COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/062A/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/062A/11
Expediente	—
Fecha	2009-01-27
Sala	Sala Penal
Magistrado ponente	MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Para El Reconocimiento De La Pension De Invalidez
- /Derecho A La Pension De Invalidez
- Proteccion Constitucional Reforzada De Discapacitados Y Enfermos Terminales Principio De Progresividad En El Derecho A La Seguridad Social
- Perjuicio Irremediable Frente A Sujetos De Especial Proteccion/Pension De Invalidez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Principio de progresividad en lo que concierne al derecho a la seguridad social implica un límite a la libertad de configuración legislativa del legislador quien no puede adoptar medidas que desmejoren la situación de las personas que

Texto completo

T-062A-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-062 A/11 (Bogotá DC, 4 de febrero) ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ- Procedencia excepcional /DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ- Persona que se encuentra incapacitada por padecer dos enfermedades catastróficas PROTECCION CONSTITUCIONAL REFORZADA DE DISCAPACITADOS Y ENFERMOS TERMINALES PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Reiteración de jurisprudencia /DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ- Aplicación de normas mas favorables El principio de progresividad en lo que concierne al derecho a la seguridad social implica un límite a la libertad de configuración legislativa del legislador quien no puede adoptar medidas que desmejoren la situación de las personas que vienen aportando al sistema social y para las cuales resulta más beneficiosa la legislación anterior.

Con relación al tema de las semanas cotizadas antes de la constitución del estado de invalidez, es importante tener en cuenta que en el presente caso y según se desprende del Reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el Seguro Social, el cotizante no solo cumple con el requisito de semanas para pensionarse por vejez, sino que la mayoría de estas cotizaciones, ya habían sido realizadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, o bien estando vigente el Decreto 758 de 1990. En efecto, en el Reporte del I.S.S. se establece que entre el 29 de marzo de 1973 y el 1º de julio de 1979 se habían cotizado 326,57 semanas;

entre el 1º de julio de 1979 y el 15 de febrero de 1981 se cotizaron otras 85,14 semanas; y luego entre agosto de 1982 y marzo de 1994 se cotizaron un total de 606,14 semanas. A partir de lo anterior, queda claro que el accionante cumplía

con el requisito establecido en el Decreto 758 de 1990, artículo 6o, literal b), de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, anterior al estado de invalidez, porque cuando dicho decreto estaba vigente, el actor ya tenía más de 300 semanas cotizadas y no se había estructurado su invalidez. Sin duda alguna, en el presente caso las modificaciones a los requisitos que se establecieron con la Ley 100 de 1993 y posteriormente con la Ley 860 de 2003, son regresivas frente a la situación particular del accionante que no obstante haber cotizado 1165,35 semanas por más de veinte años y hasta el año 2006, ahora debe acreditar haber cotizado 25 semanas durante el año anterior a la calificación de la invalidez, mientras que bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 ya cumplía con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier época PRINCIPIO GENERAL NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE- Caso en que no le puede ser exigible al demandante haber cotizado al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez En este caso es preciso atender el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible. En este orden de ideas, al actor que trabajó durante 20 años y cotizó al sistema hasta el 2006, no le es exigible haber cotizado al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez en la medida en que durante esos tres años, el actor estuvo dedicado al diagnóstico de sus enfermedades terminales que evidentemente no se desarrollaron el día de la estructuración en el 2009, sino en los años anteriores cuando su estado de salud se empezó a deteriorar y no pudo seguir trabajando. En este sentido, es preciso reiterar la jurisprudencia que en casos similares ha inaplicado las normas vigentes al momento de la estructuración de la invalidez, para aplicar las disposiciones más favorables de pensión de invalidez. Esto es posible porque, como se mencionó anteriormente, no se estableció ningún régimen de transición en esta materia, y porque en el caso concreto se trata de una persona con dos graves enfermedades terminales, sin posibilidad de mantenerse económicamente en razón de dichas enfermedades, encontrándose por esta razón en una situación de debilidad manifiesta que requiere una atención particular por parte de las autoridades.

PERJUICIO IRREMEDIABLE FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION/PENSION DE INVALIDEZ- Orden de reconocimiento y pago al Instituto de Seguros Sociales Por considerar que en este caso se demuestra la inminencia de un perjuicio irremediable en un sujeto de especial protección en los términos del inciso 3º del artículo 13 de la Constitución Política, y teniendo en cuenta que la subsistencia del accionante depende del reconocimiento de la pensión de invalidez, la Corte considera que deben aplicarse al caso particular los requisitos contenidos en los artículos 5º y 6º del Decreto 758 de 1990. Está probado que el accionante cumple a cabalidad los requisitos de dicho Decreto, en la medida en la que es un inválido permanente total por haber perdido el 70,75% de su capacidad laboral, y porque había cotizado 300 semanas al sistema antes de estructurarse su invalidez estando vigente el decreto 758 de 1990. Se reitera de esta manera lo establecido por la jurisprudencia en casos semejantes en sede constitucional y en sede laboral en la Corte Suprema de Justicia en los que se ha considerado que, si bien el afiliado había cumplido requisitos más estrictos, al amparo de una legislación anterior para acceder a la pensión de invalidez, no resultaba proporcionado ni conforme a los principios constitucionales de la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa, que se negara la prestación con base en la aplicación del nuevo régimen, incluso en el evento que la estructuración de la invalidez hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es así como en el presente caso, la Corte considera que la decisión adoptada por el I.S.S. es contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social, razón por la cual, se aplicará la excepción de inconstitucionalidad y se amparará el derecho a la pensión de invalidez en los términos y con los requisitos del Decreto 758 de 1990.

Referencia: T -2.740.402 Accionante: Daniel Mojica González Accionado: Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) Fallo de tutela objeto revisión: Sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, del 3 de junio de 2010 Tema:

Derechos fundamentales invocados: el actor consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, el debido proceso, la dignidad humana y el mínimo vital.

Conducta que causa la vulneración: el no reconocimiento de la pensión de invalidez por parte del I.S.S. Pretensión: que se ordene al I.S.S. reconocerle la pensión de invalidez al señor Daniel Mojica González quien presenta una pérdida de capacidad laboral del 70,75% estructurada el 27 de enero de 2009 y se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, para evitar un perjuicio irremediable.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES 1. Demanda de tutela. El accionante interpuso a través de su apoderado acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), sobre las siguientes bases:

1.1. Fundamento de la pretensión. El actor fundamenta su pretensión con las siguientes afirmaciones y medios de prueba: 1.1.1. El señor Daniel Mojica González de 54 años de edad se encuentra incapacitado por padecer dos enfermedades catastróficas, cáncer de colón e insuficiencia renal crónica por lo cual se ha calificado su invalidez en 70,75 % estructurada el 27 de enero de 2009 [1] .

