

EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
Un propósito con carácter
de justiciabilidad

Ana María MUÑOZ SEGURA*

RESUMEN

Aunque la progresividad se encuentra inmersa dentro del desarrollo de cualquier sistema de seguridad social como horizonte, como principio orientador en la búsqueda de la universalidad e integralidad, la Corte Constitucional colombiana ha logrado una ampliación de este concepto para dar lugar a efectos cada vez más concretos. En este mismo sentido, el tratamiento a la progresividad y no regresividad ha originado reclamos judiciales, pasando de una referencia orientadora a un marco de justiciabilidad concreta.

Palabras clave: seguridad social, cobertura social.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 48 de la Constitución nacional colombiana¹ consagra por primera vez el derecho a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio para todos los ciudadanos, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. De esta manera, se acoge un criterio

* Profesora en la Universidad de los Andes de Relaciones laborales y seguridad social (anmunoz@uniandes.edu.co).

¹ El artículo 48 se encuentra en el título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, capítulo 2 “De los derechos sociales, económicos y culturales”.

amplio de seguridad social en el que es posible la intervención de los particulares sin que el Estado renuncie al poder de dirección y control. Se trata de un postulado general en el que el Constituyente no determinó nada acerca de su organización.

La unión de los esfuerzos del Estado y los particulares busca la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social, teniendo como pilares los principios la eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo el supuesto de que se trata de un derecho irrenunciable de todos los habitantes.

Considerando los diversos análisis y desarrollos que pueden surgir a partir del mencionado artículo, es necesario detenerse en el punto anterior, pues es éste el que nos interesa a efectos del presente escrito. Es claro que más allá de la estructura que de manera precisa hubiera asumido el país en materia de seguridad social, hay una consagración de tres principios orientadores y una aspiración de ampliar su ámbito de protección.

Es decir, el texto constitucional reconoce las dificultades que acarrea la implementación general y total de derechos sociales y económicos como lo es la seguridad social, razón por la cual contempla la ampliación progresiva de su espacio de cuidado y amparo.

Así, la jurisprudencia constitucional correspondiente a los primeros años de creación (años noventa) reconoce la tensión entre la protección de los derechos frente a las dificultades económicas que implica la realización de la seguridad social. Con el paso de los años, el desarrollo jurisprudencial ha ido no sólo incorporando como principio la progresividad, sino definiendo toda una teoría alrededor del mismo.

Es éste el propósito del presente artículo, mostrar este despliegue por parte de la Corte Constitucional colombiana frente al principio de progresividad y su aplicación preponderante en materia de pensión de invalidez y sobrevivencia.

II. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD COMO PROPÓSITO FUTURO. CONCEPTO INICIAL DE PROGRESIVIDAD

Si bien es cierto que la carta política reconoce el derecho a la seguridad social, también es consciente de la imposibilidad de establecer un régimen de protección con un cubrimiento general y universal. Aunque la Corte

Constitucional reitera el concepto amplio de seguridad social, con un mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones, en cuya materialización se compromete al Estado, la sociedad, la familia y al propio ciudadano.²

Ante esta evidente tensión entre aspiración y realidad económica, la carta política acoge la fórmula de establecer la progresividad, es decir, a medida que existan los recursos se extenderá su campo de protección, de tal manera que se trata de un propósito, un fin hacia el cual se debe dirigir la seguridad social, su horizonte orientador. Este tipo de situaciones resultaron bastante evidentes en los casos de acceso a servicios de salud, en los que la Corporación reconoce el derecho pero también las limitaciones de la seguridad social por circunstancias materiales.³

La Corporación acepta que el reconocimiento de la seguridad social es

...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.⁴

Sin embargo, en este panorama de restricciones económicas del país, la Corte llama la atención frente al hecho de que este tipo de limitaciones no puede convertirse entonces en la justificación para negar ciertas prestaciones ni que se vea como un propósito lejano por la inexistencia de recursos. Así, la progresividad no puede ser un mero instrumento retórico sino que realmente debe tener implicaciones jurídicas y políticas que impliquen acciones concretas de satisfacción,⁵ y aunque es imposible pretender una co-

² Sentencia Corte Constitucional colombiana C-408 de 1994, M. P.: Fabio Morón Díaz.

