

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE
COLOMBIA**

**DOCTORADO EN DERECHO
Cohorte XI**

TESIS DOCTORAL

**“EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA
CONFIGURACIÓN DE LOS REGÍMENES
PENSIONALES”**

**Doctorante: HERNANDO TORRES
CORREDOR**

Director: HUMBERTO SIERRA PORTO.

Bogotá, D.C., octubre de 2017

TABLA DE CONTENIDO.

Introducción.....	1
PRIMERA PARTE.....	11
CAPÍTULO I. EL ESPÍRITU DE LA DESIGUALDAD EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.....	13
1. El escenario global de las desigualdades.	16
2. Latinoamérica: un continente pasible de ser definido a partir de la desigualdad. 21	
3. ¿Qué tan desigual es la sociedad colombiana?	25
CAPÍTULO II. LOS DISCURSOS QUE FUNDAMENTAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA DIVERSIDAD.	33
2.1 LA PROPUESTA DE JHON RAWLS: IGUALDAD DE BIENES SOCIALES PRIMARIOS.....	39
2.2 LA PROPUESTA DE RONALD DWORKIN: IGUALDAD DE RECURSOS. ..	44
2.3 . LA PROPUESTA DE SEN: IGUALDAD DE CAPACIDADES BÁSICAS.....	50
2.4 LA PROPUESTA DE COHEN: IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS VENTAJAS.....	52
CAPÍTULO III. LAS DESIGUALDADES EN EL MERCADO DEL TRABAJO A PARTIR DE LA HETEROGENEIDAD ESTRUCTURAL.....	57
Los eslabones de la desigualdad: la heterogénea estructural y la convergencia productiva según la CEPAL.....	57
3.2 Mercados laborales segmentados (baja productividad y desigualdades)	61
3.3 Análisis para Colombia en el año 2015 del fenómeno de la heterogeneidad productiva y su impacto en la ocupación como generadores de los dos primeros eslabones de la desigualdad.	64
CAPÍTULO IV. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL GENERÒ LOS CIMIENTOS DE LA DESIGUALDAD.	69
MOMENTOS HITO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL...69	
LA PRESENCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.	73
4.3 ¿CÓMO SE ESTRUCTURA EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES?	77

SEGUNDA PARTE: LA IGUALDAD EN EL ESCENARIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	97
CAPÍTULO V. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU METODOLOGÍA DE ESTUDIO.....	99
5.1 LA IGUALDAD EN EL ESCENARIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	99
5.2. La constitucionalización del derecho a la seguridad social.	104
5.3 INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA DEL TEST PARA DESARROLLAR EL “TEST DE PROPORCIONALIDAD” EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS PENSIONALES.	110
CAPITULO SEXTO. ¿ES EL GÉNERO UNA VARIABLE QUE ORIGINA DESIGUALDAD?	119
6.1 ESCENARIO DE CONTEXTO EN EL ANÁLISIS DEL COMPONENTE GÉNERO.....	119
6.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA VARIABLE DE GENERO: SENTENCIA C – 410 DE 1994.	140
CAPITULO SEPTIMO. ¿SE LE PUEDE ATRIBUIR UN TRATO DIFERENTE A LAS EDADES?	169
7.1 ESCENARIO DE CONTEXTO DE LA VARIABLE EDAD.	169
7.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y JUICIO DE RAZONABILIDAD DE LA VARIABLE EDAD.	186
CAPITULO OCTAVO.¿EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DE COTIZACIONES IMPACTA LA IGUALDAD?	221
8.1 ESCENARIO DE CONTEXTO DEL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN-IBC 	221
8.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD SENTENCIA SU-230 DE 2015- VARIABLE INGRESO BASE DE COTIZACION.	235
CAPITULO NOVENO ¿EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DE COTIZACIONES IMPACTA LA IGUALDAD?	271
9.1 CONTEXTO DE LA VARIABLE IBL.....	271
9.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA VARIABLE IBL. SENTENCIA C-258 de 2013.....	286

9.3 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA VARIABLE IBL - SENTENCIA C-258 de 2013.....	305
---	------------

TERCERA PARTE: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.
..... **347**

CAPITULO DECIMO. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 349

CONCLUSIONES.....349

PROPUESTAS364

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....377

Introducción

La desigualdad pareciera ser un tema presente en las agendas de todos los países, esto es, un problema de preocupación mundial; sin embargo, en el contexto colombiano, este problema se presenta con mayor fuerza, pues indudablemente la historia, las cifras y la innegable realidad social actual, describen a Colombia como un país abiertamente inequitativo; un país en donde pareciese que aún se continuase con el régimen estamentario francés, en donde la estratificación de las personas de acuerdo a su nivel socioeconómico, pareciera ser el criterio más apropiado para asignar y quitar recursos y derechos. Lo cierto, es que, aunque las estrategias para solucionar la enorme brecha social que caracteriza a nuestro territorio, deberían estar enmarcadas como un asunto prioritario a abordar por los poderes públicos, lamentablemente hay una especie de mutismo o si se quiere de inercia, que no ha permitido cerrar totalmente las abismales diferencias existentes entre los colombianos.

Estas diferencias se encuentran presentes a lo largo y ancho de los sectores de la sociedad colombiana: desde la educación, el acceso a la salud, la posibilidad de beneficiarse de los servicios públicos, la información, los ingresos, las oportunidades laborales, y particularmente en el escenario del acceso a la seguridad social en su expresión pensional. La importancia de este último escenario radica en que este resulta ser el escenario final de la vida de un colombiano; si, el resultado de una vida de desigualdades, de una educación desigual, de una posibilidad desigual de acceder al mercado de trabajo, de una desigualdad salarial, de una desigualdad en materia de acceso al derecho fundamental a la salud, en fin una cadena de desigualdades que termina con un inevitable y predecible final: la imposibilidad de acceder a hacer efectivo el derecho fundamental a una pension de vejez, en los últimos años de vida, en donde se supondría que, el Estado debería garantizar aun con más ahínco – teniendo en cuenta las condiciones particulares en las que se encuentran las personas de la tercera edad- unas condiciones de vida digna. Este es el primer escenario que aparece al describir la problemática actual en el sistema general de seguridad social colombiano, a saber, un estado de cosas marcado por profundas e innegables desigualdades, que genera una evidente tensión con el escenario normativo, mucho más garantista – al menos en el papel- de los derechos fundamentales.

En ese sentido, y en atención a que el escenario de las pensiones representa el producto final de un cúmulo anterior de desigualdades, es necesario ahondar en el mismo en aras de plantear un debate al respecto; debate, que hasta ahora parecer haber sido evitado intencionalmente, pues pareciera que las causas de la baja cobertura y acceso a la pension por parte de las personas de la tercera edad sea un fenómeno ligado exclusivamente al hecho cierto y demostrable de que aquellas personas no cumplieron con los requisitos objetivos, que las normas demandan para que se pueda consolidar el derecho pensional, pasando por alto que estos mismos ciudadanos cuentan con un abanico de derechos fundamentales constitucionales, que resultan a todas luces exigibles.

Con base en lo anterior, la presente tesis doctoral parte de la siguiente problemática, o lo que Castel denomina *configuraciones problemáticas*, “[...]que son cuestiones que llaman la atención y no solamente la atención de los eruditos, porque ellas perturban la vida social, dislocan el funcionamiento de las instituciones y amenazan con invalidar todas las categorías de

los sujetos sociales”¹. En ese sentido, esta problemática parte de una tensión existente entre dos extremos: por una parte la realidad fáctica, y por otro lado la estructura normativa del sistema general de seguridad social. En el primer extremo, a saber, el de la realidad fáctica, se tiene que los regímenes pensionales, hoy en día competitivos, expresan profundas desigualdades y desequilibrios que generan distorsiones en la asignación de los recursos, su sostenibilidad y particularmente la baja cobertura de cara a una protección efectiva del derecho fundamental a las pensiones que, generan grandes escenarios de ciudadanos excluidos; esta situación pone en cuestión una sociedad inclusiva y cohesionada y denota que “en la mayoría de los casos, el excluido, cuya trayectoria está hecha de una serie de desconexiones respecto a estados de desequilibrio anteriores más o menos estables o inestables”². Justamente, la CEPAL analizando la reducción de inequidades y equiparación de derechos, anotaba que

“[...] una característica del Sistema de pensiones latinoamericano es la alta segmentación y las diferencias existentes en las reglas de acceso y los beneficios a los que pueden acceder distintos tipos de trabajadores, así como la exclusión de algunos sujetos relegados como los trabajadores rurales, los que se desempeñan en el empleo doméstico (Mesa- Lago y Bertranou, 1998). En los últimos años, distintos países han identificado este rasgo histórico como un problema y han planteado frente a él, diversas transformaciones [...]”³.

