

**Sentencia T-580/07**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reconocimiento en el ámbito internacional**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Requisitos para que pueda ser protegido por tutela**

*La Corte se ha ocupado de establecer tres supuestos concretos en los cuales es posible demandar del juez de tutela la protección del derecho a la seguridad social, los cuales tienen origen en (i) la transmutación del derecho, (ii) la conexidad con un derecho fundamental, (iii) o en la afectación del mínimo vital*

**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Consagración en el ordenamiento internacional**

**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Finalidad**

**DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Alcance**

**ACCION DE TUTELA-Procendencia excepcional para reconocimiento y pago de pensión de invalidez**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Desarrollo legislativo**

**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Aplicación a la pensión de invalidez**

**PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago**

**ACCION DE TUTELA-Procendencia por cuanto se cumplen los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez/ACCION DE TUTELA-Aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993**

Referencia: expediente T-1501981

Acción de tutela instaurada por Miguel Ángel Melo Porras contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte

Magistrado Ponente  
Dr. HUBERTO ANTONIO  
SIERRA PORTO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Mariño y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## **SENTENCIA**

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá en la acción de tutela instaurada por Miguel Ángel Melo Porras contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte.

### **I. ANTECEDENTES**

El señor Miguel Ángel Melo Porras solicitó del juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, la vida, la salud, la seguridad social y a recibir protección reforzada por su condición de discapacitado; los cuales, según el escrito de demanda, estaban siendo vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales. La solicitud de protección judicial presentada por el accionante se apoya sobre la relación de los hechos que ahora resume la Sala:

1.- En el mes de septiembre de 1993 el ciudadano fue vinculado a la planta de personal del Centro Comercial Andino para que, en desarrollo de las obligaciones surgidas de la suscripción de un contrato laboral a término indefinido, prestara sus servicios como electricista.

2.- Durante la madrugada del día 8 de mayo de 1994, dentro de su horario de trabajo, el accionante fue víctima de un ataque realizado por un grupo de hombres, mientras se encontraba realizando el reemplazo y mantenimiento de las bombillas defectuosas ubicadas en la calzada exterior del centro comercial. El incidente ocasionó al señor Ángel Melo una lesión que, de acuerdo al diagnóstico médico, corresponde a “*pie derecho anestésico por lesión de nervios ciáticos*”.

3.- Luego de recibir algunas prestaciones médicas y asistenciales por parte del Centro comercial y del Instituto de Seguros Sociales, el trabajador fue despedido de su empleo, lo cual lo arrojó a una difícil situación económica que resultó agravada debido a la dificultad que afrontó para conseguir un nuevo empleo por la incapacidad padecida.

4.- El accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales la continuación de la prestación de los servicios de salud y el reconocimiento de alguna prestación económica –indemnización o pensión de invalidez- que, como consecuencia de la dolencia física producida por el incidente y la subsiguiente incapacidad laboral, aliviara la situación económica en la que se encontraba. La entidad negó tales prestaciones debido a que, en opinión del Instituto, el incidente no constituía un accidente de trabajo.

5.- El día 7 de febrero de 1997 al ciudadano le practicaron una “*amputación debajo de rodilla miembro inferior derecho (MID)*” con el objetivo de atender la dolencia que venía padeciendo, la cual al momento de realizar la intervención había degenerado en una “*osteomielitis*”.

6.- En el año 2001 el accionante se vinculó al programa de generación de empleo para personas discapacitadas de la Fundación TELETÓN; entidad que más adelante celebraría un convenio con “*Grandes superficies de Colombia CARREFOUR*” en virtud del cual el señor Ángel Melo fue vinculado por medio de un contrato a término indefinido en el cargo de auxiliar de mantenimiento.

7.- El contrato laboral suscrito entre el accionante y CARREFOUR fue celebrado el día 12 de mayo de 2004, fecha a partir de la cual el trabajador fue afiliado a la E. P. S. COMPENSAR y al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE.

8.- En el mes de octubre de 2004 el señor Ángel Melo inició un tratamiento médico de úlcera gástrica que, en el mes de febrero de 2005, permitió la detección de un “*ADENOCARCINOMA GÁSTRICO (CÁNCER DE ESTÓMAGO)*”. Una vez fue descubierta esta enfermedad,

al paciente le fue ordenada de manera urgente la práctica de una intervención quirúrgica (Gastrectomía total) para evitar la propagación del cáncer, la cual fue llevada a cabo con buenos resultados. Con el objetivo de asegurar la total recuperación del accionante, más adelante le fue ordenada la realización de quimioterapias y radioterapias que complementarían el tratamiento.

9.- Debido a los quebrantos de salud padecidos y a la “*notable disminución*” de sus capacidades físicas, el señor Ángel Melo decidió iniciar el trámite administrativo para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez ante el Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE.

10.- El día 28 de diciembre de 2005 el accionante fue notificado de la valoración realizada por la Compañía de Seguros de Vida BBVA Seguros de Vida Colombia S. A., la cual arrojó como resultado una pérdida de capacidad laboral estimada en un porcentaje del 63.05%.

11.- Por medio de oficio del 17 de febrero de 2006, firmado por la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales, la entidad demandada resolvió la solicitud del ciudadano negando el reconocimiento de la pensión de invalidez debido a que el trabajador no había cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003 en cuanto al tiempo de cotización. Al respecto señaló el accionante:

*Continúa el correspondiente estudio para pensión por enfermedad, y emiten respuesta el pasado 17 de febrero de 2006, en la que manifiestan que NO tengo derecho a esta pensión, por faltar UNA (1) SEMANA de cotización al sistema pensional, pues cuento con cuarenta y nueve (49) semanas cotizadas y el requerimiento es de cincuenta (50) semanas.*

Por tal motivo solicitó al juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales, pretensión que de manera concreta se encaminaba a obtener del Despacho judicial el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en la severa pérdida de su capacidad laboral y, especialmente, en la obligación improrrogable de recibir por parte del Estado tratamiento privilegiado en razón de la discapacidad padecida, la cual impone su inclusión en la categoría de sujetos de especial protección. Adicionalmente, el ciudadano solicitó al juez notificar al Ministerio de Protección Social y al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA para que se pronunciaran sobre su solicitud de amparo y

ejercieran, a su vez, su derecho de defensa.

### **Intervención del demandado**

En escrito de contestación de demanda presentado el día 22 de junio de 2006, el señor Julio César Fonseca Becerra, Gerente de operaciones del Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE, se opuso a la pretensión de tutela. Como fundamento de su posición el representante realizó un detallado recuento de cada una de las actuaciones que fueron adelantadas por el ciudadano para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, las cuales concluyeron en la negación del derecho pensional debido a que no cumplió con la totalidad de los requisitos contenidos en la Ley 860 de 2003. Sobre el particular, precisó lo siguiente:

*El estudio demostró que el señor MIGUEL ANGEL MELO PORRAS cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 349 días en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, esto es, entre el 11 de mayo de 2002 y el 11 de mayo de 2005, que corresponden a 49.85 semanas de cotización, por lo que no reunió el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas*

Aunado a lo anterior, señaló que el ciudadano tampoco cumplía con el requisito de fidelidad de cotización al sistema, pues mientras la Ley exige un porcentaje igual o superior al 20% en el lapso comprendido entre el momento en que el afiliado cumplió 20 años y la fecha en que ocurrió la primera calificación del estado de invalidez –lo cual, de acuerdo a los cálculos de la entidad, equivale a un total de 1119 días de cotización- el señor Ángel Melo cotizó, en dichos términos, 1061 días.