³ Véase a título de ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-330 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández G. En la sentencia T-760 de 2009, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, existe un importante pronunciamiento frente al derecho a la salud, las dificultades económicas y la unificación de servicios, con independencia de la capacidad de pago del ciudadano.

⁴ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-453 de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greifstein.

⁵ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-251 de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

bertura inmediata, la sola enunciación no produce el cambio, por lo que es necesario un desarrollo progresivo en el tiempo y en el espacio para cumplir la meta propuesta.⁶

La justificación de ello se encuentra en el cambio cuantitativo y cualitativo que dio la Constitución nacional de 1991, pues Colombia se reconoce como un Estado social de derecho⁷ en el que debe existir mayor preocupación por la justicia material y el logro de soluciones específicas a los problemas sociales. Es por esta razón que los derechos sociales, económicos y culturales, si bien es cierto tienen un carácter programático, no puede desconocerse que son una condición indispensable para el goce de derechos civiles y políticos.⁸

La seguridad social se convierte entonces en un desarrollo de ese Estado social de derecho⁹ y en una herramienta para garantizar el goce de otros derechos; es, pues, el medio para procurar a los ciudadanos una mejor forma de vida, siendo en algunos casos el medio para satisfacer el mínimo vital.¹⁰

De tal manera, y reconociendo las restricciones económicas que puedan existir en cada caso en concreto, la Corte Constitucional considera el derecho al mínimo vital como consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de la ejecución del Estado social de derecho.¹¹ Es por esta razón que en este momento se considera a la seguridad social como un derecho de prestación que en algunos casos adquiere el carácter de fundamental y por ende puede ser protegido a través de la acción de tutela.¹²

⁶ Véase sentencia Corte Constitucional colombiana C-1165 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁷ “Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁸ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-406 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

⁹ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-408 de 1994, M. P.: Fabio Morón Díaz.

¹⁰ Sobre el mínimo vital la Corte Constitucional tienen un amplio desarrollo que excede los propósitos de este texto.

¹¹ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-571 de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein.

¹² Sentencia Corte Constitucional colombiana C-408 de 1994, M. P.: Fabio Morón Díaz. En esta sentencia la Corporación señala como supuestos para la viabilidad de la acción especial: 1) que haya conexión con un derecho fundamental; 2) que haya una afectación o eventual afectación de manera grave e inminente de la vida o la salud; 3) opera para casos de extrema necesidad, y 4) que la prestación esté de acuerdo con las posibilidades reales de protección de

Como planteamiento general, se reconoce necesario el principio de progresividad, pues es un elemento necesario para el desarrollo de la seguridad social; sin embargo, se hace de una manera cauta por las implicaciones económicas y financieras que ello implica.

Ahora bien, la consagración de la seguridad social dentro de la Constitución nacional se hace en función del derecho, el acceso a las prestaciones, pero no se establece en ningún momento ni su conformación, funcionamiento, ni las prestaciones que cubre, de tal manera que está en cabeza del legislador su definición y desarrollo. Y es a partir de las definiciones legales particulares que el principio de progresividad encuentra manifestaciones claras, en ocasiones en la búsqueda del principio, en tanto que en otras oportunidades en su contención o por lo menos moderación.

III. CAPACIDAD DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE PENSIONES

De acuerdo con el artículo transitorio 57 de la carta política, la Asamblea Nacional Constituyente señaló la conformación de una comisión encargada de elaborar una propuesta sobre las normas de la seguridad social que debían regir hacia el futuro. Dicha comisión debía ser formada tanto por representantes del gobierno como por los sindicatos, gremios económicos, movimientos políticos y sociales, campesinos y trabajadores informales, logrando así una propuesta que atendiera a los intereses generales y fuera un esfuerzo de la colectividad.