En el otro extremo, aparecen las normas constitucionales y las garantistas y muy proyectoras normas internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, que predicán la universalidad de los derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la seguridad social; esta confrontación de la realidad fáctica, con la estructura y postulados normativos referidos a la seguridad social, pone de presente una tensión clara, que da origen a la problemática que será abordada en la presente tesis doctoral.

En ese sentido, y teniendo presente la precedente identificación de esta problemática, esta tesis doctoral tendrá por objetivo auscultar los escenarios de las desigualdades y analizar las alternativas de respuesta al siguiente problema: ¿Cuál es el origen y causa de las desigualdades en el sistema pensional colombiano y cuales han sido los impactos del desarrollo de los derechos fundamentales para su corrección? Como respuesta a esta pregunta, el objetivo general perseguido por la presente tesis doctoral, consiste en identificar las raíces de la desigualdad en las estructuras productivas que, encadenan desigualdades en el empleo y en los ingresos de los colombianos, y que en consecuencia abren la puerta a eslabones de desigualdades en la configuración de los regímenes pensionales; eslabones que, siguiendo lo señalado por la CEPAL en su texto “Eslabones de la desigualdad”, corresponden a muy diversos planos, que van desde el escenario económico, productivo, territorial, laboral, hasta el contexto social⁴. Ahora bien, la constitucionalización de la seguridad social y el desarrollo de los derechos fundamentales

¹ CASTEL, Robert. Las trampas de la exclusión. Trabajo y utilidad social. Buenos Aires: Topía Editorial. Colección Fichas para el siglo XXI, 2015. p. 14.

² Ibid., p. 24.

³ ROSSEL, Cecilia y FILGERIA, Fernando. Capítulo 6, Vejez. En: Naciones Unidas, CEPAL. Instrumentos de protección social. Caminos Latinoamericanos hacia la universalización. Santiago de Chile: CEPAL, 2015, p. 239.

⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Eslabones de la desigualdad. Heterogeneidad estructural, empleo y protección social. Santiago de Chile: CEPAL, 2012. p. 17 [En línea]. Este texto complementa los componentes de la trilogía de la desigualdad: La hora de la desigualdad: Brechas para cerrar y caminos por abrir, cambio estructural para la igualdad: una visión integrada del desarrollo y pactos para la igualdad: hacia un futuro sostenible, construido luego del año 2010 para hacer propuestas de los países latinoamericanos y del Caribe.

consagrados, constituyen elementos básicos para analizar si se han incorporado correcciones a estos desequilibrios y que rol juegan esas ejecutorias en la superación de las desigualdades.

La identificación de estos diferentes planos de los eslabones de la desigualdad persigue un objetivo claro, relativo a la construcción del acápite final de esta tesis doctoral, en el cual se pretende auscultar rutas para la superación de las actuales brechas existentes en materia de acceso al derecho fundamental a la pensión. Por ello, se hace indispensable hablar de igualdad en los regímenes pensionales, y también de cara a la aplicación de las normas que contemplan dichos “requisitos objetivos”, a través de una lectura en clave de derechos fundamentales.

Tal objetivo general, se pretende resolver a partir de la defensa de la siguiente afirmación, la cual corresponde además a la tesis que se pretenderá soportar a lo largo de todo el texto, a saber : la desigualdad en materia de regímenes pensionales tiene por origen la heterogénea estructura de los mercados de trabajo, y se manifiesta en la construcción de la ley, o en su corrección; o en otras palabras, en el hecho de que la ley incluya o no una finalidad garantista frente a la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran en una situación más vulnerable. Esto implica reconocer que la ley desde su redacción y creación institucionaliza las marcadas diferencias existentes en la sociedad, que naturalmente serán observadas una vez se realiza la aplicación de la misma. Con ello, se quiere significar que la presente tesis parte del concepto Dworkiano sobre la desigualdad manifiesta en la ley, el cual puede ser entendido en palabras del filósofo americano de la siguiente manera:

“La distribución de la riqueza es producto del orden legal: la riqueza de un ciudadano depende enormemente de las leyes que haya promulgado su comunidad (no solo de las leyes que regulan la propiedad, el robo, los contratos, y la responsabilidad civil, sino de la legislación sobre bienestar, la legislación fiscal, la de carácter laboral, las leyes sobre derechos civiles, la legislación que regula el medio ambiente y otras legislaciones para prácticamente todo). Cuando un gobierno promulga o sostiene un conjunto de leyes en vez de otro, no solo se puede rededir que la vida de algunos ciudadanos empeorara por esta decisión, sino también, en gran medida, que ciudadanos serán estos”⁵.

Así mismo, la presente tesis parte de una hipótesis o presunta respuesta anticipada al problema planteado. Esta hipótesis parte de la idea de que la desigualdad en materia de acceso y reconocimiento de los derechos pensionales, resulta ser una expresión de los desequilibrios en los mercados de trabajo, cuya formalización en el sistema jurídico se ha institucionalizado a través de las normas, mediante la concesión de diferentes privilegios especiales, en función de los “grupos de (poder)”⁶; pero así mismo, esta hipótesis también parte de la posibilidad de que, la misma ley en escenarios alternos, y a través de una lectura en clave de “bloque de legalidad ampliado”⁶, también puede servir como una herramienta para la corrección de dichos desequilibrios, fijando alternativas en donde se maximiza la protección de los derechos

⁵DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana: La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003. p. 11.

⁶ Este bloque de legalidad ampliado tiene por fuente la redefinición que se le da al tradicional principio de igualdad a partir de la inclusión de los derechos fundamentales y las normas constitucionales, como nuevas fuentes del derecho, dotadas con un mayor grado de exigibilidad y legitimidad. Al respecto, el jurista italiano Luigi Ferrajoli señala lo siguiente: “La incorporación a nivel constitucional de principios y derechos fundamentales y, por ello, la posible existencia de normas invalidas por estar en contra de estas, mutan en efecto la relación entre el juez y la ley: que ya no es, como en el viejo paradigma, sujeción acrítica e incondicionada a la ley, cualquiera que sea su contenido, sino sujeción ante todo a la Constitución y por tanto a la ley si es constitucionalmente válida”. FERRAJOLI, Luigi. *Parte IV, La democracia constitucional*. En: *Principia Iuris*. Tomo II: *Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011, p. 35.

fundamentales constitucionales, y del derecho fundamental constitucional de la seguridad social.

Lo anterior supondría aceptar que las desigualdades primigenias serían creadas por la ley. Sin embargo, lo paradójico de esta aseveración se encuentra al analizar que la ley a fin de cuentas se encarga de reflejar las reglas de convivencia de la sociedad y para el caso particular, la marcada desigualdad en el mercado del trabajo a partir de la heterogeneidad productiva; lo cual no obsta, para que la ley introduzca modificaciones sustanciales a la realidad que enfrenta. En otras palabras, la ley es quien, cumpliendo la tarea de ser la máxima muestra de la representación popular, introduce una serie de desigualdades, o tratos desiguales injustificados, que tienen – al menos en teoría – un sustrato material en los acuerdos y en la estructura de la sociedad productiva, y que terminan por anular los derechos constitucionales fundamentales. Sin embargo, la ley no es la única fuente de las desigualdades, ya que – como se expondrá en el desarrollo de la presente tesis – la aplicación de la ley, esto es, la jurisprudencia también es una fuente importante de desigualdades, pues en el momento en que un juez da un tratamiento diferente a dos situaciones que en principio son iguales o ampliamente similares, evidentemente se está frente a una desigualdad en la aplicación de la norma, lo cual, naturalmente conllevará al desmedro o desprotección de los derechos fundamentales de aquel que recibirá un tratamiento diferenciado injustificado.