El representante agregó que a pesar de la improcedencia de la solicitud, al momento de informar la decisión adoptada la entidad ofreció al ciudadano, tal como lo ordena el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, la devolución de los saldos.

Con fundamento en la anterior exposición, el representante concluyó que la totalidad de las actuaciones del Fondo fue desarrollada de acuerdo a la ley aplicable y, por tal razón, no podría el juez de tutela, en el caso concreto, considerar que la mera aplicación de la ley constituye una violación de los derechos fundamentales del peticionario. Para terminar, indicó que el demandante cuenta con la acción laboral ordinaria para controvertir en el escenario judicial natural la legitimidad de la decisión

adoptada por la entidad demandada, por lo que, de acuerdo al principio de subsidiariedad, no resultaba procedente la solicitud de tutela.

### **Sentencias objeto de revisión**

**1.-** En sentencia proferida el día 30 de junio de 2006, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá negó el amparo de los derechos fundamentales del ciudadano. De manera breve, el Despacho recordó los fundamentos y el alcance del principio de subsidiariedad que modula la procedibilidad de la acción de tutela. En tal sentido, volvió sobre algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional según los cuales, en el caso concreto, el juez de tutela está llamado a adelantar una detenida revisión de los mecanismos de protección judicial que ofrece el ordenamiento para lograr la protección de tales garantías. En tal sentido, concluyó que el señor Melo Porras cuenta con mecanismos judiciales diferentes a la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos.

**2.-** El día 13 de julio de 2006 el demandante impugnó la providencia del juez de instancia reiterando la solicitud de amparo. Como fundamento del recurso, el accionante alegó que el juez de primera instancia había realizado una errada interpretación de la pretensión de amparo, pues, a juicio del *a quo* la solicitud buscaba, como medida de protección de sus derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad, la salud y la vida, el reconocimiento de la pensión de invalidez. No obstante, según lo explica el ciudadano en el escrito de impugnación, la pretensión estaba orientada, de manera exclusiva, a obtener defensa judicial de su derecho fundamental a la aplicación de la Ley.

El ciudadano estima que este derecho fue vulnerado debido a que, a pesar de que el contrato laboral suscrito con el empleador –CARREFOUR– inició el día 12 de mayo de 2004, fue afiliado al Fondo de pensiones y cesantías Horizonte el día 7 de junio de 2004. Así, el juez de instancia debió considerar esta incorrección y, por tal motivo, permitirle a la entidad demandada la repetición de la entidad demandada contra el empleador, puesto que, a su juicio, existió un flagrante desconocimiento de la Ley laboral.

**3.-** En sentencia proferida el día 18 de septiembre de 2006, el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia. A juicio del Despacho, el escrito de impugnación presentado por el ciudadano no es preciso, en la medida en que a pesar de endilgar a la providencia proferida por el *a quo* una errada interpretación de la pretensión, al adelantar un examen detallado de la demanda y del recurso,

se concluye que, efectivamente, la pretensión del accionante se dirige a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Esclarecida la solicitud del peticionario, el Juzgado procedió a examinar la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia y, así, concluyó que ésta era legítima dado que la solución de este tipo de controversias no incumbe al juez de tutela. Al contrario, a juicio del Despacho, el escenario natural en el cual se deben hacer valer estas pretensiones es el propio de la jurisdicción laboral; consideración que adquiere mayor sentido en el caso concreto en la medida en que, como se desprende de la lectura del expediente, se intenta la solución de un conflicto que involucra hechos sometidos a controversia, por lo que sólo el juez laboral puede dirimir tal conflicto de manera adecuada.

Para terminar, en cuanto al derecho fundamental a obtener aplicación de la Ley, el *ad quem* precisó que la satisfacción de tal derecho también ha sido encomendada a la jurisdicción ordinaria, puesto que su cumplimiento no depende de un ejercicio automático e irreflexivo, sino que involucra una importante actividad probatoria y de contradicción que garantiza, en definitiva, que la aplicación de la Ley –esto es, el reconocimiento de derechos- sea acertada y legítima; razones que, en conjunto, se oponen a que en el marco de un proceso de tutela sea usurpada dicha competencia y se lleve a cabo el reconocimiento de tales derechos.

## **II. ACTUACIONES SURTIDAS ANTE LA SALA DE REVISIÓN**

**3.1.** Por medio de auto del 30 de marzo de 2007, esta Sala de Revisión solicitó al accionante poner en conocimiento su situación económica y la de su núcleo familiar. Así, en escrito recibido por el Despacho del Magistrado Ponente el día 11 de abril de 2007, el ciudadano informó que actualmente se dedica al negocio de ventas independientes, lo cual le reporta ingresos que en promedio ascienden a la suma de \$300.000 mensuales. En la comunicación el ciudadano agregó que es el encargado de proveer el sostenimiento económico de su familia, compuesta por su esposa y dos menores de edad –Karen Jhiselt Melo Guavita, de 15 años, (hija) y Stephanie Melo Guavita (nieta), de ocho meses- cuyos gastos, entre los cuales se encuentra el pago de servicios públicos, alimentación, educación, entre otros, suman en promedio \$1.040.000.

**3.2.** En auto proferido el día 11 de mayo de 2007 se ordenó la integración del contradictorio por medio de la notificación de la acción de tutela al Presidente del Instituto de Seguros Sociales. En la mencionada

providencia se le ofreció un término de 3 días para que se pronunciara sobre la pretensión de amparo intentada por el ciudadano y, adicionalmente, fue requerido para que proporcionara información completa sobre la historia de cotización al sistema de seguridad social del peticionario. De manera específica se solicitó información específica acerca de los períodos de cotización correspondientes a los años de 1993 y 1994, período durante el cual el Instituto de Seguros Sociales recibió los aportes de seguridad social por la suscripción del contrato laboral entre el ciudadano y el Centro Comercial Andino.

**3.3.** El día 18 de mayo de 2007 el Despacho del Magistrado Ponente recibió comunicación remitida por la Secretaría General de la Corte Constitucional en la cual informaban que dentro del término concedido no se recibió documento alguno por parte de la entidad.