Sin embargo, el consenso nunca se logró y después de diversos cambios al llamado Proyecto 155 de 1992, se expidió la Ley 100 de 1993 que regula el sistema general de pensiones, el sistema de seguridad social en salud y el sistema de riesgos profesionales. En lo que nos interesa de cara al sistema de pensiones, la Ley 100 acogió la implementación de un sistema mixto, donde coexiste un sistema de prima media (régimen de prima media con prestación definida) y un régimen administrado de ahorro individual por entes privados (régimen de ahorro individual con solidaridad). En los dos re-

las que disponga el Estado en cada caso en específico. Esta aproximación ha ido variando con el tiempo, de tal suerte que el acceso y protección en materia de seguridad social ha ido ampliándose.

gímenes se reconoce pensión de vejez, de invalidez y de sobrevivencia, coincidiendo los requisitos en los regímenes para las dos últimas prestaciones.

Frente al desarrollo hecho por la Ley 100 de 1993, su sinnúmero de decretos reglamentarios y sus reformas, la Corte Constitucional ha tenido diversas oportunidades de referirse a la posibilidad de hacer cambios legislativos.

En primer lugar, el tribunal constitucional reconoce de manera general la potestad reglamentaria por parte del legislador, eso sí, respetando los principios constitucionales generales.¹³ De manera particular, en seguridad social se reconoce claramente la posibilidad del legislador de producir cambios en el ordenamiento jurídico de acuerdo con las nuevas necesidades sociales,¹⁴ es decir que el legislador cuenta con una amplia posibilidad de regular el servicio en tanto tenga como límites los principios de irrenunciabilidad, el carácter de servicio público de la seguridad social y su obligatoriedad.¹⁵

Para el análisis de las normas objeto de revisión a la luz de los límites señalados, la Corte Constitucional acude a la tradicional distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, además de la viabilidad de establecer regímenes de transición en la sucesión normativa.

Si bien es cierto que el legislador no tiene la obligación de brindar protección ante las meras expectativas, el tribunal constitucional también reconoce que frente a cualquier tránsito legislativo se deben consultar parámetros de justicia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad,¹⁶ de tal manera que será el legislador quien decidirá si existe o no un régimen de transición, así como las reglas de su aplicación.

En lo que respecta a los derechos adquiridos no hay discusión, máxime si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo 1 de 2005 incluyó en el artículo 48 constitucional que “(e)n materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

¹³ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-081 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero (referido a la posibilidad del legislador de diferenciar entre viáticos permanentes y viáticos esporádicos) o C-427 de 2000, M. P.: Vladimir Naranjo Mesa (al referirse a la autonomía legislativa en materia tributaria).

¹⁴ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-613 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-1489 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-789 de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

De manera clara señala la Corte Constitucional que tratándose de reformas laborales, y aunque la sentencia no lo señala de manera expresa, habría que incluir las reformas en seguridad social, pues es el objeto de la revisión normativa que origina el pronunciamiento. El margen de discrecionalidad del legislador encuentra las siguientes salvedades:¹⁷

- No puede desconocer derechos adquiridos.
- Los márgenes de su definición legal están dados por los principios constitucionales laborales.¹⁸
- Las medidas legislativas adoptadas deben estar justificadas, es decir, deben guardar proporcionalidad.

Al ser la seguridad social uno de aquellos derechos económicos, sociales y culturales, es necesario su desarrollo legislativo,¹⁹ que si bien es amplio, cuenta con limitantes constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el principio de progresividad, que inició como un postulado mucho más abstracto, como un propósito, para convertirse cada vez más en un elemento cierto y exigible judicialmente dentro del sistema pensional colombiano.