Respecto de la igualdad ante la ley, se debe tener en cuenta que:

“[...] en el inicio del liberalismo moderno se limitó sobre todo a proponer la superación de diferencias estamentales o por razón o nacimiento en el acceso a cargos, y en el reparto de tributos y cargas y en la facultad de contratar bienes y servicios, pudo ser calificada críticamente como meramente formal porque durante mucho tiempo fue compatible con profunda desigualdad en el acceso a bienes esenciales, desde el derecho al voto, a la salud, a la seguridad, o a una propiedad mínima por parte de las amplias masas de trabajadores hasta la mera posibilidad de trabajar y contratar libremente de las mujeres (...) hoy en día, sin embargo (...) la igualdad ante la ley no puede considerarse, o no del todo, como una previsión meramente formal, en el sentido de la reconocida únicamente en el papel de la ley, pero sin estar en absoluto incorporada a prácticas sociales, y económicas sustantivamente igualitarias”⁷.

En ese mismo orden de ideas, se debe destacar que la desigualdad en la Ley o ante la Ley - como fue expuesto anteriormente- se caracteriza, al tener por fuente una norma que sin mayor justificación proporciona tratamientos diferenciados. Este concepto ha sido objeto de frecuente análisis en el Tribunal Constitucional Español; muestra de ello es la sentencia STC-73 del 20 de abril de 1998, en donde el Tribunal afirmó que “la desigualdad en la Ley se produce cuando la norma distingue de forma irrazonable o arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad”⁸.

A su vez, la desigualdad en la aplicación de la ley está referida a aquellos casos en los cuales la decisión del juez no obedece a una justificación razonable. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que “[...] la jurisprudencia constitucional no solamente invierte al principio de interdicción de la arbitrariedad de uno de sus fundamentos, sino que precisamente identifica a la resolución

⁷ BARRAGUÉ C., Borja. Desigualdad e igualitarismo predistributivo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2017. p. 14.

⁸ ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia STC 73, 20 de abril de 1998. FJ: 3.

judicial arbitraria como aquella que vulnera por excelencia el derecho a la igualdad aplicativa por perpetrar un cambio de criterio, de un asunto a otro, de manera inopinada y sin justificar”⁹.

Este marco de desigualdades ya sea con origen legal o bien, en la aplicación de la ley, no ha sido aún resuelto en su totalidad por el Estado Colombiano, lo cual se observa en la ausencia de un sistema de protección universal y efectivo que permita garantizar una real protección social a todos sus ciudadanos; así como, el acceso a la pensión de vejez, como un derecho fundamental que resulta predicable de todos los ciudadanos-trabajadores, al ser asociado con la seguridad que trae el tener un ingreso estable a lo largo de la vida no activa.

En ese sentido, trabajar por un sistema de protección universal, implica brindar oportunidades de acceso a mecanismos de protección social, - entre otros, la pensión- a todos los colombianos, esto es, permitir que se pueda predicar la exigibilidad absoluta del derecho a la pensión y de otros derechos fundamentales relacionados; pero así mismo, ello se traduce en la necesidad de redoblar los esfuerzos en el caso de aquellas personas que no cuentan con una suficiencia económica que les permita participar con regularidad, o cumplir con los montos fijados por la ley, pues mal haría el actual Estado social de derecho colombiano al obviar una situación de por sí innegable, consistente en la lamentable desigualdad a la que se ve sometida la sociedad actual, que conlleva a que muchas personas no tengan una suficiencia de ingresos que les permita acceder a una pensión por sus propios medios, y a los cuales es preciso brindarles otras alternativas.

En ese orden de ideas, se hace indispensable acudir a una aproximación al concepto de igualdad, no como una “entelequia” abstracta usada por el Estado para respaldar cualquier tipo de discurso, sino como un derecho fundamental, que además tiene la ventaja de tener una expresa consagración constitucional. Ello, aunado a la construcción de la llamada “ciudadanía social”, concepto acuñado por el sociólogo británico Thomas Marshall, quien la describió como “...*aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica...*”¹⁰. El término de la ciudadanía social¹¹ fue desarrollado posteriormente por el profesor francés Alain Supiot, - particularmente en el derecho laboral- como una categoría íntimamente ligada al ejercicio efectivo de los derechos sociales. En el mismo sentido, el economista y politólogo colombiano Oscar Rodríguez Salazar señala que, frente a la actual crisis del aseguramiento social, que se expresa en bajas coberturas, inequidad, problemas financieros y fiscales, resulta necesario “[...] proponer un modelo que permita la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía basado en el ejercicio de los derechos sociales, y que además proteja a la población colombiana de los riesgos inherentes a las sociedades del mercado”¹².

⁹CABANAS GARCÍA, Juan Carlos. El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley. Pamplona: Thomson Arazadi, 2009, p 38.

¹⁰MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, Thom. Ciudadanía y clase social. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 76.

¹¹ En su texto “Ciudadanía y clase social”, Marshall señaló lo siguiente: “Existe una igualdad humana básica asociada a la pertenencia plena a una comunidad que no encuentra en contradicción con la supraestructura de desigualdad económica. Aunque no existe un principio universal que determine cuales son los derechos y las obligaciones, las sociedades donde la ciudadanía es una institución en desarrollo crean la imagen de una ciudadanía ideal que sirve para calcular el éxito y es objeto de las aspiraciones [...]”. Ibid., p. 37.

¹² RODRÍGUEZ SALAZAR, Óscar. Del patronato al aseguramiento en el sistema de protección social en Colombia: asistencia, identificación y legitimidad. En: Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema

La inclusión de este concepto en el escenario de la seguridad social permitirá comprender la necesidad de predicar la igualdad en el escenario de la protección social, y la garantía plena de los derechos fundamentales de protección, pues como lo señala la CEPAL “[...] en pos de esta igualdad, el ejercicio de la ciudadanía aparece como un valor irreductible que determina el pleno derecho de una persona a acceder a umbrales de bienestar y reconocimiento. Y ello es así, por el solo hecho de ser parte de la sociedad, más allá de los méritos individuales [...]”¹³.

Situados en este marco, se debe señalar que los debates expuestos hasta este punto serán abordados a través del estudio pormenorizado de dos grandes marcos de análisis, uno de tipo más teórico y conceptual, y otro completamente práctico. A su vez, el objetivo de la primera parte corresponde a la realización de un análisis sobre la desigualdad en el mercado del trabajo y en el mercado de pensiones, que terminan por expresarse en la ley, bien sea para aminorar la exigibilidad de los derechos fundamentales, o para aumentar su protección; mientras que la segunda gran parte, tendrá por objetivo el abordaje de ese fenómeno desde las decisiones judiciales, por medio del análisis de cuatro sentencias – que atienden a las más relevantes variables de cara al análisis del Sistema de Pensiones, a saber: la edad, el género, el Ingreso base de liquidación y el Ingreso base de cotización- a través de la estrategia del “juicio de proporcionalidad”.

Estos dos escenarios corresponderán a las dos grandes partes de la presente tesis doctoral; los cuales, deberán leerse de la mano de una tercera gran parte conclusiva, que tendrá por propósito establecer una serie de conclusiones y propuestas paramétricas y estructurales.

La primera gran parte de esta tesis doctoral tendrá por objeto la identificación de diversos debates que nos acercan a una construcción orientada sobre la igualdad y el trato desigual, los cuales a pesar de no constituir el objeto central del trabajo, sus prescripciones y conceptualización si proporcionan los fundamentos para articular los "escenarios facticos" de los eslabones de las desigualdades a partir de los vínculos que se establecen entre la estructura productiva, el empleo y los regímenes pensionales; como concepto básico de investigación se tiene una reconstrucción y una deconstrucción teórica de la igualdad y se presentaran las premisas teóricas del mismo por parte de investigadores como John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen y Gerard Cohen.

Esta primera parte se interroga sobre las características de una sociedad contemporánea que contiene múltiples brechas entre sus ciudadanos e iniciara con un primer capítulo, cuyo propósito es auscultar el espíritu que regenta las desigualdades en Colombia; no es difícil afirmar que, desde el escenario de los regímenes pensionales, se abre un espacio para evaluar el panorama de las desigualdades en la sociedad. Este primer capítulo se titulará "El espíritu de la desigualdad en la sociedad contemporánea". En el capítulo segundo, se auscultarán los disensos más relevantes sobre el concepto de igualdad; con la teoría sobre la igualdad, a partir de este capítulo se sentarán los fundamentos para cuestionar a los clásicos representantes del igualitarismo: ¿Para que la igualdad? e ¿igualdad de qué?