**3.4.** Por medio de auto del seis (6) de junio de dos mil siete (2007), el Despacho reiteró al Presidente del Instituto de Seguros Sociales la orden emitida en el auto anterior. La parte resolutive de dicha providencia estableció lo siguiente:

***PRIMERO.- REITERAR la ORDEN dirigida al Señor Presidente del Instituto de Seguros Sociales para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto, proporcione a este Despacho información completa sobre la historia de cotización al sistema de seguridad social del señor Miguel Ángel Melo Porras, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.484.737 de Bogotá. La entidad deberá hacer especial énfasis en la información correspondiente a los años de 1993 y 1994, período durante el cual el Instituto de Seguros Sociales recibió los aportes de seguridad social por la suscripción de un contrato laboral a término indefinido entre el ciudadano y el Centro Comercial Andino.***

***SEGUNDO.- ADVERTIR al Señor Presidente del Instituto de Seguros Sociales que, de conformidad con la legislación colombiana, deberá prestar en forma eficaz e inmediata la colaboración solicitada por esta Corporación.***

**3.5.** Una vez más, el día dieciséis (16) de enero de dos mil siete (2007) la Secretaría general de la Corporación informó al despacho que la entidad requerida no había ofrecido respuesta alguna a la solicitud dentro del término establecido en el auto.

**3.6.** El día 7 de junio de 2007 el ciudadano remitió al Despacho del Magistrado Ponente copia de un documento proferido por el Instituto de Seguros Sociales en el cual se compila la información de cotización por concepto de seguridad social correspondiente al período laboral anterior al padecimiento del ataque ocurrido el 8 de mayo de 1994.

En el oficio se informa de un primer período de cotización comprendido entre el 11 de octubre de 1990 y el 2 de enero de 1991, término en el cual el peticionario prestó sus servicios a la empresa “*Manufacturas Lucero LTDA.*” Adicionalmente, consta un segundo período de cotización ocurrido entre el 15 de octubre de 1993 hasta el 6 de diciembre de 1994, el cual corresponde al contrato laboral suscrito entre el señor Melo Porras y el Centro Comercial Andino. En suma, el documento informa que el total de semanas cotizadas en estos dos períodos asciende al número de 71.7143, equivalente a 502 días.

### **III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

#### **1. Competencia**

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### **2. Problema jurídico**

Para dar solución a la controversia que ahora se plantea a esta Sala de Revisión es menester resolver el siguiente problema jurídico: ¿es posible ordenar la protección del contenido específico de la progresividad del derecho a la seguridad social por vía de tutela? Para tal efecto, en esta providencia se abordarán los siguientes temas: (i) Protección constitucional a la seguridad social. (ii) El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (iii) El derecho a la pensión de invalidez por riesgo común. (iv) Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez.

#### **3. Protección constitucional a la seguridad social**

Para abordar el tema que ahora ocupa a esta Sala de Revisión es preciso

adelantar un análisis previo acerca de la seguridad social, examen que debe tomar como punto de partida el diseño que al respecto se encuentra contenido en el texto constitucional, dado que el problema jurídico que subyace la controversia consiste, precisamente, en determinar la amplitud de la seguridad social como derecho subjetivo<sup>1</sup>.

De acuerdo a la redacción del artículo 48 constitucional, “*la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado*”. Al ofrecer a esta disposición una interpretación sistemática, se concluye que el Estado debe adelantar una serie de políticas públicas y, en términos generales, diseñar un sistema que se encuentre encaminado a garantizar la plena satisfacción de los derechos fundamentales de la persona, empresa para la cual surge como requisito ineludible la debida atención de las contingencias que se inscriben en el concepto de seguridad social. Así pues, tal sistema no sólo debe consultar los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según el artículo 48 superior, han de guiar el funcionamiento del sistema, sino que adicionalmente está llamado a procurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado que han sido recogidos en el artículo 2° del texto constitucional.

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

---

<sup>1</sup> Acerca de la importancia de la seguridad social, en sentencia T-418 de 2007 esta Sala de Revisión señaló lo siguiente: “*En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo*”.

derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas.

Una vez la seguridad social ha sido caracterizada como servicio público, resulta pertinente la revisión del artículo 365 superior, el cual contiene una serie de reglas que se extiende sobre este particular tipo de actividades desarrolladas por el Estado. Sobre el particular interesa resaltar de esta disposición que, según su tenor literal, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social de la organización estatal, razón por la cual su satisfacción constituye un objetivo cardinal de acuerdo a la definición que el artículo 1° del texto constitucional ha hecho del Estado colombiano, el cual moldea la forma y define los compromisos de la organización del Estado como un Estado Social de Derecho. En segundo lugar, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 constitucional, corresponde al Estado el deber impostergable de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Aunado a lo anterior, según ha sido precisado en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, hay un contenido específico de la seguridad social que constituye un servicio público de naturaleza *esencial*, lo cual trae consigo una notable acentuación en el deber de prestación del servicio en términos de permanencia y continuidad. Textualmente, la disposición establece lo siguiente:

*Este servicio público [de seguridad social] es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.*

Ahora bien, además de ser un servicio público de las calidades anteriormente anotadas, la seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término

La satisfacción del derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social<sup>3</sup>.

En el ámbito internacional el derecho a la seguridad social ha sido reconocido en las disposiciones que se enlistan a continuación: artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup>, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>5</sup>, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona<sup>6</sup>, artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>7</sup>; y, finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la

---

*"seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas.*

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

(...)

30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

<sup>3</sup> Sentencia C-623 de 2004

<sup>4</sup> “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

<sup>5</sup> Aprobado mediante Ley 74 de 1968. “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

<sup>6</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948. Véase también la Resolución 1591 (XXVIII-O/98) proferida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la tercera sesión plenaria, celebrada el 2 de junio de 1998. “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

<sup>7</sup> Aprobada mediante Ley 319 de 1996. “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida

## Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>8</sup>

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

Al respecto esta Corporación se ha pronunciado en jurisprudencia reciente sobre la distinción que eleva una frontera conceptual entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales como categoría diferente a la primera. Sobre el particular ha señalado que la guía histórica que supone no debe desbordar su función meramente académica, útil a la comprensión del surgimiento y posterior fortalecimiento de los derechos fundamentales, para ser empleada como criterio judicial orientado al establecimiento de la contextura de un cierto derecho<sup>9</sup>.

La anterior consideración implica que al momento de determinar la naturaleza fundamental de un derecho, no es válido el ejercicio de revisión de la tradición doctrinal que ha distinguido entre derechos prestacionales y no-prestacionales. Si bien en un primer momento esta Corporación adoptó dicha clasificación para efectos de determinar el *corpus* de derechos fundamentales, en jurisprudencia posterior se ha modulado el rigor de tal consideración<sup>10</sup>.