1.1.2. El actor ha cotizado al I.S.S. por más de veinte años y hasta el 28 de febrero de 2006 llevaba cotizadas 1.165 semanas al sistema [2] .

1.1.3. El actor tiene a su cargo a una hija y a su esposa quien está enferma como consecuencia de un derrame cerebral [3] . 1.1.4. El peticionario indica que desde el 2006 no ha podido seguir trabajando porque debió dedicarse a obtener el diagnostico y a sujetarse al tratamiento de sus enfermedades. Afirma que debe asistir tres veces por semana al hospital y que por esta razón ha agotado todos sus ahorros.

1.1.5. El actor solicitó al Seguro Social pensión de invalidez el 23 de febrero de 2009 y, al no recibir respuesta oportuna a su petición, interpuso una acción de tutela en contra del I.S.S. que el juez decidió ordenando a éste último resolver la solicitud de pensión del peticionario [4] .

1.1.6. Debido a la falta de respuesta del I.S.S., se presentó incidente de desacato contra el I.S.S. el 2 de septiembre de 2009 por no haber cumplido el fallo de tutela [5] .

1.1.7. Mediante la resolución 050433 del 28 de octubre de 2009, el I.S.S. negó la pensión de invalidez al peticionario por considerar que no contaba ni con las 50 ni con las 25 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal y como lo prevé el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003 [6] .

2. Respuesta del I.S.S. La entidad guardó silencio respecto de la acción instaurada por el actor. 3. Decisión de tutela objeto de revisión 3.1.

Primera instancia [7] : El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá negó la tutela por improcedente porque, a su juicio, el actor no cumplía con los requisitos señalados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003 al no haber cotizado durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.

Señala también el a quo, que el accionante no impugnó la decisión del I.S.S. y que el juez de tutela no puede usurpar la competencia de la jurisdicción laboral ante la cual el actor puede solicitar la pensión que reclama.

3.2. Impugnación [8] Mediante su apoderado, el actor impugna la sentencia de primera instancia alegando que el juez de tutuela debe hacer prevalecer la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia y la jurisprudencia, sobre las normas de menor jerarquía y frente a vulneraciones de derechos fundamentales. Reitera la situación en la que se encuentra el actor en relación con sus enfermedades terminales. Afirma que el accionante tiene más de 1000 semanas

cotizadas que es lo que se requeriría para acceder a la pensión de vejez y cita jurisprudencia de la Corte Constitucional en casos similares en los que se ha considerado que basta tener más de 300 semanas cotizadas o haber cumplido las semanas requeridas para obtener en una situación análoga la pensión de vejez. Indica que la seguridad social en materia de pensiones debe ser progresiva y favorable al cotizante. Considera que la pensión de invalidez trasciende el plano legal y adquiere carácter constitucional siendo el juez constitucional el llamado a proteger los derechos fundamentales del actor.

3.3. Segunda instancia [9] La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirma la decisión del a quo , considerando que por regla general la acción de tutela resulta improcedente para ordenar el reconocimiento de derechos pensionales por tratarse de un asunto de carácter litigioso. Según el a quem , tampoco se inscribe el presente caso dentro de las circunstancias de procedencia excepcional de la acción de tutela descritas por la jurisprudencia en esta materia. Si bien el juez comprende el estado lamentable del actor que se encuentra en una fase terminal de sus enfermedades, no considera que sea esta una motivación atendible por vía de tutela ni cree que esto pueda incidir en la modificación de los requisitos de orden legal para el otorgamiento de la pensión de invalidez. Finalmente, el Tribunal considera que la jurisprudencia citada por el actor en la que de manera excepcional se ha procedido el amparo constitucional en casos en los que se reclama la pensión de invalidez, no es aplicable a la situación del accionante en la medida en que en tales pronunciamientos igualmente enfatizó la Corte Constitucional que el reconocimiento de la pensión podrá hacerse si se verifica el cumplimiento pleno de los requisitos legalmente establecidos. Dado que el requisito contenido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003 no resulta acreditado por el actor, la tutela es improcedente.

4. Pruebas allegadas al proceso En el marco del proceso de referencia, la Corte Constitucional solicitó al actor mediante Auto de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil diez (2010), notificado por medio de estado número 461 del día veinticuatro de noviembre de dos mil diez (2010), para que aportara su historia clínica y una constancia de la fecha de diagnóstico de las enfermedades de cáncer de colon y de insuficiencia renal crónica.

Vencido el término probatorio, la Secretaría General de la Corte Constitucional, informó al magistrado sustanciador que no se recibió ningún comunicado al oficio OPTB-1129 del 24 de noviembre de 2010.

De manera extemporánea, el 31 de enero de 2011, el despacho del Magistrado Sustanciador recibió un oficio por parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional con dos documentos enviados vía fax por la apoderada del demandante el 28 de enero de 2011. El primer documento es una historia de atención de urgencias con fecha del 5 de junio de 2006 de la Fundación Cardio Infantil a la que el actor había acudido según consta en la historia “por dolor anal que no lo ha dejado dormir”. El segundo documento es la más reciente resolución del ISS que niega definitivamente la pensión de invalidez con el argumento de que si bien el actor cuenta con 1.245 semanas cotizadas y un 70.75% de pérdida de su capacidad laboral, no cumple con las semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

II. CONSIDERACIONES. 1. Competencia. Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en lo prescrito en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9;

en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del veintidós de septiembre de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Nueve de la Corte Constitucional.

2. Problema jurídico 2.1. En la presente ocasión, le corresponde a la Sala de Revisión determinar si se vulneran los derechos a la seguridad social, al debido proceso, a la dignidad humana y al mínimo vital del actor quien ha cotizado 1.165 semanas al sistema durante más de veinte años y que padece cáncer de colon e insuficiencia renal crónica con incapacidad calificada del 70.75 %. Esto, por la negativa del I.S.S. a reconocerle la pensión de invalidez con el

argumento de que no cumple con el requisito de haber cotizado 50 o 25 semanas al sistema en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez tal y como lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003.