IV. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Después de la expedición de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones ha sufrido una serie de ajustes legislativos, y es esta situación la

¹⁷ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-727 de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

¹⁸ El artículo 53 de la Constitución nacional señala: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; 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. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

¹⁹ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-596 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

que ha producido un buen número de pronunciamientos de la Corte Constitucional, ya sea por vía de la acción de constitucionalidad o por vía de protección de derechos fundamentales con la acción de tutela. Dado que el desarrollo del principio de progresividad se ha dado tanto en los casos en que hay una mejora de condiciones pensionales por una norma posterior como en los que hay una restricción de las mismas, he considerado la presentación de las dos hipótesis por separado.

1. *Progresividad de menos a más*

Aunque no se trata de la generalidad de las situaciones que hacen referencia al principio de progresividad, la Corte Constitucional²⁰ tuvo la oportunidad de analizar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 3072 de 1968,²¹ referente a la carrera de oficiales y suboficiales de la policía nacional. En las nuevas disposiciones se otorgan prestaciones que mejoran la situación y prestaciones respecto de la anterior y objeto del análisis de constitucionalidad, razón por la cual los demandantes consideraron la violación al derecho de igualdad.

En aquella oportunidad la Corte se refiere de manera tangencial al principio de progresividad y se concentra en el derecho de igualdad, llegando a la conclusión de que no toda mutación normativa la afecta, ni ésta le impone al legislador la imposibilidad de transformar el derecho. Además de referirse a la potestad del legislador, el tribunal señaló que "...el desarrollo progresivo de las normas que consagran derechos prestacionales, ampliando el radio de los beneficiarios o el beneficio otorgado, disminuyendo o aumentando requisitos para acceder al mismo, obligan, necesariamente a establecer fechas ciertas y determinadas a partir de las cuales entra en vigencia la nueva reglamentación".

Es decir que el problema se reduce a las fechas de vigencia de las normas, aunque el argumento tiene en el trasfondo un interés por el desarrollo progresivo de la seguridad social. Y si bien es cierto que la norma es decla-

²⁰ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-613 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Reformado por los decretos legislativos 613 de 1977, 2062 de 1984, 96 de 1989, 97 de 1989, 1212 de 1990 y 1213 de 1990.

rada exequible por no violar el derecho de igualdad, es posible concluir que si las normas posteriores amplían el grupo de beneficiarios o la nueva prestación más beneficiosa no afecta el principio de progresividad, y por el contrario, lo desarrollan.

En todo caso, cualquier cambio legislativo que pueda resultar beneficioso debe analizarse en concreto, pues a juicio de la Corte no es posible lograr el principio de progresividad si se implementa un nuevo régimen desproporcionadamente más favorable.²² Es decir que la progresividad requiere una gradualidad.

2. *Progresividad de más a menos*

La situación general se produce cuando las normas posteriores reducen las prestaciones o imponen requisitos más gravosos a los establecidos para acceder a los beneficios. Para entender esta situación se hace necesario explicar el cambio normativo que marcó el desarrollo del principio de progresividad.

La Ley 100 de 1993 reconoce el derecho a la pensión de invalidez²³ a quienes, además de ser declarados inválidos,²⁴ cumplan con los siguientes requisitos:

- Si el afiliado se encontraba cotizando al momento en que se estructuró la invalidez, debe cumplir 26 semanas de cotización en cualquier tiempo.
- En tanto que si el afiliado no se encontraba cotizando, es necesario contar las 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

²² Sentencia Corte Constitucional colombiana T-1752 de 2000, M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.

²³ Los mismos requisitos son exigidos en caso de pensión de sobrevivencia, tomando como fecha de referencia la muerte del afiliado. Véanse, de la Ley 100 de 1993, los artículos 39 para invalidez y 46 para sobrevivencia.

²⁴ Una persona se considera inválida cuando ha perdido por lo menos el 50% de su capacidad laboral, en los términos del Manual Único de Calificación de Invalidez. Véanse, de la Ley 100 de 1993, los artículos 38, 41 y siguientes.