---

*digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.*

<sup>8</sup> Aprobada mediante Ley 51 de 1981. Artículo 11 || 1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:*  
e) *El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;*

<sup>9</sup> Sobre el particular en sentencia T-1041 de 2006 esta Sala de Revisión señaló: “[E]sta Corporación ha señalado la imprecisión de esta categorización de los derechos fundamentales en la medida en que sólo explica de manera rigurosa tales derechos como producto histórico, sin ahondar de manera suficiente en la manera en que éstos deben ser satisfechos, puesto que en ningún caso su cumplimiento depende de la observación exclusiva de un deber, bien de abstención o de prestación”

<sup>10</sup> Al respecto, en su observación número 5 el Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, al señalar el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales, estableció lo siguiente: “No hay ninguna división sencilla o digna de fe de los derechos humanos en general, o de los derechos reconocidos por la Convención en particular, en esas dos categorías de derechos (...) El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al disfrute de los derechos civiles y políticos”

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de solicitar el amparo judicial del derecho a la seguridad social por medio de la acción consagrada en el artículo 86 del texto constitucional, esta Corporación ha señalado que dicha pretensión no es procedente *prima facie* por vía de tutela. En consecuencia, los eventuales conflictos que surjan a propósito de su exigencia deberán ser compuestos en el escenario judicial que el ordenamiento jurídico ha diseñado, esto es, tal como lo establece el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dentro de “*La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social*”<sup>11</sup>. No obstante, la Corte se ha ocupado de establecer tres supuestos concretos en los cuales es posible demandar del juez de tutela la protección del derecho a la seguridad social, los cuales tienen origen en (i) la transmutación del derecho<sup>12</sup>, (ii) la conexidad con un derecho fundamental<sup>13</sup>, (iii) o en la afectación del mínimo vital<sup>14</sup>.

El diseño de acciones judiciales avanza en el esfuerzo asumido por el Estado Colombiano al hacerse parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues, como fue señalado en la observación general número 7 del Comité encargado de la vigilancia del cumplimiento de este Tratado, “*Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad*”<sup>15</sup>.

En la citada sentencia T-418 de 2007 esta Sala de Revisión abordó la cuestión específica de la exigibilidad del derecho a la seguridad social en el marco de la acción de tutela. Las consideraciones realizadas en esa ocasión, que en esta oportunidad se reiteran, enseñan la dinámica que guía, de forma general, los derechos sociales dentro de los márgenes del proceso especial consagrado en el artículo 86 superior y, por supuesto, de

---

<sup>11</sup> ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

(...)

4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

<sup>12</sup> Sentencia SU-599 de 1999

<sup>13</sup> Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992

<sup>14</sup> Ver, en particular, las sentencias T-462 de 1992, SU-111 de 1997 y SU-995 de 1999

<sup>15</sup> En la misma observación el Comité manifestó lo siguiente: “*En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto*”.

manera concreta, el derecho bajo estudio. A continuación se transcribe *in extenso* los apartes anunciados de esta providencia:

*Siguiendo el rumbo que ha sido esbozado en esta providencia, la Corte ha precisado el alcance de varios derechos respecto de los cuales se ha puesto en duda su carácter fundamental. Así, en sentencia T-1318 de 2005, al pronunciarse sobre el derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 superior, la Corte realizó la siguiente consideración: “una vez definidas tales políticas públicas por los órganos con competencia en esta esfera [las cuales permiten establecer con precisión las prestaciones debidas], trátese del poder legislativo o de la administración en sus distintos niveles territoriales, se pueden constituir derechos subjetivos de carácter iusfundamental susceptibles de protección por intermedio de la acción de tutela”. Más adelante en la misma sentencia la Corte resaltó la consideración ya reseñada a propósito de los diferentes tipos de obligaciones que deben ser atendidos para satisfacer los derechos fundamentales. De manera textual, la Corte estableció que “Esta pluralidad de contenidos normativos del derecho a la vivienda digna, y en general de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido puesta de relieve por la doctrina, la cual, no obstante, coincide en señalar que tal multiplicidad no puede ser simplificada atribuyéndole al derecho en su conjunto un carácter meramente programático y negando que algunos de sus contenidos tienen el carácter de derechos subjetivos de carácter fundamental<sup>16</sup> (...) El alcance y contenido de estos distintos elementos integrantes del derecho a la vivienda digna serán precisados y conformados jurídicamente, como antes se dijo, por el legislador y por la administración en sus distintos niveles territoriales, y una vez conformados jurídicamente adoptan la estructura de derechos subjetivos los cuales podrán ser objeto de protección en ciertos casos por medio de la acción de tutela. Entonces, una vez precisadas normativamente las facetas prestacionales del derecho a la vivienda digna, éstas adquieren carácter iusfundamental y son susceptibles de protección por medio del mecanismo de garantía de los derechos fundamentales”.*

*En idéntico sentido, en sentencia T-859 de 2003 esta Corporación se pronunció acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho a*

---

<sup>16</sup> Ver VICTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002. GERARDO PISARELLO, *La vivienda un derecho en construcción*, Barcelona, Icaria, 2003.

*la salud afirmando tal atributo sin acudir a argumentaciones ajenas a la textura propia del derecho –como es el caso de la conexidad-. En esta ocasión la Corte precisó lo siguiente: “Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003 (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”.*

*Al dirigir las consideraciones precedentes al análisis del derecho a la seguridad social se concluye que, una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela.* (Subrayado fuera de texto).

#### **4. El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Esclarecida esta cuestión inicial, es preciso definir el espectro de protección que garantizan los derechos sociales, para lo cual resulta forzosa la remisión a los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados por el Estado colombiano, los cuales apelan al principio de progresividad. Al respecto, el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2° estableció en los términos que se transcriben a continuación la obligación en cabeza de los Estados de amparar tales derechos:

*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.* (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, en su artículo 26 la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo principio en el ámbito interamericano:

*Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.* (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, establece lo siguiente:

*Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*

A su vez, el texto constitucional colombiano consagra el principio de progresividad en el caso específico del derecho a la seguridad social. Textualmente, el artículo 48 superior establece lo siguiente:

*El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.*

En la medida en que el principio de progresividad proviene, en gran parte, de su consagración en el ordenamiento internacional, es preciso consultar los pronunciamientos de los intérpretes de dichos instrumentos para delimitar sus fronteras conceptuales. Sobre el particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano al que se le ha asignado la misión de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional, se pronunció sobre este principio en la observación general número 3.

En esa ocasión el Comité afirmó que la consagración del principio de progresividad en el Pacto pone en evidencia la dificultad fáctica más importante a la cual se enfrenta el propósito de amparar tales derechos, consistente en que su debida realización no es posible de manera inmediata. Al contrario, en la medida en que demanda las más variadas prestaciones a cargo del Estado, se requiere un lapso dentro del cual la organización estatal adecue su estructura al objetivo de ofrecer a estos derechos plena observancia. No obstante, su consagración, en opinión del Comité, no debe ser malinterpretada en el sentido de vaciar la obligación de amparo de los derechos económicos, sociales y culturales de contenido significativo.