Dado que esta aproximación no es universal, señala Amartya Sen que es pertinente tener en cuenta que

de protección social. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 198.

¹³ BARCENA, Alicia y PRADO, Antonio. El imperativo de la igualdad: por un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. CEPAL, ONU. 2016, p. 12.

"[...]Este concepto es importante enfrentarlo con 1) la diversidad de la especie humana (el hecho de sus diferencias tanto en características personales como en circunstancias particulares) ; 2) la pluralidad de "espacios " relevantes en los que se puede juzgar la igualdad (la multiplicidad de variables – ingresos, riquezas, utilidades, libertades, bienes primarios y capacidades- que pueden usarse como esfera de comparación). Las evidencias de la igualdad en los diferentes espacios no coinciden las unas con las otras, precisamente porque los humanos son tan diferentes. La igualdad en su ejercicio es acompañada por grandes desigualdades [...]"¹⁴.

El capítulo tercero abordará desde el escenario de la heterogeneidad productiva, las particularidades en el mercado

de del empleo que, según la alocución de los ciudadanos- resultará ser el antecedente directo de la suerte que el trabajador correrá al final de su vida; en otras palabras, la caracterización del mercado de trabajo y las rentas del mismo, resultan ser fundamentales para efectos de explicar las razones por las que hay un inequitativo acceso al derecho fundamental de la pensión. Por ello, este capítulo tercero, “Los eslabones de la desigualdad en el mercado de trabajo a partir de la heterogeneidad estructural”, tendrá por objetivo el análisis del fragmentado, precario e informalizado mercado de trabajo colombiano en nuestros días.

En este sentido, se pronuncia la CEPAL afirmando que el desafío analítico

"[...]consiste en entender las relaciones entre estructura productiva, empleo y protección social, como una cadena, en donde la estructura productiva es el punto de partida y la protección social es el punto de llegada y el empleo un espacio bisagra, hacia donde se trasladan los efectos de una desigualdad estructural, donde se distribuyen los logros en productividad, donde se estratifican empleos e ingresos, desde donde se accede, todavía en forma estratificada a la seguridad social"¹⁵.

En el capítulo cuarto de esta primera parte, se analiza el proceso de construcción de la institucionalidad de la seguridad social, desde los orígenes en los países de la Europa Occidental, hasta su arraigo en América Latina y específicamente en Colombia a partir de la mitad del siglo XX; la desigualdad de la sociedad, en la que subyace el sistema pensional tiene una marcada expresión en la ley, estos orígenes y características se encuentran en la heterogénea y estratificada estructura del mercado de trabajo. De un régimen soportado por la Empresa, se pasa a un régimen monopólico y finalmente a partir de 1993 a un sistema competitivo. Es claro que el modelo actual se institucionalizo con la ley 100 de 1993, en donde se establecieron dos tipos de regímenes diferenciados que, otorgan un tratamiento diferente según la capacidad de pago de los trabajadores, a saber, el régimen de prima media con prestación definida, con un importante componente de solidaridad, y el régimen de ahorro individual con solidaridad-RAIS-. E primero de estos regímenes tiene por objeto garantizar la cobertura y acceso de los trabajadores al sistema, bajo el modelo clásico de seguridad social; cuenta con una prestación definida, la cual es destinada a un fondo común; la base de esta prestación corresponde a la solidaridad intergeneracional. El segundo, de ahorro individual, se estructura como un sistema de fondeo, donde todo trabajador aporta directamente a un fondo de pensiones, mediante el manejo de una cuenta individual, la administración de este sistema está destinado a entidades privadas.

Ello permite que los trabajadores escojan entre dos grandes regímenes: el régimen de prima medida de una parte, y el régimen de ahorro individual de otra. Los elementos, los beneficios,

¹⁴ SEN, Amartya. Nuevo examen de la desigualdad. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p, 147.

¹⁵ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit., p. 19.

los subsidios de cada uno de estos modelos serán analizados en este capítulo de cara al principio de igualdad.

Sin embargo, lo que se propone esta Tesis es poner de relieve que la ley desde su creación, confecciono de manera paralela, un gran número de regímenes pensionales dentro del modelo de prima media, gestionados por el Estado. A esta estructura diversificada corresponden las siguientes categorías: régimen ordinario, régimen especial, régimen exceptuado y regímenes convencionales, cada uno con las respectivas especificidades. De otro lado, en lo atinente al régimen de ahorro individual, que inicio con tres modalidades, cuenta en la actualidad con siete formas para acceder a una protección económica para la vejez.

La segunda parte se inicia con el capítulo quinto, en una reflexión sobre el advenimiento y desarrollo de los derechos fundamentales; categoría dentro de la cual debe incluirse al derecho a la seguridad social de las personas. Este proceso de conceptualización del derecho y en particular del trabajo y la seguridad social, afirmado por la Corte Constitucional, implica una ruptura importante del concepto de derecho social. Con ello, se hace una apertura a la seguridad social y en particular a las pensiones como derechos fundamentales, los cuales naturalmente entran en tensión con las leyes de corte programático. Esta nueva lectura de los derechos ofrece un enfoque en donde los mismos son priorizados, de cara a las máximas del constitucionalismo contemporáneo, como el test de igualdad y proporcionalidad, cuando en la práctica colisionan varios derechos fundamentales.

En consecuencia, y a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el escenario de análisis será constituido por los derechos sociales fundamentales y los impactos que ha tenido su aplicación concreta, por ejemplo, a través del derecho social fundamental a las pensiones. Se expondrá igualmente, el método para desarrollar el mencionado test de proporcionalidad y la formula del peso.

A partir del capítulo sexto y hasta el noveno se tratarán los criterios seleccionados de los regímenes pensionales, aplicándoseles el "Test de proporcionalidad" expuesto por el jurista alemán Robert Alexy y desarrollado posteriormente por el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido. Del universo de variables que se encuentran presentes en el proceso de construcción de una pensión, de los requisitos, tiempos y condiciones, se han seleccionado cuatro variables para ser analizadas a la luz del desarrollo y aplicación del citado Test. el capítulo sexto (vi), versará sobre la variable del género, específicamente sobre la sentencia C-410 de 1994; el capítulo séptimo (vii) desarrollará el análisis respecto de la variable de la edad, y más concretamente respecto de la sentencia C-451 de 2015; el capítulo octavo (viii) tendrá por objeto de análisis la variable del ingreso base de cotización, tomando como sentencia base la T-230 de 2015, y para finalizar el capítulo noveno (ix) versará sobre la variable del ingreso de liquidación, desarrollándose un juicio de proporcionalidad sobre la sentencia C-258 de 2013.

Para finalizar, la tercera parte de esta Tesis contendrá un solo capítulo, el décimo, de conclusiones y recomendaciones, así como reflexiones y propuestas tanto programáticas como estructurales, originadas de la palpable desigualdad que existe en los regímenes pensionales, que como derechos sociales fundamentales deberían predicarse universales para todos los ciudadanos-trabajadores. No solo las restricciones para acceder a los regímenes, sino las innumerables barreras sociales que se levantan para que los ciudadanos-trabajadores puedan hacer parte de una sociedad equitativa. Ello, ha originado la estructuración de una gobernanza de la seguridad social, que no se concentra en los regímenes pensionales sino en la posibilidad

efectiva de gozar de este derecho social, honrando las potestades consagradas en la norma constitucional y la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales.

PRIMERA PARTE
UN RECORRIDO POR LOS
ESCENARIOS FÁCTICOS
DE LA DESIGUALDAD.

CAPÍTULO I. EL ESPÍRITU DE LA DESIGUALDAD EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Actualmente vivimos el sueño despierto de una gobernanza por los números, que nos dispensaría de la comprensión y de la confrontación de experiencias, y nos ahorraría así el esfuerzo de juzgar y por lo tanto también de pensar¹⁶.

Alain Supiot.