2.2. Con el fin de responder al problema jurídico planteado, en esta sentencia se abordarán los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez; (ii) Protección constitucional reforzada a discapacitados y a enfermos terminales; (iii) Principio de progresividad en el derecho a la seguridad social.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Reiteración de la jurisprudencia 3.1. La pensión de invalidez ha sido definida como el derecho esencial e irrenunciable a percibir prestaciones económicas y en salud para compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral (art. 48 C.P.) [10] .

Se trata de un derecho de creación legal, pero que deriva directamente del artículo 48 de la Constitución que garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la seguridad social [11] .

Asimismo la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la pensión de invalidez, puede, bajo determinadas circunstancias, adquirir rango fundamental [12] cuando se relaciona con el derecho a la vida, al mínimo vital, al trabajo, la salud y la igualdad, de las personas que sufren una disminución parcial o total de su capacidad laboral por razones ajenas a su voluntad. Este derecho adquiere una connotación especial al buscar preservar los derechos de los sujetos de especial protección como los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos [13] .

Tal y como lo viene reiterando la jurisprudencia de esta Corporación desde sus primeros fallos, la pensión de invalidez es entonces una manifestación de la justicia social propia del Estado Social de Derecho. En este sentido, se ha señalado lo siguiente:

“La pensión de invalidez y su equivalente, la sustitución pensional, son medidas de justicia social a favor de personas que se encuentran en situaciones de involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.)” [14] .

3.2. Ahora bien, la Corte ha señalado que por regla general, la acción de tutela no procede cuando se trata de ordenar el reconocimiento de pensiones en la medida en la que existen mecanismos ordinarios instituidos para este fin [15] .

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha previsto excepciones generales y particulares a esta regla. Desde un punto de vista general, la acción de tutela es procedente cuando se presenta como mecanismo principal si no existe otro medio, o si existe pero no es idóneo en el caso concreto. Cuando la acción se interpone como mecanismo transitorio, deberá demostrarse la necesidad del mismo para evitar un perjuicio irremediable [16] y si bien no es indispensable haber iniciado un proceso ordinario, el accionante no debe haber dejado vencer el término para interponer los recursos [17] .

Específicamente en relación con la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez, el accionante debe demostrar, de manera por lo menos sumaria, la afectación de sus derechos fundamentales como consecuencia del no reconocimiento de dicha pensión. En estos casos, la Corte [18] ha reiterado la necesidad de analizar las circunstancias concretas en cada caso, [19] teniendo en cuenta, por ejemplo, la calidad de la persona que alega la vulneración del mínimo vital y de otros derechos fundamentales, el tiempo durante el cual se ha afectado supuestamente ese derecho, el tipo de pago reclamado y el tiempo que deberá esperar para que sea resuelta la acción ordinaria a través de la cual puede reclamar el pago de sus acreencias laborales o pensionales [20] .

El amparo constitucional será concedido entonces cuando se presenten las siguientes condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie , desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública;

(ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable [21] .

Tal y como lo recuerda la sentencia T-043 de 2007 haciendo referencia a los requisitos previamente mencionados, En relación con el primer requisito, la actuación de la administración a través de la cual reconoció o reajustó la pensión de invalidez, jubilación o vejez debe presentarse como manifiestamente ilegal o inconstitucional. Si bien el juez de tutela no es el competente para realizar un análisis detallado sobre la legalidad de las actuaciones de la administración, por ser ello de competencia de los jueces especializados; ante la afectación de los derechos fundamentales del peticionario provocada por una actuación que se muestra desde un principio como contraria a postulados de índole legal o inconstitucional, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales afectados.

Frente al segundo requisito, para que la acción de tutela esté llamada a prosperar es necesario acreditar que la falta de reconocimiento, pago o reajuste de la prestación económica amenace o vulnere un derecho fundamental. Al respecto, es necesario tener en cuenta que para el caso de pensión de invalidez, en donde la persona ha sido incapacitada para laborar y además no cuenta con bienes de fortuna o con otro ingreso, la falta de pago de la pensión compromete de manera cierta su derecho al mínimo vital.

Finalmente, para que pueda proceder la acción de tutela es necesario demostrar que no existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados o que, de existir, carece de idoneidad; caso en el cual el amparo constitucional se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

5.2. En lo relativo a los requisitos para la acreditación de la inminencia de perjuicio irremediable, también existe una doctrina constitucional consolidada, la cual prevé que para que resulte comprobado este requisito debe acreditarse en el caso concreto que [22] (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

En síntesis el no reconocimiento de la pensión en determinados casos puede traducirse en una vulneración de derechos fundamentales tales como la vida, el mínimo vital y la integridad personal [23] tal y como se señala a continuación:

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.

[24] 3.3. La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez, parte de evaluar su conexidad con otros derechos fundamentales pero como se mencionó anteriormente, también es necesario realizar un

análisis de las circunstancias particulares de la persona. En este sentido la sentencia T-1128 de 2005, ha indicado que El derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de una persona que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no puede acceder al mercado de trabajo, de modo que el reconocimiento de dicha pensión entra a convertirse en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos dada su discapacidad.

Cuando el titular del derecho pertenece a un grupo de especial protección, es necesario que el juez sea más flexible con respecto a los requisitos de procedibilidad de la acción. Este tipo de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta son los niños, los ancianos, las madres cabeza de familia, los discapacitados, y las personas que pertenecen a grupos minoritarios o se encuentran en situación de pobreza extrema [25] .

En este orden de ideas, la Corte ha reconocido que los discapacitados en particular, se encuentran en una situación de debilidad y vulnerabilidad física y mental que restringen y hacen más difícil su acceso a los mecanismos ordinarios de reclamación de sus derechos.

En general, la Corte ha considerado que en aquellos casos en los que la omisión de pago o de reconocimiento del derecho prestacional pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones de dignidad de una persona en estado de invalidez, procede la acción de tutela. Tal y como se recuerda en la sentencia T-826 de 2008:

En efecto, se ha estimado que someter a un litigio laboral a una persona con disminución de su capacidad laboral, que le impide acceder al trabajo y, por ende, a una fuente de ingreso, resulta desproporcionado y por esta razón, la Corte ha concedido en diversas oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva [26] , o transitoria [27] , de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por omisión atribuible a las entidades demandadas [28] .