En consecuencia, el principio de progresividad debe ser leído a la luz del propósito general que recorre la totalidad de las disposiciones que componen el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual se dirige al establecimiento de obligaciones ciertas en cabeza de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos por este tratado. De tal manera, de la lectura sistemática del Pacto se deduce una obligación consistente en el deber de actuar con prontitud para adelantar todas las actuaciones necesarias para alcanzar el objetivo que traza el tratado.

En este pronunciamiento el Comité hace especial hincapié en una

obligación de contenido específico que brota del principio de progresividad, según la cual los Estados firmantes del tratado no pueden adoptar medidas que impliquen un retroceso en la senda de protección que haya avanzado el Estado para procurar el amparo de estos derechos. Las medidas que sean adoptadas en tal sentido deberán estar plenamente justificadas, para lo cual el Estado debe considerar como marco de referencia los siguientes parámetros: (i) el panorama que surge de la consideración de la totalidad de derechos consagrados en el Pacto Internacional y, en segundo lugar, (ii) el deber de aprovechamiento pleno del máximo de recursos con los que cuenta la organización estatal.

En este punto aflora un importante tema de reflexión, pues el principio de progresividad, que según abundante jurisprudencia de esta Corporación constituye el rasgo esencial de los derechos sociales<sup>17</sup>, parece sugerir que el único deber jurídico que impone a los Estados es el de no deshacer de manera injustificada el eventual desarrollo legislativo que haya sido ofrecido; lo cual se opondría al reconocimiento de un contenido intrínseco de estos derechos.

En contra de esta idea, en la misma observación general el Comité llama la atención sobre este punto con el objetivo de evitar cualquier interpretación que conduzca a tal conclusión. En tal sentido, en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una *“una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”*.

La jurisprudencia de esta Corporación ha acogido la posición del Comité. Así, en idéntico sentido al sugerido por el órgano internacional, en sentencia C-038 de 2004 la Corte señaló que el principio de progresividad se encuentra desprovisto de cualquier contenido meramente retórico, lo cual supone la inconducencia de su empleo como excusa para eludir o dilatar la obligación de realización de los derechos sociales. Al contrario, a juicio de la Corte, este principio supone el compromiso de iniciar de manera inmediata el proceso que conlleve a la realización plena de tales derechos, obligación que se suma al reconocimiento de *“unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas”*<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Sentencias C-896 de 2006, C-177 de 2005, C- 791 de 2002, T-594 de 2006, entre otras

<sup>18</sup> En el mismo sentido C-251 de 1997

Dicha providencia sigue la estela dejada por la sentencia SU-225 de 1998, en la cual la Sala Plena de esta Corporación señaló que en el caso de los derechos sociales, si bien su desarrollo ha sido encomendado al Legislador, es posible identificar un contenido que no puede ser sometido al debate democrático. Agregó la Corte que de esta particular dimensión de los derechos sociales surge la facultad de reclamar el reconocimiento de derechos subjetivos que resultan exigibles por medio de la acción de tutela.

En virtud del principio de progresividad que gobierna el alcance del derecho a la seguridad social como derecho social, sobre el Estado pesa el deber de ampliar su espectro de protección y de limitar las restricciones eventuales que puedan alterar su contenido. En sentencia C-038 de 2004, ya referenciada, la Corte se pronunció sobre el significado de este principio con el objetivo de señalar que una vez ha sido alcanzado un determinado nivel de protección de cierto derecho social –tal como ocurrió con la expedición de la Ley 100 de 1993 respecto del derecho a la seguridad social- su ocasional retroceso se revela problemático, puesto que si bien el Congreso goza de un amplio margen de discrecionalidad sobre las materias cuyo desarrollo le corresponde; en cuanto al contenido de los derechos sociales surge una fuerte limitación consistente en que cualquier repliegue que disminuya la órbita de protección debe contar con suficiente apoyo argumentativo.

En el mismo sentido, en sentencia C-1489 de 2000 esta Corporación señaló que sobre aquellas leyes que traigan consigo una disminución del ámbito de protección ya concedido a un derecho social pesa una presunción de inconstitucionalidad. Tal consideración sería ampliada más adelante en sentencia C-671 de 2002, providencia en la cual la Sala Plena de la Corte precisó lo siguiente: *“el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”*. Por tal motivo, la superación del examen de exequibilidad, además de suponer la aprobación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dan forma al principio de proporcionalidad, debe acreditar la existencia de los motivos imperiosos que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. Aunado a lo anterior, el juez de constitucionalidad debe considerar los lineamientos postulados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya reseñados, contenidos en su observación general número 3.

Esta Corporación se ha pronunciado de manera específica a propósito del alcance del principio de progresividad en lo relativo al derecho a la pensión de invalidez, como contenido específico del derecho a la seguridad social. Antes de volver sobre las consideraciones que al respecto ha realizado la jurisprudencia constitucional, es preciso llevar a cabo un breve examen de este derecho.

#### **4. El derecho a la pensión de invalidez por riesgo común**

El Sistema de Seguridad Social Integral creado a partir de la Ley 100 de 1993, como ha sido señalado en esta providencia, fundó un complejo sistema en el que se inscribe un amplio conjunto de prestaciones que dan alcance al derecho a la seguridad social. A su vez, esta Ley confió a determinadas instituciones el encargo de cumplir las prestaciones descritas en el sistema, entre las cuales se encuentra la pensión de invalidez por riesgo común<sup>19</sup>.

Como fue precisado por esta Corporación en sentencia T-1128 de 2005, la pensión de invalidez es un derecho de contenido económico que proporciona a sus beneficiarios la facultad de exigir el pago de una prestación monetaria que tiene por objeto compensar la pérdida de capacidad laboral padecida por un trabajador, la cual ha tenido origen en la ocurrencia de un evento no profesional que ha producido una mengua superior al 50% de tal capacidad laboral.

En tal sentido, si bien el derecho a la pensión de invalidez constituye una garantía de creación meramente legal, el juez constitucional no puede perder de vista que este derecho, al igual que el propósito a cuya realización se compromete, encuentra pleno respaldo en el artículo 48 del texto constitucional. En consecuencia, según fue establecido por la sentencia T-1007 de 2004, al solucionar las controversias jurídicas que se sometan a consideración del operador jurídico, éste debe tener presente que el derecho a la pensión es irrenunciable, en la medida en que se encuentra dirigido por el propósito de garantizar la supervivencia de la

---

<sup>19</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado a propósito de la importancia de la creación de prestaciones encaminadas a amparar la situación de las personas que sufren menguas considerables en su capacidad laboral. Al respecto, en la observación general número 5 sostuvo lo siguiente: “*Los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. (...) . Dicho apoyo debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos asociados a menudo con la discapacidad. Además, en la medida de lo posible, el apoyo prestado debe abarcar también a las personas (que en su inmensa mayoría son mujeres) que se ocupan de cuidar a personas con discapacidad. Las personas que cuidan a otras personas con discapacidad, incluidos los familiares de estas últimas personas, se hallan a menudo en la urgente necesidad de obtener apoyo financiero como consecuencia de su labor de ayuda*”

persona que ha sufrido una grave afectación de su salud, la cual se ha materializado en una pérdida severa de la capacidad laboral.