En este capítulo se ponen de presente unas representaciones del cuerpo social, que se dirigen a poner en escena las realidades del ejercicio del principio de igualdad; en efecto, las sociedades contemporáneas, a través de la “democracia parlamentaria y la democracia social tienen en común, por un lado, el intento derepresentar la experiencia humana en su diversidad, y, por otro lado, el dar lugar a las asambleas de palabras¹⁷ de las que se esperan decisiones justas¹⁸”.

Estas representaciones, a partir de la tesis doctoral, tienen como propósito dibujar el perfil de las sociedades contemporáneas desde el binomio igualdad - desigualdad, los cuales se materializan en números, estadísticas e indicadores; de su comprensión y análisis, han de surgir las propuestas de acción de los ciudadanos – trabajadores y de las autoridades estatales; no se espera, como subraya el profesor Supiot, que la cuantificación que mide los hechos de la realidad social, haga perder la perspectiva de la normatividad donde el “gobierno de las leyes deja su lugar a lagobernanza de los números [...] bajo el imperio de la gobernanza, la normatividad pierde su dimensión vertical: ya no se trata de referirse a una ley que trasciende los hechos, sino de inferir la norma a partir de la medida de los hechos¹⁹”.

De conformidad con esto, el presente capítulo seguirá la siguiente hoja de ruta: en primer lugar, (i) se realizará una descripción de las características y razones por las cuales las sociedades contemporáneas están profundamente marcadas por la desigualdad; posteriormente, (ii) se dará cuenta de la manera en que este contexto inequitativo logra impregnar directamente a nuestro continente, esto es, la manera en que las desigualdades naturales y artificiales se reproducen particularmente en Sur y Centro América, arrojando un panorama abiertamente desigual entre los países. Y finalmente (iii) se expondrá la situación actual de Colombia, de cara a esta variable, con el objetivo de poner de relieve la crítica situación que afronta, concretamente en escenario de la protección social.

Todo lo anterior, si se considera que desde hace algunos años se han hecho cada vez más evidentes las marcadas diferencias por medio de las cuales pareciera que se definiera nuestra sociedad; diferencias que a su vez, hunden sus raíces en complejos fenómenos de la inequitativa distribución de la riqueza, la discriminación de las personas en razón a criterios diferenciadores

¹⁶ SUPIOT, Alain. El espíritu de Filadelfia. Barcelona: Ediciones Península, 2011, p. 116.

¹⁷ DETIENNE, Marcel. “Comparer L’ incomparable”. *s.l.*: Editorial Sevil, 2000.. p. 105 y ss. Citado por Alain SUPIOT. Op. cit., p. 124.

¹⁸ SUPIOT. Op. Cit., p. 124.

¹⁹ Ibid., p. 79.

injustificables como su color de piel, religión, capacidad socioeconómica, etc.; o aún más sutiles como la falta de equidad en lo que respecta al acceso a servicios básicos, o hasta al reconocimiento mismo de derechos fundamentales, pues pareciera que solo “unos pocos” pudiesen hacer ejercicio efectivo de aquellos, como si su titularidad no fuese universal.

Sin embargo, de manera paralela, en los últimos años también se ha observado una creciente preocupación por los nocivos efectos que tales diferencias negativas han traído consigo. Bien advertía en 1754 uno de los mayores precursores de la idea de la democracia y la soberanía del pueblo, Jean-Jacques Rousseau, sobre las consecuencias directas que traía la desigualdad en las sociedades. Al respecto, en su libro “Discurso sobre el origen de la desigualdad”, el jurista suizo exponía que en su opinión existían dos tipos de desigualdades en la especie humana: una natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu y del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política porque depende de una especie de convención y está establecida, o al menos autorizada por el consentimiento de los hombres, y además de ello termina por consistir en privilegios de los que solo gozan unos a través del perjuicio de los otros, como el de ser más ricos o más poderosos²⁰. A renglón seguido, menciona que, nada puede decirse con respecto al origen del primer tipo de desigualdad- la natural- pues bastante es su origen, pero si es mucho lo que queda por indagar con respecto al segundo tipo de desigualdad que es creada, consentida, y aceptada por los seres humanos²¹.

En ese sentido, es claro que existen una serie de desigualdades naturales, que solo tienen por origen a la naturaleza misma. Sobre este punto, Amartya Sen señala que “Los humanos somos profundamente diversos [...] por nuestras características naturales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales”²². Sin embargo, es la segunda categoría de desigualdades la que llama especialmente la atención- aquellas que Rousseau denominaría “políticas o morales”, pues pareciera que los seres humanos nos encargásemos cada día de fijar y aumentar nuestras diferencias naturales, mediante la creación de nuevas categorías ficticias que solo terminan por asignar tratamientos injustificados.

Sin embargo, este fenómeno debe ser analizado en contexto, esto es, resulta necesario identificar la manera en que dichas desigualdades, ya sea las naturales o aquellas creadas por el hombre, se evidencian en nuestra sociedad actual. En ese sentido, y para lograr cumplir a cabalidad dicho objetivo, se propone la siguiente hoja de ruta: en primer lugar, (i) se realizará una descripción de las características y razones por las cuales nuestro planeta está profundamente marcado por la desigualdad; posteriormente, (ii) se dará cuenta de la manera en que este contexto inequitativo logra impregnar directamente a nuestro continente, esto es, la manera en que las desigualdades naturales y artificiales se reproducen particularmente en sur y centro América, arrojando un panorama abiertamente desigual entre los países. Y, finalmente, (iii) se expondrá la situación actual en nuestro país, de cara a esta variable, con el objetivo de poner de relieve la crítica situación que afronta nuestro país, concretamente en el escenario de la protección social.

Así mismo, cabe anotar que el análisis de estos tres espacios, el mundial, continental y local, será abordado con el concurso de variables que parten desde la satisfacción de las necesidades básicas, pasando posteriormente por aquellas relacionadas con el acceso a la educación, salud,

²⁰ ROUSSEAU, Jean. Discurso sobre el origen de la desigualdad. *s.l.*: Editorial El Aleph, 1999. p. 22.

²¹ *Ibid.*

²² SEN. *Op. cit.*, p. 13.

trabajo y demás derechos fundamentales, para finalizar con un estudio sobre la necesidad más relevante en la etapa de la vejez, a saber, el acceso a una pensión o una efectiva protección social. Todo ello, con el objetivo de realizar un recorrido analítico de la “cadena de la desigualdad”. A continuación, se pasa a desarrollar el primer nivel de análisis territorial.

1. El escenario global de las desigualdades.

Un buen número de evidencias señala que el planeta se encuentra habitado de innumerables desigualdades, en el acceso a los recursos, a los derechos y a las oportunidades, las cuales lamentablemente, parecen aumentarse cada día más. La sociedad del conocimiento y sus múltiples publicaciones hacen notar la inequitativa distribución del poder y de la riqueza entre los continentes de nuestro planeta, entre los países y al interior de cada uno de ellos.

De ello, dan cuenta de manera evidente los análisis de los resultados arrojados por el coeficiente de Gini, que estudia uno de los criterios diferenciadores y precursores de las más arraigadas desigualdades, a saber, la cantidad de riqueza que cada ser humano en promedio posee, en razón al reparto o distribución que se hacen de estas. Este coeficiente mide, hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Para ello se basa en cálculos matemáticos que permiten establecer finalmente un baremo que se sitúa entre 0 y 1, según el cual un índice de Gini de 0 representa una equidad absoluta (todos tienen los mismos ingresos) y donde el valor 1 se corresponde con el estado máximo de desigualdad.

El coeficiente de Gini²³ se expresa en porcentajes y se referencia con un índice cuya base se multiplica por 100. Este índice de desigualdad es una medida que resume la manera como se distribuye una variable entre un conjunto de individuos. En el caso particular de la desigualdad económica, la medición se asocia al ingreso (o al gasto) de las familias o personas²⁴.

Solo para referenciar la evolución de tal índice, nos encontraríamos con que la desigualdad en el ingreso se ha venido incrementando de forma constante desde inicios del siglo XIX. En una investigación desarrollada por la Unicef se expone que la desigualdad global del ingreso aumentó de forma constante desde 1820 a 2002, con una subida significativa desde 1980 en adelante, subida que hoy en día sigue en aumento²⁵.