En casos similares la Corte ha reiterado de manera enfática que las personas discapacitadas no pueden ser sometidas a la exigencia de acudir a los mecanismos ordinarios de protección de sus derechos porque los términos en este tipo de procesos pueden ser demasiado largos y podrían eventualmente producir un perjuicio irremediable. Tal y como lo sostuvo en la sentencia T-1128 de 2005, Así pues, una persona en tan delicadas condiciones no debería ser sometida al agotamiento de las vías ordinarias de defensa, dado a que ello conllevaría una prolongación injustificada de la afectación de sus derechos fundamentales que terminaría en la consumación de un perjuicio irremediable, en vista de la precaria situación física y económica en que se encuentran. (…) Para evitar el perjuicio irremediable que se configuraría de obligarlo a agotar los mecanismos ordinarios, mientras no cuenta con recursos que garanticen su subsistencia digna y la de su familia. (…) Téngase presente que las personas que sufren una disminución física o psíquica se encuentran en una condición de discapacidad, por lo que sus derechos gozan de una protección constitucional reforzada en términos del artículo 47 de la Carta.

En este orden de ideas, la sentencia T-186 de 2010 que revisó un caso semejante en el que se reclama la pensión de invalidez a través de una acción de tutela sin que se hubiesen interpuesto los recursos ordinarios, señaló lo siguiente:

No obstante, ello no determina la improcedencia de la tutela en el caso concreto, pues la Sala considera que, debido a las circunstancias de hecho que este presenta, es necesaria la acción de tutela como mecanismo definitivo dada la excepción prevista para aquellos casos en que por las especiales condiciones de los peticionarios, debe otorgárseles un trato diferencial más digno y proteccionista que el conferido a los demás miembros de la comunidad; como el caso, por ejemplo, de las personas en situación de desplazamiento forzado, por su grave estado de salud , madres cabeza de familia, etc. Condición en la que se encuentra el demandante, teniendo en cuenta que es una persona que padece una

grave enfermedad crónica terminal en los riñones, que lo obliga a practicarse tres diálisis a la semana, lo que torna incierta su expectativa de vida.

3.4. Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional en la materia, y los requisitos previstos en la misma, en el presente caso la Corte considera procedente la tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que el accionante es un discapacitado total que sufre enfermedades terminales y que solicita el reconocimiento de la misma para su propia subsistencia y la de su familia.

4. Protección constitucional reforzada a discapacitados y a enfermos terminales 4.1. Los discapacitados pertenecen a un grupo especialmente protegido por la Constitución Política que en su artículo 13, establece que las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en situación de debilidad manifiesta, recibirán especial protección por parte del Estado.

Este principio ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia sobre el tema [29] . Desde las primeras sentencias, la Corte ha reconocido la necesidad de otorgar un trato especial a las personas enfermas y discapacitadas, como en la sentencia T-159 de 1993 en la que se revisaba la tutela interpuesta por el padre de un discapacitado contra el I.S.S. para que se protegiera su derecho fundamental de petición y en consecuencia se le reconociera y pagara la pensión de invalidez:

Frente a estas situaciones, se torna indispensable asegurar la protección de las personas que, al contribuir por medio de su fuerza de trabajo con la productividad social, se han visto afectados en su integridad física y mental.

La obligación estatal de amparar a quienes se encuentren bajo estas circunstancias, tiene como base primordial el derecho a la igualdad y la necesidad de proporcionar un trato compensatorio a quienes no pueden fácilmente acceder a los medios materiales que garanticen su subsistencia y su dignidad.

Otras sentencias han reconocido la importancia de que se adopte la interpretación de las normas legales que más favorezca a los disminuidos físicos o a los discapacitados, cuando estos se encuentren en estado de debilidad manifiesta [30] .

En la sentencia T-628 de 2007 retomando jurisprudencia anterior en la materia [31] , se recordó que tanto la Constitución Política como diferentes instrumentos internacionales reconocen a las personas con disminución física son sujetos de especial protección constitucional. En dicha sentencia, la Corte indicó que:

En efecto, el inciso 3 del artículo 13 superior, instituye como deber del Estado el proteger especialmente a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” . Disposición que guarda armonía con el artículo 47, ejusdem , al disponer que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran.

Normatividad que debe interpretarse en correspondencia con las normas constitucionales que reconocen la seguridad social como servicio, derecho y principio del ordenamiento constitucional (arts. 48, 49 y 53 de la Carta).

En otros fallos posteriores [32] también se ha reconocido que la protección reforzada que reciben las personas discapacitadas se deriva tanto del ordenamiento jurídico interno como del derecho internacional de los derechos humanos [33] . Este marco normativo genera unas obligaciones para las autoridades públicas y para los particulares en el sentido de “ que en sus actuaciones han de proceder de modo que se considere de manera especial a estas personas y se les respeten sus derechos constitucionales fundamentales ”.

En este orden de ideas, la Corte ha ordenado que los sujetos de especial protección, reciban un tratamiento especial por parte de las autoridades, en todo lo referente al derecho a la seguridad social, tal y como lo señaló recientemente la

sentencia T-651 de 2009, En reciente jurisprudencia, esta Corporación precisó que “en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho (…)”.

4.2. En relación con los enfermos terminales, la sentencia T-443 de 2007, que analiza el caso de un enfermo de cáncer que reclama la atención integral del Estado, consideró que estas personas gozan de protección constitucional reforzada teniendo en cuenta los siguientes mandatos constitucionales contenidos en el Preámbulo (asegurar a sus integrantes la vida), artículos 1 (Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad), 2 (fines esenciales del Estado como garantizar la efectividad de los principios y derechos), 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 11 (derecho a la vida), 12 (integridad física), 13 (derecho a la igualdad y protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta), 42 (dignidad de la familia), 44 (derechos fundamentales de los niños a la vida, integridad física, salud y seguridad social), 46 (protección y asistencia a las personas de la tercera edad), 47 (protección de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se prestará atención especializada), 48 (seguridad social), 49 (atención en salud), 95 (deber de la persona de obrar conforme al principio de solidaridad social), 366 (finalidad social del Estado de bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Solución de las necesidades insatisfechas de salud y prioridad del gasto público social), entre otras disposiciones. En esta sentencia, la Corte afirmó que en los casos de enfermedades catastróficas o ruinosas el principio de dignidad humana adquiere importancia fundamental por su vinculación con los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social lo cual justifica y hace necesaria una protección reforzada por las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran las personas que padecen tales enfermedades.

A partir de lo anterior, queda claro que la Corte considera sujetos de especial protección a los discapacitados y en particular a los enfermos graves y terminales que por la condición en la que se encuentran deben recibir una atención preferente y orientada a preservar ante todo su dignidad humana.