Es decir que bajo este régimen, para determinar la procedencia de la prestación por la invalidez o la muerte, es necesario definir si el afiliado se encontraba cotizando para determinar la hipótesis aplicable y definir el cumplimiento de las 26 semanas de cotización.

En 2003 se expidió la Ley 860, que cambió los mencionados requisitos así:

- a) En primer lugar hizo la distinción del origen de la invalidez, si la causa es una enfermedad o un accidente, aunque sin mayor sentido, pues los requisitos son iguales en los dos casos.
- b) Si se trata de una invalidez causada por enfermedad, el afiliado debe haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y una fidelidad de cotización para con el sistema de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.
- c) Ahora, si la invalidez fue causada por accidente, el afiliado debe haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y una fidelidad de cotización para con el sistema de al menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.
- d) Se aclara que los menores de 20 años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Bajo la nueva reglamentación hubo un cambio importante en el manejo de los requisitos. No sólo se aumentó el número de semanas requeridas para las prestaciones de invalidez y muerte, sino que también se incluyeron nuevos parámetros como son los últimos 3 años y la fidelidad al sistema, salvo los menores de 20 años que se rigen por un sistema de requisitos iguales a los de las normas anteriores.

Posteriormente, en una reforma un poco más amplia que la anterior (Ley 797 de 2003), se incluyó una nueva modificación, así:

- Se mantiene la distinción para invalidez o muerte según se trate de una enfermedad o un accidente.
- En caso de enfermedad se mantiene la reglamentación, salvo que el requisito de fidelidad al sistema pasa del 20% al 25%.
- En caso de accidente el requisito es de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores, eliminando el requisito de fidelidad al sistema.
- Para los menores de 26 años se mantiene la cotización de 26 semanas.

A pesar de que la Corte Constitucional declaró inexecutable tanto el requisito de fidelidad al sistema como la totalidad del artículo de la Ley 797 de 2003,²⁵ dependiendo de la fecha de estructuración de la invalidez (o la fecha de la muerte) se definirá la norma aplicable al caso específico. Sin embargo, empiezan a surgir situaciones en las que los afiliados reúnen los requisitos del régimen anterior pero no del que los cubre por la fecha de ocurrencia del siniestro; fundamentalmente reúnen los requisitos de la Ley 100 de 1993, pero no los de la Ley 860.

A raíz de este tipo de situaciones, la Corte Constitucional señala en primer lugar que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad y atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad.²⁶ Además de ello, llama la atención el tribunal sobre la responsabilidad del legislador en el sentido de asumir el diseño de normas de especial protección, de tal manera que cualquier interpretación favorezca a “personas minusválidas”,²⁷ que es la situación de las personas que solicitan una pensión de invalidez.

Son diversos los ejemplos de casos frente a la aplicación de estas tres normas, en los que la decisión final de la Corte Constitucional invoca el principio de progresividad y la necesidad de atender la justicia, razonabilidad y

²⁵ Sentencias Corte Constitucional colombiana C-1056 de 2003, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-1094 de 2003, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; C-076 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-428 de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo; C-556 de 2009, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; C-727 de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

²⁶ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-789 de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

²⁷ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-288 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Este argumento sirvió de base para definir la situación presentada en la sentencia T-1291 de 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, en la cual una madre cabeza de familia solicita amparo, pues no cumple con los requisitos de la Ley 860 de 2003 pero sí con los de la Ley 100 de 1993.

proporcionalidad de las nuevas normas.²⁸ Para ello acude a una nueva aproximación frente a la progresividad y no regresividad como principio exigible ante la justicia constitucional.

V. NUEVO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. PRINCIPIO EXIGIBLE

Es necesario advertir que bajo esta nueva orientación, el principio de progresividad no es absoluto ni implica una petrificación de la normatividad; de hecho, en la primera gran definición el legislador diseñó y señaló el desarrollo de todo el sistema general de pensiones.²⁹ Sin embargo, ante expectativas legítimas,³⁰ las modificaciones legislativas no pueden ser arbitrarias sino atender a la justicia y la equidad.