Muestra de esta tendencia, al analizar los resultados del coeficiente de Gini del 2012, se encuentra que los cambios son pocos respecto a los años anteriores y que es posible con esta información hacer una especie de categorización entre los países, agrupándolos según su

²³ El profesor Thomas Piketty (en su libro “El capital en el siglo XXI”), al analizar el coeficiente de Gini: “nombre el estadístico italiano Corrado Gini, cuya producción se sitúa a principios del siglo XX y en el periodo de entre guerras- es uno de los indicadores sintéticos de desigualdad más frecuentemente utilizado en los informes oficiales y en el debate público. Siempre se sitúa entre 0 y 1: es igual a 1 en caso de igualdad completa y a 0 en caso de desigualdad absoluta (es decir, si un grupo ínfimamente pequeño posee la totalidad de los recursos disponibles)”. Sin embargo, el profesor Piketty critica este indicador sintético, dado que planeta múltiples problemas “[...] pretende asumir en un único indicador numérico la desigualdad completa de la distribución- tanto la desigualdad que separa la parte inferior de la parte media, como la que divide a la alta de la medida, o a la alta de la parte muy alta de la pirámide-, lo que es muy simple y seductor a primera vista, pero inevitablemente un poco ilusorio. La realidad social y el significado político-económico de la desigualdad son muy diferentes en la función de los niveles de la distribución; por ello es importante analizarlos por separado”. Piketty ha de trabajar con otras formas de medición. “[...] Por estas razones, nos parece preferible analizar la desigualdad a partir de cuadros de distribución que indiquen los porcentajes de los diferentes deciles y percentiles en el ingreso total y el patrimonio total, antes que mediante el uso de indicadores sintéticos como el coeficiente de Gini”. PIKETTY, Thomas. El capital en el siglo XXI. s.l.: Fondo de Cultura Económica. p. 290-291.

²⁴ CEPAL. Consideraciones sobre el Índice de Gini para medir la Concentración del ingreso. Division de estadística y proyecciones económicas – CEPAL. s.d. [En línea].

²⁵ ORTÍZ, Isabel y CUMMINS, Mathew. Desigualdad global: la distribución del ingreso en 141 países. UNICEF, 2012. p. 20. [En línea].

tendencia de desigualdad. Dentro del primer grupo, en donde claramente se encuentran los países más equitativos solo encontramos tres: Suecia, Noruega y Hungría. En el segundo grupo, con la igualdad de la distribución de las riquezas, se encuentra una mixtura entre estados con tendencia socialista como Serbia, Albania o Eslovenia, aunados a un grupo de países con economías tradicionales del mercado, como Alemania, Finlandia, Bélgica o Dinamarca. En el tercer grupo con un coeficiente de Gini aproximadamente hasta 40 se encuentran el mayor número de los países y corresponde a países asiáticos, europeos, del medio oriente, africanos, América del Norte, Australia y Nueva Zelanda. Hasta este punto ha sido claro que Latinoamérica ha estado ausente, pues solo hasta el cuarto grupo de países podemos encontrar la aparición de algunos de los países latinoamericanos; en este cuarto grupo se encuentran países latinoamericanos y centroamericanos, con hasta 50 más puntos en el índice de Gini.

Así mismo, la CEPAL registra que particularmente para el caso de los países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), dicho coeficiente “[...] aumentó de 0,29 en los años ochenta a 0,32 en 2013, y esta tendencia se observa tanto en países desarrollados que tradicionalmente han tenido mayores niveles de desigualdad (como los Estados Unidos, cuyo coeficiente aumentó de 0,34 en 1985 a 0,39 en 2013), como en países con una fuerte tradición igualitaria, como los escandinavos (OCDE, 2015)”²⁶.

En relación con esta variable, en el mismo documento citado, la Unicef hizo un estudio sobre la distribución global del ingreso a través de un estudio discriminado por países.

A continuación, se expone una tabla que recoge dicha información en términos de ingreso *per cápita* de los países más pobres y más ricos del mundo al año 2007 en dólares estadounidenses constantes:

Tabla 1. Ingreso *per cápita* de los países más pobres y más ricos del mundo al año 2007.

10 más pobres			10 más ricos		
País	PIB per cápita	Población	País	PIB per cápita	Población
Rep. De. del Congo	94	62,522,787	Mónaco	106,466	32,620
Burundi	110	7,837,981	Bermuda	72,296	64,000
Guinea-Bissau	140	1,541,040	Luxemburgo	56,625	479,993
Liberia	144	3,627,285	Noruego	41,901	4,709,153
Malawi	148	14,439,496	Japón	40,707	127,770,750
Eritrea	151	4,781,169	Estados Unidos	38,701	301,580,000
Níger	171	14,139,684	Islandia	38,166	311,566
Etiopía	176	78,646,128	Suiza	37,935	7,551,117
Tayikistán	231	6,727,377	Catar	34,960	1,137,553
Rep. Centroafricana	231	4,257,403	Hong Kong	34,041	6,925,900

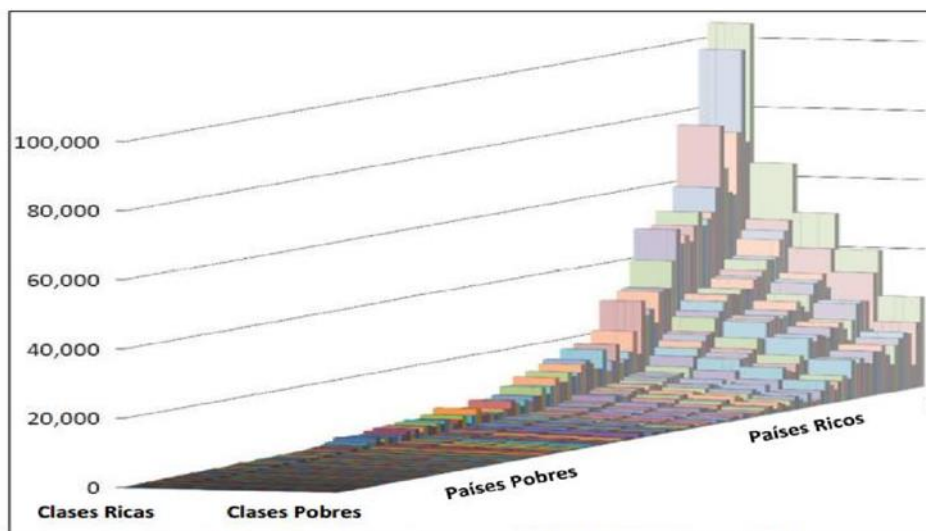
Fuente: Cálculos de los autores con base en Banco Mundial (2011)

Esta misma información, puede ser leída a través del siguiente gráfico²⁷, extraído igualmente del mismo informe de la Unicef sobre la “Desigualdad global”:

Gráfico 1. La desigualdad global analizada por grupos de países.

²⁶ CEPAL. Horizontes 2030: la igualdad en el centro del desarrollo sostenible, 2016. p. 19. [En línea].

²⁷ ORTÍZ y CUMMINS. Op. cit., p. 13.



Fuente: Adaptado de Sutcliffe (2005) usando Banco Mundial (2011). UNU-WIDER (2008) v Eurostat (2011)

Ahora bien, la mejor manera de comprender estas cifras generales en materia de desigualdad, es por medio del estudio individualizado de algunas variables de análisis como las expresadas inicialmente, a saber: el acceso a servicios básicos, la educación, la salud, el trabajo y el acceso a una protección social efectiva.

Una variable de análisis que permite realizar un estudio global de cara a los niveles de desigualdad a nivel mundial, es el índice de desarrollo humano; esta herramienta “[...] se centra en tres dimensiones básicas del desarrollo humano: tener una vida larga y saludable, que se mide por la esperanza de vida al nacer; la capacidad de adquirir conocimientos, que se mide por los años de escolaridad y los años esperados de escolaridad; y la capacidad de lograr un nivel de vida digno, que se mide por el ingreso nacional bruto per cápita. El límite superior del IDH es 1,0 [...]”²⁸. Al respecto, en su informe del año 2016, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo fue enfático en afirmar que este índice da cuenta fiel de las abismales diferencias existentes entre los diferentes continentes y regiones del mundo. Ello se cita en las siguientes líneas:

“El desarrollo humano no ha sido homogéneo en las distintas regiones, en los distintos países ni tampoco dentro de estos. En 2014, el valor correspondiente al IDH de América Latina y el Caribe fue de 0,748, frente al valor de 0,686 registrado en los estados árabes. Asimismo, el índice de mortalidad materna fue solo de 21 por cada 100.000 nacidos vivos en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, frente al valor de 183 registrado en Asia Meridional.