5. Principio de progresividad en el derecho a la seguridad social 5.1. El principio de progresividad en lo que concierne al derecho a la seguridad social implica un límite a la libertad de configuración legislativa del legislador quien no puede adoptar medidas que desmejoren la situación de las personas que vienen aportando al sistema social y para las cuales resulta más beneficiosa la legislación anterior. En este sentido la jurisprudencia constitucional [34] ha reiterado que el legislador debe mantener unas garantías mínimas favorables para los individuos:

Lo anterior implica que cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que prima facie estén prohibidas este tipo de medidas. Pero, como lo ha reiterado la Corte en su jurisprudencia, la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad [35] .

Tal y como lo señala la sentencia T-628 de 2007, la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social. Lo anterior se evidencia entre otras, en las sentencias C-251 de 1997, SU.225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006. En dichos fallos, se ha apelado a la doctrina internacional y específicamente a los informes del Relator, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Principios de Limburgo.

De dichas decisiones puede extraerse principalmente que i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudirse a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Cort e [36] ha referido iv) a la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto:

“todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad” .

[37] Habiendo reconocido en numerosas providencias que las reformas legales al régimen pensional han impuesto requisitos cada vez más rigurosos a los beneficiarios, la Corte en sentencia C-428 de 2009, analizó la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 por la cual se modifica el artículo 39 de la ley 100 de 1999.

En esa ocasión, el demandante consideró que la modificación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 violaba los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, al imponer requisitos más gravosos para acceder a la pensión de invalidez, constituyéndose en una medida injustificada en la que no resultaba claro el propósito constitucional y para la cual no se establecía ningún régimen de transición [38] .

En virtud de control abstracto de constitucionalidad, o bien del análisis de la disposición demandada a la luz del texto constitucional, la Corte consideró que el requisito de fidelidad al sistema era contrario al principio de progresividad del derecho a la seguridad social. Sin embargo, no consideró que el requisito de la densidad de semanas previa a la calificación de la invalidez fuera desproporcionado o que atentara contra el principio de favorabilidad en materia laboral por lo cual declaró exequible este aparte de la norma. En efecto, con relación a este requisito, el Alto Tribunal consideró que si bien se había aumentado el número de semanas que debían haber sido cotizadas antes de la estructuración de la invalidez, el legislador también había previsto ampliar el término en el que dichas semanas debían ser cotizadas (se pasó de 26 semanas cotizadas en el último año a 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, o 25 si se había cotizado el 75% de semanas para acceder a la pensión de vejez).

No obstante que el requisito del número de semanas cotizadas durante los tres años previos a la calificación de la invalidez haya sido declarado constitucional previo análisis abstracto de la norma, es importante tener en cuenta que al realizar un análisis concreto en determinados casos como el que nos ocupa, la disposición puede resultar contraria al principio de progresividad referido al derecho a la seguridad social.

Por lo anterior, se hace necesario revisar las diferentes normas que han regulado el tema en orden cronológico antes de pronunciarse sobre el caso concreto.

En primer lugar, el Decreto 758 de 1990 “ Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios” establecía que:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.” De otro lado, la ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" estableció en la redacción original del artículo 39 :

ARTICULO 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. 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 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 26 semanas del ano inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

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

Por su parte, la ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003 " Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones" y luego de la sentencia C-428 de 2009, consagra en el artículo 39:

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

(…) PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años".

A partir de las disposiciones anteriormente reseñadas, se presenta a continuación un cuadro en el que es posible identificar con mayor facilidad las diferencias en cuanto a los requisitos exigidos por cada una de ellas en relación a la pensión de invalidez.

D. 758/90 Ley 100/93 Ley 860/03 Semanas/años de cotización 150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la invalidez Afiliado: 26 semanas cotizadas antes de la invalidez No afiliado: 26 semanas cotizadas en el año anterior al estado de invalidez 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al estado de invalidez Criterios adicionales 300 semanas cotizadas en cualquier momento con anterioridad al estado de invalidez 25 semanas cotizadas en los 3 años previos al estado de invalidez, si se cuenta con el 75% de las semanas cotizadas para la pensión de vejez Es evidente que las disposiciones en materia de invalidez se han ido volviendo cada vez más estrictas. En un primer momento la exigencia del número de semanas cotizadas antes de constituirse la invalidez, se enmarcaba en un espacio temporal mucho más amplio e incluso se podía exigir el derecho a la pensión si se habían cotizado 300 semanas en cualquier tiempo antes de estructurarse la invalidez. La ley 100 de 1993 por su parte, introdujo un nuevo criterio, o bien el estar o no afiliado al sistema en el momento de estructurarse la invalidez; en caso de estar afiliado se requería haber cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, de lo contrario las 26 semanas debían ser cotizadas en el año anterior a la invalidez. Si bien en este caso el número de semanas se redujo, también se limitó el tiempo durante el cual debían ser cotizadas las semanas para tener acceso a la pensión si no se era afiliado.

Finalmente, la Ley 860 de 2003 que modifica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, aumenta el número de semanas cotizadas antes de constituirse el estado de invalidez, pero también aumenta el tiempo en el que dichas cotizaciones se pueden realizar. Elimina el criterio de la afiliación e impone un criterio adicional para el caso de quienes hayan cotizado el 75 % de la pensión de vejez que solo deberán haber cotizado 25 semanas en los tres años previos a la invalidez.

De acuerdo con lo anterior, es claro que cada disposición ha establecido nuevos requisitos a los aportantes al sistema sin que se haya establecido ningún régimen de transición en relación con las pensiones de invalidez. En estos casos, la Corte ha dicho que lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez".

[39] Cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez".

[40] Pasa entonces la Corte a analizar el caso concreto a la luz de las disposiciones anteriormente reseñadas y de la jurisprudencia de la Corte.

6. Caso Concreto En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que el accionante padece de dos enfermedades terminales, insuficiencia renal crónica y cáncer de colon que, según consta en el expediente [41] , ha hecho metástasis. Teniendo en cuenta que a raíz de estas enfermedades su invalidez ha sido calificada en 70,75 %, se colige que el accionante está gravemente enfermo y presenta un grado de incapacidad total permanente. También resulta probado a partir del expediente que tiene a su cargo a su hija y a su esposa discapacitada a raíz de un derrame cerebral.