Así, las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales que permitan facilitar la inclusión y participación de los ciudadanos. De esta obligación se derivan entonces dos clases de deberes concretos:³¹

- El primero implica la adopción de medidas positivas por parte de cualquier autoridad, y
- El segundo la abstención de las autoridades de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales, pues de lo contrario de agravaría la situación de injusticia, exclusión o marginación que se pretende corregir.

²⁸ Véanse sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-1291 de 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-221 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-43 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; T-018 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; T-080 de 2008, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-590 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; T-1036 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa (se discute el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia); T-485 de 2009, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

²⁹ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-428 de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo.

³⁰ Nuevo concepto intermedio entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Se trata de expectativas que están más próximas a convertirse en un derecho adquirido que cualquier mera expectativa.

³¹ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-727 de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Frente a la expedición de normas, esta obligación se traduce en que una vez alcanzado cierto nivel de protección y de otorgamiento de prestaciones, no es posible retroceder y volver a la situación anterior, de tal manera que la potestad del legislador se ve reducida.³² Así, el principio de no regresividad se convierte en un pilar de la seguridad social.³³

Hay pues un perfil negativo y uno positivo frente al desarrollo de las políticas en seguridad social: el primero de ellos implica no desmejorar las situaciones que se han ido logrando con las nuevas medidas normativas (principio de no regresividad), en tanto que el segundo implica el interés y búsqueda concreta de ampliación de los esquemas de protección de la seguridad social (principio de progresividad).

La Corte afirma además que las medidas regresivas se presumen en principio inconstitucionales, “por ello están sometidas a un control judicial estricto”, pero pueden justificarse en algunos casos para mantener el nivel de protección;³⁴ ello significa que debe analizarse si el beneficio que reporta la nueva medida es mayor que el costo que produce, justificando incluso medidas regresivas.

De esta manera, para poder desvirtuar la inconstitucionalidad de cambios regresivos es necesario analizar si:³⁵

- La medida es justificada y proporcional.
- No desconoce derechos adquiridos.
- Se tienen en cuenta regímenes de transición y las expectativas legítimas.

Dado que la reforma de las leyes 860 de 2003 y 797 de 2003 tuvo dentro de sus consideraciones un componente importante en materia de financiación y lograr fidelidad al sistema por parte de los afiliados, la Corte Constitucional recordó que el cambio hacia requisitos más rigurosos no puede es-

³² Sentencia Corte Constitucional colombiana C-556 de 2009, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

³³ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-1036 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-590 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

³⁵ Sentencia T-1036.

tar amparado en la acumulación de capital por encima del cubrimiento del riesgo, ya sea la muerte o la invalidez.³⁶

Finalmente, en estos casos de solicitudes pensionales por invalidez o muerte ante la justicia constitucional, la Corte tiene la oportunidad de desarrollar la “doctrina de la inconstitucionalidad *prima facie* de las medidas regresivas”,³⁷ entendida como la “prohibición preliminar impuesta al legislador en el sentido de establecer medidas regresivas en materia de derechos prestacionales”.³⁸

En virtud de ella es posible excluir de la aplicación a los requisitos para obtener la pensión por desconocimiento del principio de no regresividad,³⁹ pues hay normas que pueden tener un impacto desproporcionado en casos específicos como de personas con discapacidad, madres cabeza de familia, quienes demuestren la necesidad efectiva y real de la dependencia de la pensión, afectación del mínimo vital, etcétera.

En el plano concreto de las normas antes mencionadas, la Corte Constitucional, y a pesar de su vigencia, considera que la Ley 860 es regresiva, pues hay un aumento de los requisitos pensionales⁴⁰ y una afectación real frente a las personas mayores;⁴¹ además de que la inconstitucionalidad de la Ley 797 implica necesariamente una reincorporación al régimen establecido por la Ley 100.