A la desigualdad en los logros alcanzados en materia de desarrollo humano se añaden las privaciones humanas generalizadas. En todo el mundo, 795 millones de personas padecen hambre crónica, 11 niños y niñas menores de 5 años mueren cada minuto y 33 madres mueren cada hora. Cerca de 37 millones de personas viven con el VIH y 11 millones sufren tuberculosis¹¹. Más de 660 millones de personas utilizan fuentes de agua no potable, 2.400 millones de personas usan instalaciones sanitarias no mejoradas y casi 1.000 millones de personas se ven forzadas a la

²⁸ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Panorama general. Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano. Nueva York: 2015. p 3. [En línea].

defecación abierta¹². En todo el mundo, 780 millones de adultos y 103 millones de jóvenes (de entre 15 y 24 años) son analfabetos²⁹.

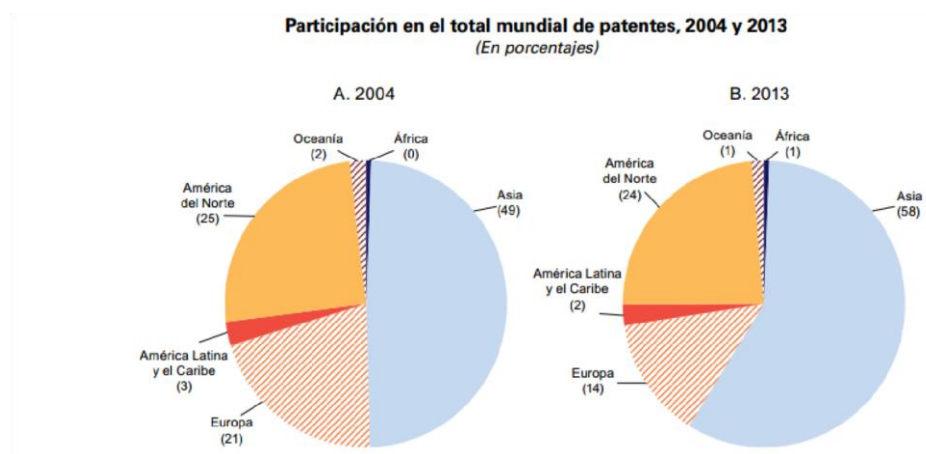
A su vez, respecto del escenario del mercado del trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo señala que para el año 2015 “A escala mundial, las mujeres ganan un 24% menos que los hombres y solo ocupan el 25% de los cargos administrativos y directivos en el mundo empresarial; además, en el 32% de las empresas ninguna mujer desempeña un cargo directivo superior. Las mujeres siguen ocupando solo un 22% de los escaños en la cámara única o en la cámara baja de los parlamentos nacionales³⁰”.

Otro indicador que permite analizar las marcadas diferencias entre las diferentes regiones del mundo es el de la participación de cada continente en el total mundial de patentes, pues con ello se podrá determinar si los países tienen gastos en investigación y desarrollo (I+D) como porcentaje del PIB. Al respecto, en un informe de la CEPAL del año 2016, se encontró lo siguiente:

“Los gastos en investigación y desarrollo de China y la República de Corea se distancian mucho de los de América del Sur, Centroamérica y México. Otros indicadores que captan directamente la magnitud de los esfuerzos tecnológicos —como los gastos en investigación y desarrollo (I+D) como porcentaje del PIB— y de sus resultados —como la participación en el total mundial de patentes— refuerzan esa conclusión. Los gastos en investigación y desarrollo de China y la República de Corea se distancian mucho de los de América del Sur, Centroamérica y México [...]”.

Esto puede observarse con mayor claridad en el siguiente gráfico:

Gráfico 2. Participación de cada continente en el total mundial de patentes (2004-2013)



Fuente: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Estadísticas [base de datos en línea] <http://www.wipo.int/ipstats/es/statistics/patents/>.

Así mismo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo señala que, en materia de desigualdad, debe tenerse en cuenta que las perspectivas no son muy alentadoras, pues pareciera que los ingresos, riqueza y oportunidades continuaran siendo distribuidos aun con un mayor

²⁹ CEPAL. Horizontes 2030. Op. cit., p. 9.

³⁰ PNUD. Op. cit.

margen de inequidad. En efecto, “Actualmente, cerca del 80% de la población del planeta posee solo el 6% de la riqueza global. Es probable que en 2016 la participación del 1% más rico de la población en la riqueza mundial supere el 50%”³¹.

Sin embargo, resulta necesario analizar la manera en que esta “cadena de la desigualdad” se desarrolla en nuestro continente, lo cual se realizará en las líneas siguientes.

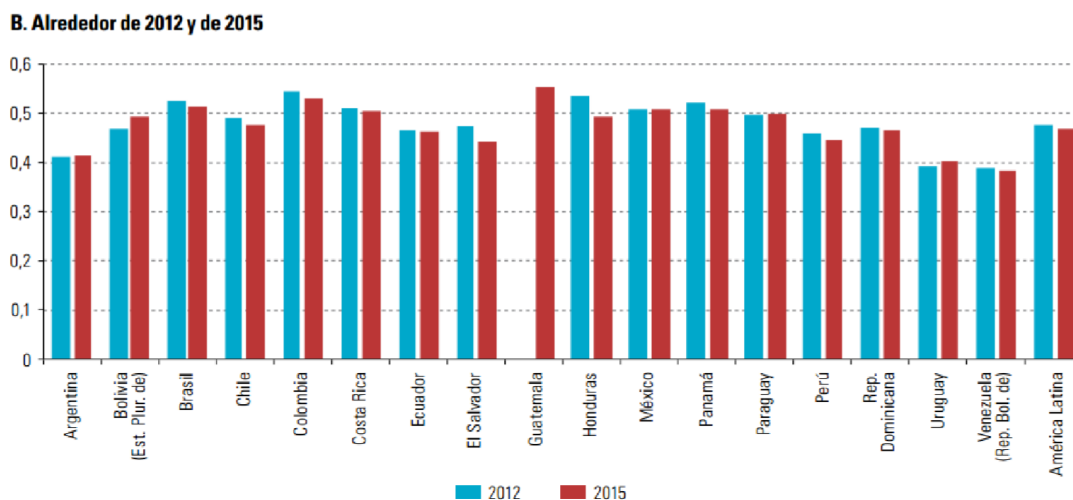
³¹ PNUD. Op. cit., p. 5.

2. Latinoamérica: un continente pasible de ser definido a partir de la desigualdad.

Para comenzar, vale la pena precisar que, aunque en principio podría pensarse que las diferencias abismales en materia de distribución de los ingresos y acceso a servicios y derechos fundamentales solo se encuentran presentes en el escenario global, lo cierto es que a lo largo y ancho de nuestro continente también es posible rastrear cifras que dan cuenta de inequitativas realidades.

Para comenzar, resulta oportuno señalar nuestra situación de cara a la primera variable de análisis tenida en cuenta en el nivel precedente, a saber, el coeficiente de Gini. Al respecto, la CEPAL en su informe *Panorama Social de América Latina* del año 2016, señala que “...el coeficiente de Gini en América Latina tuvo un valor promedio de 0,469, de acuerdo con la información disponible a 2015, y prácticamente no varió con respecto a 2014, año en que presentó un promedio de 0,4732. En la mayoría de los países el descenso del coeficiente de Gini se produjo principalmente en el período 2008-2012, en tanto que entre 2012 y 2015 se registraron variaciones de menor magnitud [...]”³². A continuación, se presenta una gráfica que da cuenta de estos cambios:

Gráfico 3. Aumento del coeficiente de Gini (2012-2015)



Fuente: CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, 2015.