De otro lado, el accionante manifiesta que debido a sus enfermedades no ha podido seguir trabajando y que es por esa razón que no cotiza al sistema desde hace tres años cuando empezó a sentir los síntomas de sus enfermedades. Ahora, a su edad y teniendo que dedicarse tres veces a la semana a sus tratamientos y al proceso de diálisis, no puede emplearse en ningún trabajo. Es claro entonces que su derecho a la vida y al mínimo vital se encuentra en riesgo inminente de ser afectado.

El accionante no ha interpuesto los recursos ordinarios para revocar la decisión del I.S.S. pero considerando su estado de salud y los términos tan largos que implicaría este proceso, ha preferido interponer la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de sus derechos inmediatamente después de haber sido notificado de la decisión del I.S.S..

Con relación al tema de las semanas cotizadas antes de la constitución del estado de invalidez, es importante tener en cuenta que en el presente caso y según se desprende del Reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el Seguro Social [42] , el cotizante no solo cumple con el requisito de semanas para pensionarse por vejez, sino que la mayoría de estas cotizaciones, ya habían sido realizadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, o bien estando vigente el Decreto 758 de 1990. En efecto, en el Reporte del I.S.S. se establece que entre el 29 de marzo de 1973 y el 1º de julio de 1979 se habían cotizado 326,57 semanas; entre el 1º de julio de 1979 y el 15 de febrero de 1981 se cotizaron otras 85,14 semanas; y luego entre agosto de 1982 y marzo de 1994 se cotizaron un total de 606,14 semanas. A partir de lo anterior, queda claro que el accionante cumplía con el requisito establecido en el Decreto 758 de 1990, artículo 6o, literal b), de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, anterior al estado de invalidez, porque cuando dicho decreto estaba vigente, el actor ya tenía más de 300 semanas cotizadas y no se había estructurado su invalidez.

Sin duda alguna, en el presente caso las modificaciones a los requisitos que se establecieron con la Ley 100 de 1993 y posteriormente con la Ley 860 de 2003, son regresivas frente a la situación particular del accionante que no obstante haber cotizado 1165,35 semanas por más de veinte años y hasta el año 2006, ahora debe acreditar haber cotizado 25

semanas durante el año anterior a la calificación de la invalidez, mientras que bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 ya cumplía con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier época.

Adicionalmente, en este caso es preciso atender el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible. En este orden de ideas, al actor que trabajó durante 20 años y cotizó al sistema hasta el 2006, no le es exigible haber cotizado al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez en la medida en que durante esos tres años, el actor estuvo dedicado al diagnóstico de sus enfermedades terminales que evidentemente no se desarrollaron el día de la estructuración en el 2009, sino en los años anteriores cuando su estado de salud se empezó a deteriorar y no pudo seguir trabajando.

En este sentido, es preciso reiterar la jurisprudencia que en casos similares ha inaplicado las normas vigentes al momento de la estructuración de la invalidez, para aplicar las disposiciones más favorables de pensión de invalidez [43] .

Esto es posible porque, como se mencionó anteriormente, no se estableció ningún régimen de transición en esta materia, y porque en el caso concreto se trata de una persona con dos graves enfermedades terminales, sin posibilidad de mantenerse económicamente en razón de dichas enfermedades, encontrándose por esta razón en una situación de debilidad manifiesta que requiere una atención particular por parte de las autoridades.

Sumado a lo anterior, hay que considerar que a cargo del actor se encuentran su hija y su mujer enferma quienes dependen enteramente de él, por lo cual ante la eventualidad de que la situación del actor se agrave, su familia y especialmente su esposa discapacitada, quedaría completamente desamparada.

Por considerar que en este caso se demuestra la inminencia de un perjuicio irremediable en un sujeto de especial protección en los términos del inciso 3º del artículo 13 de la Constitución Política, y teniendo en cuenta que la subsistencia del accionante depende del reconocimiento de la pensión de invalidez, la Corte considera que deben aplicarse al caso particular los requisitos contenidos en los artículos 5º y 6º del Decreto 758 de 1990.

Está probado que el señor Mojica cumple a cabalidad los requisitos de dicho Decreto, en la medida en la que es un inválido permanente total por haber perdido el 70,75% de su capacidad laboral, y porque había cotizado 300 semanas al sistema antes de estructurarse su invalidez estando vigente el decreto 758 de 1990.

Se reitera de esta manera lo establecido por la jurisprudencia en casos semejantes en sede constitucional y en sede laboral en la Corte Suprema de Justicia [44] en los que se ha considerado que, si bien el afiliado había cumplido requisitos más estrictos, al amparo de una legislación anterior para acceder a la pensión de invalidez, no resultaba proporcionado ni conforme a los principios constitucionales de la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa, que se negara la prestación con base en la aplicación del nuevo régimen, incluso en el evento que la estructuración de la invalidez hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 [45] .

Es así como en el presente caso, la Corte considera que la decisión adoptada por el I.S.S. es contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social, razón por la cual, se aplicará la excepción de inconstitucionalidad y se amparará el derecho a la pensión de invalidez en los términos y con los requisitos del Decreto 758 de 1990.

III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, el 19 de abril de 2010 y por el Tribunal Superior de Distrito de la misma ciudad, el 3 de junio de 2010, que denegaron el amparo de tutela solicitado por al actor, por ende SEGUNDO.- TUTELAR los derechos del señor DANIEL MOJICA GONZÁLEZ a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

En consecuencia, se dispone ORDENAR al Instituto del Seguro Social – Seccional Cundinamarca y D.C. (pensiones) que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo, emita un acto administrativo mediante el cual proceda a reconocer y pagar al señor DANIEL MOJICA GONZÁLEZ la pensión de invalidez, de acuerdo con los argumentos expuestos en la presente sentencia.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PEREZ Magistrado Con aclaración de voto GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO JUAN CARLOS HENAO PEREZ A LA SENTENCIA T-062 A/11 Referencia: expediente T-2.740.402 Daniel Mojica González contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS) Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Segunda de Revisión, aclaro mi voto a la presente providencia.

Si bien comparto la decisión adoptada, esto es, el reconocimiento y pago al señor Daniel Mojica González de la pensión de invalidez aplicando el principio de la condición más beneficiosa, que para el caso objeto de estudio se presenta en razón a que el demandante cumplió los requisitos necesarios para el reconocimiento de dicha prestación en un régimen anterior, creo que la sentencia adoptada por la mayoría de la Sala adolece de problemas en la argumentación.