Hay que reconocer que además del cambio conceptual y de la dinámica que adquirió la progresividad y no regresividad, la Corte Constitucional introduce un nuevo elemento y es la justiciabilidad de ciertas situaciones con base en los principios mencionados.

³⁶ Sentencias Corte Constitucional colombiana C-086 de 2002, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; C-789 de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-1291 de 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; C-556 de 2009, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

³⁷ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-1036 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-221 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Sentencia Corte Constitucional colombiana T-069 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁰ Sentencia Corte Constitucional colombiana C-727 de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

⁴¹ Véase sentencia Corte Constitucional colombiana T-221 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Recordemos que en las primeras sentencias referidas no existía este argumento en la controversia constitucional y había una dirección de protección hacia derechos como la igualdad, el mínimo vital y la protección especial de ciertos grupos (niños, adultos mayores, discapacitados).

Sin embargo, en este momento el Tribunal Constitucional reconoce que de una controversia legal se pasa a una constitucional, donde están en juego derechos fundamentales,⁴² razón por la cual se eleva el nivel del conflicto. Por eso afirma que el deber de realización progresiva no implica decisiones que se sustraigan del control judicial y en virtud de ellos es posible debatir en la justicia constitucional si estas nuevas normas, si los cambios legislativos, son compatibles o no con los principios de eficiencia y progresividad.⁴³

Es decir que además de la discusión frente a la constitucionalidad de la norma, es posible exigir la aplicación del principio de progresividad y no regresividad en casos concretos.

VI. CONCLUSIONES

Además de la responsabilidad propia que se encuentra en cabeza del legislador frente a la expedición de normas, en materia de seguridad social tiene otras dimensiones: hace que el legislador deba ver el sistema como un todo, pues las prestaciones existentes en materia de seguridad social se convierten en parámetro para reformas legislativas futuras. Y aunque esta afirmación puede resultar elemental en el diseño y funcionamiento de un sistema de seguridad social, en Colombia la actuación legislativa no siempre se ha caracterizado por su preparación y organización.

El deseo de ampliación tanto del sistema de protección como de sus beneficiarios y prestaciones no es nuevo en nuestra historia de seguridad social. Sin embargo, su tratamiento era puramente retórico, una aspiración futura que por las dificultades económicas se veía lejano. Sin embargo, esta forma de aproximarse a la progresividad es mucho más concreta, que puede

⁴² Sentencia Corte Constitucional colombiana T-485 de 2009, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴³ Sentencias Corte Constitucional colombiana C-1165 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, y C-1489 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

derivar en grados de efectividad de la protección del derecho a la seguridad social.

La progresividad no es sólo ampliación, hacer más, sino que también implica una posición frente a la regresividad como obstáculo para acceder a las prestaciones que existen actualmente.

Finalmente, y como garantía para hacer realidad el principio de progresividad y no regresividad, es necesario tener en cuenta que la seguridad social requiere de decisiones políticas, de voluntad de cambio, de compromiso general y sobre todo de apropiaciones que hacen parte ende engranaje para el paso de postulados retóricos a postulados reales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Normas

Constitucional nacional colombiana.

Ley 100 de 1993.

Ley 860 de 2003.

Ley 797 de 2003.

Sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana

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

C-081 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

C-613 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-251 de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

C-596 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

C-427 de 2000, M. P.: Vladimir Naranjo Mesa.

C-1165 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

C-1489 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

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

C-789 de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

C-1056 de 2003, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

C-1094 de 2003, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

C-076 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
C-428 de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo.
C-556 de 2009, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.
C-727 de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia de tutela de la Corte Constitucional colombiana

T-406 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.
T-453 de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein.
T-571 de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein.
T-330 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández G.
T-288 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
T-1752 de 2000, M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.
T-1291 de 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
T-221 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
T-43 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
T-018 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
T-069 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
T-080 de 2008, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
T-590 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
T-1036 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
T-485 de 2009, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. 