De otro lado, como fue indicado en sentencia T-619 de 1995, la estrecha relación que comunica el derecho a la pensión de invalidez con otros derechos fundamentales les procura a estos últimos una amplia protección cuando aquel es amparado. Al respecto, sostuvo la Corte que al proteger el derecho a la pensión de invalidez *"Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales"*.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de exigir la satisfacción de este derecho por vía de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que resulta improcedente *prima facie*, debido a que el principio de subsidiariedad opone a esta pretensión la existencia de otros mecanismos judiciales diseñados por el ordenamiento jurídico, cuyo conocimiento ha sido confiado a la jurisdicción laboral.

Empero, en estos eventos el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, según lo ha establecido el artículo 47 del texto constitucional, el Estado debe ofrecer a las personas que padecen disminuciones de orden físico, sensorial o síquico un tratamiento privilegiado, obligación en la cual se encuentra comprendido el deber de ofrecer a los discapacitados la *"atención especializada que requieran"*. En idéntico sentido, el artículo 13 superior consagra la obligación en cabeza del Estado de promover las condiciones que procuren una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo cual supone la adopción de *"medidas a favor de grupos discriminados o marginados"*. En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se haya en condiciones de acentuada indefensión.

Al respecto, en sentencia T-219 de 2002 la Corte señaló que la obligación de respeto de la totalidad de garantías constitucionales encaminadas a la

realización de la dignidad humana adquiere especial vigor cuando se trata de sujetos de especial protección, entre los que se encuentran los discapacitados. Textualmente, la Sala Octava de Revisión precisó lo siguiente: *“De modo que las garantías constitucionales, como el acceso al servicio público de la seguridad social y a la atención en salud, deben gozar de mayor efectividad cuando se exigen a favor de quienes adolecen de algún tipo de discapacidad”*.

En conclusión, el juez de tutela debe considerar la especial situación de desamparo en que se encuentra la persona que realiza este tipo de solicitudes, pues, en principio, padece de una lesión que ha afectado su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%; tal circunstancia lleva a concluir que en la mayoría de estos casos la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios se torna desproporcionada y ofende la dignidad humana de estas personas, por lo que el rigor del principio de subsidiariedad debe ser matizado de cara a la urgencia de dar protección a sus derechos fundamentales.

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

Al Congreso de la República corresponde la labor de brindar desarrollo legislativo al derecho a la seguridad social. Así, como fue precisado en sentencia C-967 de 2003, el Legislador es titular de una amplia libertad de configuración que, no obstante, debe enmarcarse dentro de los márgenes que surgen de la lectura del texto constitucional. En tal sentido, de acuerdo a las consideraciones vertidas en la sentencia citada, tal regulación debe (i) asegurar la realización de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia; (ii) ordenar los servicios relacionados con la seguridad social; (iii) decidir, en forma positiva o negativa, la autorización a los particulares para que se encarguen de su prestación; (iv) establecer el monto de los aportes. En últimas, tiene la obligación de edificar de manera suficiente, coherente y completa la estructura sobre la cual ha de descansar el sistema encargado de garantizar el derecho a la seguridad social; labor que debe ser desarrollada consultando el propósito ineludible de avanzar en el propósito de construcción de un orden social justo y equitativo (preámbulo de la Constitución Nacional), empresa que coincide con los fines esenciales que supone la definición del Estado colombiano como un Estado Social de Derecho (artículo 1°).

Si bien el análisis de la exequibilidad de este tipo de instrumentos debe darse en su escenario natural, esto es, dentro de los márgenes del proceso

judicial promovido por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, esta Corporación ha indicado que la acción de tutela puede ser empleada para demandar la protección de los derechos fundamentales que han sido violados debido a la aplicación de disposiciones legales que no coinciden con los postulados constitucionales que debieron inspirar su confección. Al respecto, en sentencia SU-623 de 2001 la Sala Plena de la Corte señaló lo siguiente:

*En esa medida, factores como la falta de capacidad económica, la indigencia, o el alto riesgo de sufrir afectaciones de la salud pueden y deben ser tomados en cuenta por el legislador en el momento de extender el servicio de seguridad social. Así, **la tutela del derecho a la seguridad social en salud, en conexidad con derechos fundamentales, es procedente cuando el juez constitucional pueda constatar, entre otras, una omisión legislativa en el deber de proteger a la población menos favorecida.** El problema de la determinación del deber legislativo de identificar y proteger a ciertos sectores de la población, así como el juicio sobre los criterios con base en los cuales debe llevar a cabo su labor conducen necesariamente a hacer un análisis del problema de la igualdad dentro del campo de la seguridad social. (Negrilla fuera de texto)*

Hecha esta aclaración, es preciso llevar a cabo un breve análisis de las disposiciones legales que desarrollan la figura de la pensión de invalidez. Así, la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía como condición para el reconocimiento del derecho pensional que al momento de ocurrir el suceso el afiliado se encontrara cotizando al régimen y dicha cotización ascendiera a un mínimo de veintiséis (26) semanas. La disposición agregaba que en aquellos eventos en los cuales la persona hubiera dejado de cotizar al sistema, el requisito exigido era el de haber realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas dentro del año anterior a la estructuración del estado de invalidez.

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

medio de la creación de dicha prestación.

Ahora bien, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 fue objeto de modificación por medio del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. La disposición explica que la estructuración del estado de invalidez puede ocurrir debido al acaecimiento de dos eventos: enfermedad o accidente. No obstante, los requisitos que deben ser satisfechos son idénticos en ambos casos. Así, de acuerdo al nuevo texto, el reconocimiento del derecho pensional se encuentra condicionado a que el beneficiario haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. Adicionalmente, la disposición creó un nuevo requisito, consistente en la acreditación de lo que a partir de la modificación sería conocido como “*fidelidad de cotización*”, figura que exige al beneficiario el cumplimiento de determinados períodos de permanencia y cotización al sistema. En este caso, quien ha padecido la enfermedad debe demostrar una fidelidad superior al 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en la cual se realizó la primera calificación del estado de invalidez.

En los dos párrafos adicionales el Legislador reguló dos eventos que escapan al supuesto de hecho contenido en la modificación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En primer término, precisó que los menores de veinte (20) años sólo deben acreditar la cotización de (26) semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez o su declaratoria. En segundo término, estableció que el beneficiario que hubiese cotizado un mínimo equivalente al 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo deberá demostrar la cotización de veinticinco (25) semanas dentro de los últimos tres (3) años

En conclusión, de acuerdo a la modificación incorporada por medio de la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes se han hecho más estrictos debido a la creación de una nueva exigencia –fidelidad de cotización al sistema- y al incremento de la intensidad del requisito previo –50 semanas de cotización en vez de 26-.