En efecto, el proyecto discutido -así como la respuesta brindada a las observaciones formuladas-, se sustenta en pretendidos argumentos de autoridad. En este sentido, se expone que en múltiples casos, la Corte Constitucional ha resuelto situaciones fácticas iguales con similares argumentos jurídicos. Por ello, no se trata de otra cosa que de la aplicación de la misma ratio decidendi , bajo la figura del precedente y de la reiteración.

Así, en la discusión que se dio en torno al proyecto presentado, se expuso que en este asunto se trataba de una persona que solicitaba la pensión de invalidez, pero que no contaba con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 por no haber cotizado 50 semanas en los 3 años previos a la estructuración de la misma, o 25 semanas en el último año, siempre que hubiera cotizado al menos 75% de las semanas para pensionarse por vejez. A continuación, se planteó que - en razón al principio de progresividad y favorabilidad de los derechos sociales - la Corte ha aplicado el régimen pensional más favorable aunque no sea el vigente en el momento de la estructuración de la invalidez. Sumado a lo cual, se enfatizó que se trataba de un “caso límite”, ya que la persona padecía enfermedades terminales.

Sin embargo, tras mirar las dos providencias más recientes citadas por el Magistrado ponente, se encuentra que los supuestos de hecho son diferentes y que incluso las reglas jurisprudenciales que pretenden aplicar son disímiles.

Cabe recordar que estas sentencias son la T-299 de 2010 y la T-186 de 2010. En esta última sentencia (T-186 de 2010), la Corte Constitucional resolvió tres asuntos. En el primer caso, se aplicó la reforma de la Ley 860 de 2003 a una persona cuya discapacidad se causó con anterior a la vigencia de tal disposición, pues no contaba con las 26 semanas dentro del año anterior a tal estructuración (ley 100 de 1993), pero sí con las 50 semanas dentro de los tres años previos a la misma. Como se ve, se utilizó el sistema subsiguiente que no estaba vigente .

En el segundo caso, la aplicación de los regímenes fue inversa. Es decir, la persona no cumplía con los requisitos de la Ley 860 de 2003 atinentes a las semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, pero sí podía ser cobijada por las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la misma, tal y como lo establecía la ley 100 antes de ser modificada. Así las cosas, también se aplicó el régimen inmediatamente anterior, a pesar de no estar vigente .

Finalmente, en el tercer caso, la persona debía ser cobijada por el régimen de la ley 100 sin modificación alguna, pero – en aplicación a los mentados principios – la Corte ordenó que se utilizara el Decreto 758 de 1990. Por lo mismo, también se dispuso la aplicación del régimen inmediatamente anterior , a pesar de estar derogado.

Ahora bien, esta misma regla – la aplicación del régimen inmediatamente anterior o subsiguiente, a pesar de no estar vigente – fue reiterada en la sentencia T-299 de 2010. En efecto, la persona había perdido su capacidad laboral el 30 de abril de 2001 y no cumplía con los requisitos de la Ley 100 (sin modificaciones de la ley 860). Por ello, se ordenó que se utilizara el Decreto referido. Cabe precisar que el Magistrado Sierra Porto salvó el voto señalando que a la persona debía cancelársele la indemnización sustitutiva, pues cotizó durante algunos años en el sistema contemplado en la Ley de 1993.

Así las cosas, estos casos tienen supuestos de hecho y razones jurídicas disímiles a las aplicadas en el proyecto presentado por el Magistrado Ponente en el presente asunto, pues en este último se pretende aplicar un régimen anterior que no es el "inmediatamente" previo. Me explico: la fecha de estructuración de la invalidez del demandante fue el veintisiete (27) de enero de dos mil nueve (2009) (según el hecho 1.2.1 del proyecto). Por ello, en principio debería aplicarse lo contemplado en la Ley 860 de 2003. Esto es, 50 semanas dentro de los tres últimos años. Sin embargo, en razón a la regla de las referidas sentencias y en buen uso del principio de progresividad, podría contemplarse el régimen pensional inmediatamente anterior: es decir, la Ley 100 de 1993 sin reformas. Por ello, debería analizarse si la persona cumplía con las 26 semanas dentro del año previo a la estructuración (cosa que no sucede, tal y como se relata en el hecho 1.2.4 del proyecto). En cambio, la propuesta del despacho del Magistrado Ponente se salta la regla y ordena utilizar un régimen anterior, que había sido derogado por la ley 100.

Por esto, considero que no se trata de la aplicación de la misma ratio decidendi , sino de una bastante diferente. Quizás, mucho más beneficiosa y, desde una perspectiva material, bastante más justa, pues el sistema de seguridad social tiene por finalidad brindar medios para solventar contingencias como aquellas que generan la pérdida de capacidad laboral. Cabe precisar, que argumentaciones similares a la regla mencionada han sido adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, donde con acierto se expone que no puede existir un régimen de transición para la pensión de invalidez, pues se trata de situaciones improbables de predecir, que no permiten al legislador regularlas. Por ello, resulta legítimo, con base en la finalidad de este tipo de prestaciones sociales, que se aplique el régimen anterior, siempre y cuando la persona haya cumplido los requisitos fijados [46] .

Ahora bien, si lo que se pretende es ampliar esa regla y decir que, en razón al principio de la condición más beneficiosa, puede aplicarse cualquier régimen en el cual la persona haya cumplido los requisitos para hacerse a la pensión de invalidez, creo que hay que exponerlo de manera clara y contundente.

Esa es la labor de la Corte Constitucional al cumplir con sus deberes conforme al numeral 9º del artículo 241 de la Carta. De lo contrario, al llegar a una conclusión que comparto – reconocimiento de la pensión de invalidez – a partir de una regla supuestamente reiterada, pero que no se aplica a los supuestos de hecho, se comete un error en la argumentación, ya que se sustenta la decisión en una premisa equivocada. Esto se da, en parte, porque el proyecto no expone los supuestos de hecho de las sentencias que pretende reiterar.

A mi juicio, la función de la Corte, entre otras cosas, es clarificarles a los jueces de la República las reglas que han de aplicar a la luz de la Constitución y esto se logra, principalmente, con una cuidadosa argumentación.

Como quiera que esta sentencia no lo hace de manera precisa, me veo obligado a aclarar mi voto. Fecha ut supra, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado [1] Ver Folio 14 del cuaderno # 1 [2] Ver Folio 13 del cuaderno # 1 [3] Ver Folios 17 y 18 del cuaderno # 1 [4] Ver folios 21 a 26 del cuaderno # 1 [5] Ver folio 27 del cuaderno # 1 [6] Ver folio 19 y 20 del cuaderno # 1 [7] Ver folios 31 a 36 del cuaderno # 1.

