jueces Baun teniendo en cuenta la técnica del precedente jurisprudencial- se hacen, mediante la práctica argumentativa, relativamente fáciles. Adicionalmente, deben tenerse en cuenta dos factores que aumentan la inestabilidad de la jurisprudencia en la Corte Constitucional: de un lado, el proceso de decisión de este tribunal y, de otro, la temporalidad de sus miembros. En efecto, las decisiones en la Corte se toman por mayoría simple, y esto posibilita que en muchas ocasiones los fallos no representen una postura unificada y estable. En el mismo sentido, el que los miembros de la Corte se renueven temporalmente, hace posible que se presenten cambios jurisprudenciales, incluso totalmente radicales y contrarios a los precedentes institucionalizados.

¹²⁶ El profesor López reconoce el problema aquí expuesto y tercia en el debate sobre el problema emancipatorio de la jurisprudencia en los siguientes términos: “El argumento radical se plantea así: luego de observar los resultados políticos concretos que la Corte Constitucional obtuvo con posterioridad a su época de mayor energía constitucional (una energía que probablemente no se vuelva a producir en el inmediato futuro) se puede concluir que sus fallos, aunque ampulosos en retórica de cambio, han producido poco impacto neto sobre las redes sociales y políticas de desigualdad y disciplina social. Por el contrario, si algo, sus sentencias parecen haber perdido con el tiempo, y salvo algunas pocas excepciones, cierta agudeza y valentía que pareció caracterizar la fase temprana del ‘nuevo derecho’. De hecho, la línea jurisprudencial concerniente a los niveles de protección de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, ha mostrado, con el tiempo, un desplazamiento hacia su polo más conservador” (pp. 200-201).