Si bien esta disposición es de aplicación general, el juez de tutela debe atender el hecho incontrovertible según el cual su aplicación ha de afectar de manera directa a un grupo específico de la población que, según disposiciones constitucionales ya reseñadas, merece especial protección: los discapacitados<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Sentencia T-221 de 2006

En sentencia T-221 de 2006 la Sala Quinta de Revisión resolvió la solicitud de amparo de una persona de 73 años que padecía cáncer pulmonar. En esta oportunidad la Corte se pronunció de manera específica a propósito del requisito de fidelidad de cotización con el objetivo de señalar que la aplicación de tal exigencia hacía más gravoso el acceso a esta prestación a las personas de mayor edad, lo cual se oponía *prima facie* al mandato de protección de tercera edad. Para justificar tal aseveración, la Sala realizó un análisis de la intensidad de su aplicación, el cual se transcribe a continuación:

<b><i>Edad en que se presenta la configuración de invalidez</i></b>	<b><i>Semanas de cotización requeridas</i></b>
<i>Entre 20 y 30 años</i>	<i>Entre 0 y 104</i>
<i>Entre 30 y 40 años</i>	<i>Entre 104 y 208</i>
<i>Entre 40 y 50 años</i>	<i>Entre 208 y 312</i>
<i>Entre 50 y 60 años</i>	<i>Entre 312 y 416</i>
<i>Entre 60 y 70 años</i>	<i>Entre 416 y 520</i>
<i>Entre 70 y 80 años</i>	<i>Entre 520 y 624</i>
<i>Entre 80 y 90 años</i>	<i>Entre 624 y 728</i>

*Se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que “es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población”<sup>21</sup>, en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad.*

En esa ocasión, al realizar un examen de los antecedentes que precedieron la creación de la Ley 860 de 2003 la Corte concluyó que la medida fue adoptada con el objetivo de promover lo que fue conocido

<sup>21</sup> [Cita contenida en la providencia] Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004.

como “*cultura de afiliación*” y, en segundo término, aminorar el número de fraudes al sistema de seguridad social. Estos fines, si bien no se oponen al texto constitucional, deben ser examinados por el juez de tutela a la luz de las implicaciones que se siguen de su aplicación en el caso concreto. En tal sentido, la Sala Quinta concluyó que la norma resultaba desproporcionada, en la medida en que hacía más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que, precisamente, merece especial consideración: las personas que pertenecen, o se encuentran a punto de ingresar, a la categoría de la tercera edad.

Como ya ha sido señalado en esta providencia, la justificación sobre la cual debe descansar este tipo de medidas está llamada a satisfacer con suficiencia una particular carga de argumentación que permita desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre ellas. En sentencia T-221 de 2006, ya reseñada, la Sala Quinta de Revisión realizó dicho análisis, el cual llevó a concluir que dicho apoyo argumentativo se echaba de menos, por lo cual en esa ocasión empleó la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar la Ley 860 de 2003.

A juicio de la Sala, tal deficiencia argumentativa se hacía evidente al consultar la justificación del texto legislativo contenida en la exposición de motivos, en el cual se consignó el extracto que a continuación se transcribe:

*"Artículo 2°. Condiciones para acceder a la pensión de Invalidez.*

*Se modifican los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. El requisito no se establece en términos de semanas sino de densidad de cotización.*

*Para tener derecho a la pensión de invalidez causada por enfermedad común, se exige que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es el 20% de cotización durante el mismo período.*

*Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes. Cuando un afiliado haya cotizado 20 años o mil semanas, la cobertura del seguro se mantiene en forma*

*vitalicia, así haya dejado de cotizar por un tiempo prolongado*<sup>22</sup>  
(Negrilla fuera de texto).

El asunto se revela problemático al realizar un análisis comparativo de las disposiciones objeto de revisión –artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 1° de la Ley 860 de 2003- pues, si bien los fines a cuya consecución se orienta la modificación legislativa son legítimos, se crea una compleja situación que llama la atención del juez de tutela, dado que los usuarios del sistema que venían cotizando al sistema y, según la primera redacción de la disposición, tendrían acceso a disfrutar de la pensión de invalidez; debido a la expedición de una nueva ley, se ven alejados de la posibilidad de gozar de dicha prestación.

En tal sentido, para esta Sala de Revisión es claro que quienes se encontraban realizando sus cotizaciones al sistema de seguridad social no tenían un derecho adquirido en virtud del cual se realizara el reconocimiento de esta pensión. Empero, resulta incuestionable su titularidad del derecho a la seguridad social, y que su situación, bajo el prurito de promover la *cultura de afiliación*, se vio gravemente desmejorada. Tal como ha sido señalado en la jurisprudencia que ahora se reitera, tal retroceso no fue justificado de manera suficiente, debido a que no se encuentra explicación alguna que de fe de la existencia de motivos inapelables que de manera forzosa impusieran tales medidas regresivas.

Ahora bien, en idéntico sentido a la providencia T-221 de 2006, en sentencia T-1291 de 2005 esta Corporación resolvió la solicitud de amparo presentada por una madre cabeza de familia quien, debido a la ocurrencia de un accidente, padecía una incapacidad que ascendía al porcentaje de 69.05%. La petición de reconocimiento de la pensión de invalidez había sido negada por la respectiva administradora de pensiones debido a que la ciudadana no cumplía la totalidad de los requisitos contenidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

En dicha oportunidad la Corte señaló que si bien la decisión adoptada por la entidad demandada se ajustaba formalmente al texto de la Ley, se revelaba contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social; razón por la cual aplicó la excepción de inconstitucionalidad, lo cual dio paso al empleo de la regulación previa a la Ley 860 de 2003. Textualmente, la

---

<sup>22</sup> Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003, página 10.

Corte precisó lo siguiente:

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

*Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social<sup>23</sup>. En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Ríos sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la petitionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutierrez Jaramillo.*

En sentencia T-043 de 2007 esta Corporación realizó un prolijo análisis de la materia que ahora ocupa a esta Sala el cual concluyó en la deducción de las siguientes reglas constitucionales:

*9.4. Las razones expuestas en las decisiones anteriores permiten, entonces, identificar las reglas jurisprudenciales aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales interferidos por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón del tránsito normativo que ha operado en la materia. Estas reglas, a juicio de la Sala, gravitan sobre dos instancias definidas. La compatibilidad entre las normas legales aplicables y el principio de progresividad de los derechos sociales y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de*

---

<sup>23</sup> [Cita contenida en la providencia] En la sentencia de tutela T-974 de 2005 se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

*invalidez.*

*En cuanto al primer aspecto, se advierte que la protección a través del amparo constitucional en el asunto bajo examen está sujeta a que las normas legales que hayan sustentado la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez resulten, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos sociales. Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.*

*En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. Así, en primer lugar, en cada caso deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales en un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. Como segunda medida, debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado. En ese sentido, deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.*

*Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Para este efecto, servirán de criterios indicadores de esta afectación, entre otros (i) la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación; y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión “original”, para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo.*

A la luz de estas consideraciones procede esta Sala de Revisión a solucionar la pretensión de amparo por la cual fue promovido el proceso de tutela del cual ahora se ocupa.