[8] Ver folios 4 y 5 del Cuaderno # 2 [9] Ver folios 6 a 15 del cuaderno # 2 [10] Cfr. Sentencia T-292 de 1995, T-1007 de 2004, T-1128 de 2005.

Al respecto, la sentencia T-860 de 2008 señaló que: “ el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez gravita entre dos extremos de relevancia constitucional. Por un lado, el derecho de la persona inválida de gozar de un ingreso mensual que le permita reemplazar el salario que percibía anteriormente y, de otro lado, el interés del Estado y de la sociedad de obtener los recursos económicos necesarios para proveer de este recurso a todas las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta provocada por el estado de invalidez”.

[11] Ibidem [12] Sentencias T-056 de 1994, T-888 de 2001, T-860 de 2005, T-043 de 2005, T-1251 de 2005, T-628 de 2007, entre otras. [13] T-26 de 1992, T-011 de 1993, T-427 de 1992, T-144 de 1995; T-1007 de 2004 [14] Cfr.

Sentencia T-292 de 1995 [15] T-106 de 1996, T-480 de 1993, T-660/99, T-812/02, T-454/04, T-425/04, T-050/04, T-043 de 2007, T-383 de 2009 [16] La jurisprudencia de la Corte habla de perjuicio irremediable en los siguientes términos: “ (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente;

(ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”.

T-383 de 2009, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-1316 de 2001, T-983-01, entre otras. [17] Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

[18] T-383 de 2009 [19] Ver por ejemplo la sentencia T-043 de 2007. [20] Sobre las características que debe tener el perjuicio irremediable, ver entre muchas otras, las sentencias T-1316 de 2001, T-225 de 1993.

[21] T-043 de 2007 [22] Sobre estos requisitos Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1316/01. Esta sentencia sintetiza la regla jurisprudencial reiterada por la Corte a partir del análisis efectuado en la decisión T-225/93, la cual estudió a profundidad los elementos que integran las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad propios del perjuicio irremediable. Sobre este particular, la sentencia en comento indicó:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A).El perjuicio ha de ser inminente : "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes , es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la

prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C).No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave , lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable , ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.” [23] T – 619 de 1995, T – 143 de 1998, T – 799 de 1999, T – 714 de 2000, T-888 de 2001, T – 771 de 2003 y T – 272 de 2004 [24] T-619 de 1995 [25] T-789 de 2003, T-789/03 y T-1182/05.

[26] Sentencia T-860 de 2005, T-817 de 2001 y SU-1023 de 2001, entre otras. [27] Sentencia SU-1354 de 2000. [28] En este punto es oportuno mencionar que la Corte ha diferenciado entre, dos aspectos distintos a saber: i) Cuando se presenta como mecanismo principal, debe examinarse que no exista otro medio judicial o aún si existe éste no resulte idóneo para el caso concreto. ii) Cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

[29] T-427 de 1992; T-159 de1993 ; T-200 de1993; T-235 de1993; T-239 de 1993; T-307 de1993; T-441 de1993; T-174 de 1994; T-290 de1994; T-298 de1994;

T-404 de1994; T-430 de1994; T-144 de 1995; T-288 de 1995; T-339 de1995; T-065 de 1996; T-224 de 1996; T-571 de 1996; T-378 de 1997; T-1639 de 2000; C-410 de 2001; T-595 de 2002; C-076 de 2006;

T-988 de 2007, entre muchas otras. [30] T- 307 de 1993; T-1221 de 2004; T-988 de 2007 [31] T-884 de 2006 [32] T-988 de 2007 [33] Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002 y analizada por la sentencia C-401 de 2003 , “Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

[34] T-974 de 2005, T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-699 A, de 2007, T-580 de 2007, y T-628 de 2007 [35] T-383 de 2009 [36] C-671 de 2002 y C-038 de 2004 [37] T-628 de 2007 [38] C-428 de 2009. “ El demandante

estima que el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, viola los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

2.1. A su juicio, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, contraría el principio de progresividad contenido en el artículo 48 de la CP, al establecer unos requisitos para acceder a la pensión de invalidez más gravosos que los que exigía el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En efecto, " (...) aumenta la cantidad de semanas cotizadas requeridas para tener derecho a percibir la pensión de invalidez, de 26 a 50" , y además, establece un requisito de fidelidad al sistema exigiendo que se "haya cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez." 2.2.

La norma demandada viola el artículo 53 de la Constitución pues se muestra regresiva frente a la protección otorgada por la legislación anterior, sin que exista un propósito constitucional importante que justifique la medida.

Expresa: "no se entiende justificada la medida de establecer que el trabajador haya tenido que cotizar el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha en que arribó a la edad de 20 años y el momento de la primera calificación de invalidez (...) no existe un propósito constitucional importante que se pretenda alcanzar con esta medida como tampoco establece un régimen de transición que permita a los trabajadores amparados por la reglamentación anterior continuar disfrutando de sus derechos adquiridos".

[39] T-383 de 2009, T-628 de 2007. [40] Sentencia T-628 de 2007. [41] Folio 17, cuaderno # 1 [42] Folio 13, Cuaderno # 1 [43] T-186 de 2010, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

[44] T-043 de 2007 [45] En la sentencia T-628 de 2007 la Corte señala: "Ya la Corte ha procedido a garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez al inaplicar disposiciones del ordenamiento legal vigente bajo los cuales se estructuró la pensión de invalidez, cuando ha verificado, en el caso concreto, la violación de derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, por la existencia de medidas regresivas que imponen requisitos más exigentes a los previstos bajo el régimen legal anterior y sin que hubiere tomado el legislador ordinario medida de transición alguna. Bajo las particulares circunstancias que ha ocupado a la Corte, ha dispuesto la aplicación del régimen pensional anterior".

[46] Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Carmen Cecilia Neira De Varón contra el Instituto de Seguros Sociales , Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve, Radicación No. 40662, Acta 4º, Quince (15) de febrero de dos mil once (2011); y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Luz Mélida Villada Oviedo contra el Instituto de Seguros Sociales , Magistrado Ponente:

Camilo Tarquino Gallego, Radicación No. 24280, Acta No. 60, Cinco (5) de julio de dos mil cinco (2005).

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.