### **Caso concreto**

El señor Miguel Ángel Melo Porras solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, la vida, la salud, la seguridad social y a recibir protección reforzada por su condición de discapacitado; los cuales, según el escrito de demanda, habían sido vulnerados por la entidad demandada por medio de la decisión que negó el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Al realizar un análisis del material probatorio suministrado por las partes del proceso de tutela, esta Sala de Revisión encuentra acreditado que el accionante padece actualmente una incapacidad laboral de un 63.05%, la cual fue estructurada el día 11 de mayo de 2005 y fue calificada como de origen común. Tales resultados surgen de la lectura del “*dictamen sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral*” que fue elaborado por Horizonte, el cual, a su vez, se basó en el examen del caso concreto que fue llevado a cabo por la Compañía de Seguros de Vida BBVA Seguros de Vida Colombia S. A.

Igualmente, esta Sala de Revisión encuentra probado que la razón por la cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el ciudadano consiste en que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, dicha petición no cumplía con los dos requisitos propuestos por la disposición. En tal sentido, la entidad informó en la contestación de la demanda que el señor Melo Porras no había cotizado las 50 semanas requeridas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. El número de

semanas efectivamente cotizadas en este lapso ascendía a 49.85.

Ahora bien, de acuerdo a la segunda exigencia –fidelidad de cotización al sistema- el ciudadano debió acreditar un 20% calculado desde el momento en que cumplió 20 años hasta la fecha de estructuración. Así, luego de realizar una conversión numérica del porcentaje, Horizonte concluyó que el reconocimiento del derecho pensional se encontraba condicionado a la cotización de 1199 días, a lo cual se opone el número de 1061 días efectivamente cotizados por el accionante.

Antes de iniciar el examen específico de la pretensión, esta Sala de Revisión considera oportuno resaltar que la controversia iniciada por la petición de amparo del señor Melo Porras no plantea en forma alguna un problema sobre la aplicación del *principio de favorabilidad* consignado en el artículo 53 del texto superior. Este postulado, que impone a los operadores jurídicos dar aplicación a las disposiciones que resulten más provechosas para los trabajadores en aquellos eventos en los cuales exista duda sobre las disposiciones jurídicas que deben regular el caso concreto, no será empleado por la Sala debido a que el problema jurídico central propuesto por la acción de tutela consiste en la aplicación de una disposición legal –artículo 1° de la Ley 860 de 2003- que *prima facie* se opone al principio de progresividad.

En primer lugar, es necesario analizar la procedibilidad de la acción consagrada en el artículo 86 superior en el caso concreto. En tal sentido, esta Sala encuentra probado que, si bien el actor cuenta con los instrumentos judiciales ordinarios ofrecidos por la jurisdicción laboral, las condiciones materiales que lo rodean, y que igualmente afectan a su núcleo familiar, permiten inferir que existe un perjuicio irremediable, pues el ciudadano es el encargado de procurar los ingresos económicos necesarios para garantizar la manutención de su familia, compuesta por su esposa y dos menores de edad. Es preciso señalar que la situación económica afrontada ha alcanzado tal gravedad que, a pesar de la severidad de la incapacidad laboral –que asciende a un 63.05%-, el ciudadano se ha visto obligado a continuar trabajando, para lo cual se ha desempeñado como vendedor independiente, actividad que reporta ingresos insuficientes para el mantenimiento de su hogar.

Ahora bien, esclarecido el punto de partida que hace procedente el pronunciamiento del juez de tutela, es posible avanzar en la verificación del cumplimiento de las reglas constitucionales anteriormente señaladas para establecer si en el caso concreto existió una vulneración del principio de progresividad que permita conceder el amparo del derecho a la seguridad social. En tal sentido, esta Sala observa que la historia de

cotización al sistema de seguridad social del señor Melo Porras inició el día 11 de octubre de 1990 y culminó de manera transitoria el día 6 de diciembre de 1994 –período en el cual hubo un cese en la cotización entre el 3 de enero de 1991 y el 14 de octubre de 1993-. Según lo informa el documento proferido por el Instituto de Seguros Sociales en este lapso el ciudadano cotizó un total de 71.7143 semanas.

Ahora bien, en cuanto al primer conjunto de requisitos reseñado en la sentencia T-043 de 2007, esta Sala observa que, de acuerdo a los precedentes citados a lo largo de esta providencia, aquellos se encuentran cumplidos, en la medida en que (i) en primer lugar, las condiciones que ahora debe cumplir el ciudadano son más gravosas e impiden el acceso a la prestación económica reclamada; (ii) en segundo término, no hay una fundamentación suficiente sobre la cual se apoye la disminución del nivel de protección del derecho; (iii) existe una intensa afectación de los derechos un discapacitado, quien, según ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, es un sujeto de especial protección; (iv) A pesar de que el historial de cotización del ciudadano inició durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 –y de acuerdo a lo originalmente establecido en ella, el peticionario hubiera accedido de manera inmediata a la pensión de invalidez- se echa de menos una disposición que consagre un régimen de transición.

Esta Sala encuentra acreditado que la pretensión elevada por el ciudadano también se ciñe a lo dispuesto en el segundo grupo de requisitos compilado en la providencia en comento, pues (i) existe una considerable cercanía entre el momento en que se estructuró la invalidez –esto es, el 11 de mayo de 2005- y la fecha en la cual se realizó la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento de la prestación -29 de diciembre de 2003-. (ii) Adicionalmente, de aplicar la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al momento de la estructuración de la invalidez el solicitante hubiera tenido derecho al reconocimiento de la pensión, pues tan sólo dentro del término de cotizaciones realizado durante la vigencia de la mencionada Ley, el número de éstas ascendió al número de 71.7143 y la cifra requerida por la Ley 100 era de 26 en cualquier tiempo.

En tal sentido, tal como ha procedido esta Corporación en los precedentes reseñados, esta Sala procederá a aplicar la excepción de inconstitucionalidad con el objetivo de ofrecer alcance concreto a los principios constitucionales –dentro de los cuales se encuentran aquellos inscritos en el bloque de constitucionalidad- sobre protección al trabajo, amparo al derecho a la seguridad social y progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.- LEVANTAR** la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante auto del treinta (30) de marzo de 2007.

**SEGUNDO.- TUTELAR** el derecho fundamental a la seguridad social del señor Miguel Ángel Melo Porras. En consecuencia, **REVOCAR** los fallos proferidos por el Juzgado 23 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá.

**TERCERO.- ORDENAR** al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y proceda reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor del señor Miguel Ángel Melo Porras desde la fecha en que la accionante solicitó su reconocimiento. La norma a aplicar establece textualmente lo siguiente:

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

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

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

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

**CUARTO.-** Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo

36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO  
Magistrado Ponente

CATALINA BOTERO MARINO  
Magistrada (e)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO  
Secretaria General