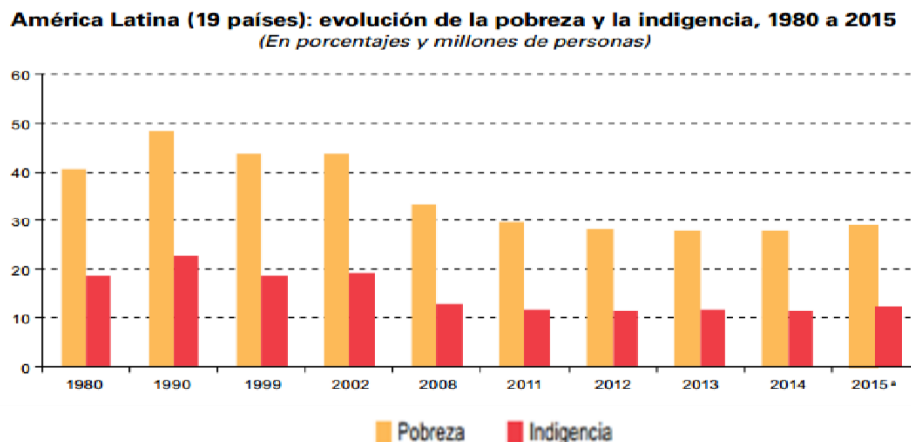
Ahora bien, concretizando dichas cifras generales a la luz de variables específicas, resulta de imperioso estudio el problema agudo de pobreza que afecta a la región. Sobre este punto, en el informe de la CEPAL del año 2016, titulado *Panorama Social de América Latina*, se afirma que “... *La tasa de pobreza en América Latina se situó en el 28,2% en 2014 y la tasa de indigencia alcanzó al 11,8% del total de la población, por lo que ambas mantuvieron su nivel respecto del año anterior. El número de personas pobres creció en 2014, alcanzando a 168 millones, de las cuales 70 millones se encontraban en situación de indigencia...*”³³.

³² CEPAL. *Panorama Social de América Latina*. 2015. p. 7. [En línea].

³³ *Ibid.*, p. 18.

Al respecto, resulta apropiado traer a colación la siguiente grafica³⁴ que ejemplifica con mayor claridad la evolución de la pobreza y la indigencia en los 18 países de la región desde 1980 a 2015:

Gráfico 4. Evolución de la pobreza en los países de Latinoamérica (1980-2015)



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares.

Ahora bien, respecto al acceso a servicios básicos en el informe Panorama General, emitido por la CEPAL en el 2015, se tiene la existencia de una marcada heterogeneidad estructural en todos los países de la región. En palabras de la CEPAL:

“[...] existe una amplia variabilidad en la incidencia de privaciones en los materiales de la vivienda y en el acceso a servicios básicos por países. Al considerar solamente el quintil de ingresos más pobre que reside en las zonas rurales, en el último año con datos disponibles Nicaragua era el país con la mayor incidencia de privaciones en los servicios básicos (un 84% en 2009), seguido por el Estado Plurinacional de Bolivia (un 71% en 2011) y Honduras (un 70% en 2010). Por su parte, las menores incidencias se verificaban en Costa Rica (un 4% en 2013), el Uruguay (un 6% en 2013) y México (un 16% en 2012) [...]”³⁵.

Así mismo, en un estudio llevado a cabo por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en el 2012, se realizó una clasificación de los 18 países de la región³⁶, atendiendo a criterios como las diferencias entre los diversos estratos productivos en cuanto a productividad, así como a la importancia de las actividades que realizan y volumen de empleo que generan. Tal clasificación, se hizo a través de tres niveles de heterogeneidad estructural: países con heterogeneidad estructural moderada (Argentina, Chile, Costa Rica, México y Uruguay), con heterogeneidad estructural intermedia (Brasil, Colombia, Panamá y Venezuela (República Bolivariana de) y con heterogeneidad estructural severa (Bolivia (Estado Plurinacional de), Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana).

³⁴ CEPAL. Horizontes 2030. Op. cit., p. 119.

³⁵ CEPAL. Panorama Social de América Latina. Op. cit., p. 37.

³⁶ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit.

En el primer grupo de países, esto es, los más “desarrollados”, en cuanto a la calidad del empleo, es de destacar que estos registran la menor tasa de informalidad de América Latina (41,9%)³⁷, pues tienen unas estrategias de distribución del ingreso más equitativas, en donde se tiende a retribuir de una manera proporcional respecto de variables como el nivel de profesionalización, el tiempo de trabajo, y la labor desarrollada.

De otro lado, en el segundo grupo de países, la CEPAL identificó que una elevada brecha de productividades se traduce en una distribución del ingreso casi tan desigual como la de los países del último grupo. Aun cuando el ingreso *per cápita* medio de estos países “medios”, es superior al del último grupo de países, la disparidad de ingresos medida por el índice de Gini es muy similar (52,2 frente a 53,3).

Sin embargo, la pobreza absoluta de estos países (28,7 %) es inferior a la registrada por los países del tercer grupo (47,1%). En suma, en este grupo de países

es posible identificar una estructura económica desbalanceada en comparación con los países del primer grupo, lo que se refleja en mayores diferenciales de productividad y en un porcentaje más elevado de ocupados en el estrato bajo. Además, en estos países, la informalidad del empleo asciende considerablemente al 47 %.³⁸

En el otro extremo, se ubican aquellos países de América Latina con economías que funcionan con un alto grado de heterogeneidad estructural. Estos países, aportan un 11 % del PIB e incluyen a un 18,6% de la población y un 17,6 % del empleo de región. En estos países, las diferencias de productividad entre los diversos estratos son bastante más marcadas; de hecho, según la CEPAL, “Incluso, las capas de muy baja productividad absorben una parte substancial del empleo total, lo que refleja la modernización parcial e imperfecta de su sistema productivo, y que se manifiesta en que el sector informal represente un 58,9 % del empleo, la cifra más alta de la región [...]”³⁹.

Lo cierto, es que, pese a que los tres grupos de países conservan entre si diferencias significativas, en el fondo siguen reproduciendo de manera muy similar la clásica radiografía de la desigualdad en los recursos característica de Latinoamérica. Muestra de ello, es que “[...] igualmente, en los países de heterogeneidad estructural moderada (HEM) el índice de Gini es el más bajo (49,7), en comparación con los que se registran tanto en el grupo de países con HEI (52,2) como en el grupo de países con HES (53,3). Aun así, la situación distributiva de los países más avanzados de la región dista bastante de la registrada en Portugal (el país menos desarrollado de Europa Occidental, y cuyo índice de Gini es 38,1)”⁴⁰.

Así mismo, en la región también existen significativas desigualdades ligadas al origen de las personas, esto es, al sitio en el cual nacieron, dependiendo de si se trata de una ciudad o de algún territorio retirado. Sobre este punto la CEPAL en un informe del año 2016, mencionó lo siguiente:

“La segunda característica de la región son las elevadas brechas en las condiciones generales de vida de la población entre territorios. Un indicador de desarrollo territorial estimado para 8 países y 182 entidades territoriales en 2010 permitía clasificar a las entidades territoriales en 5 grupos, denominados quintiles, de menor a mayor desarrollo (véase el mapa V.1). Algunos ejemplos de

³⁷ Ibid., p. 31.

³⁸ Ibid., p. 33.

³⁹ Ibid., p. 35.

⁴⁰ Ibid. p. 46.

las disparidades dentro de los países son el nordeste brasileño, el sureste mexicano, las áreas andinas de Bolivia (Estado Plurinacional de) y el Perú, el norte grande argentino y el sur chileno. El promedio del quintil de más bajo desarrollo tiene seis años menos de esperanza de vida, una tasa de mortalidad infantil tres veces más alta y una tasa de analfabetismo cinco veces mayor (véase el gráfico V.25). El porcentaje de hogares con acceso a computador es 3 veces mayor en el quintil alto en relación con el bajo, mientras que la población rural representa un 10% del primero y un 45% del segundo⁴¹.

Ahora bien, una vez realizada una sucinta descripción del inequitativo estado de cosas existente en la región latinoamericana, resulta necesario auscultar en la manera en que la cadena de la desigualdad se reproduce concretamente en nuestro país.

⁴¹ CEPAL. Horizontes 2030. Op. cit., p. 133.

3. ¿Qué tan desigual es la sociedad colombiana?

Colombia ha sido caracterizada como uno de los países de América Latina con mayores niveles de desigualdad medidos por el índice de Gini. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), “entre 2015 y 2016 el coeficiente de Gini pasó de 0,522 en 2015 a 0,517 en 2016 en el total nacional, completando 3 años con reducciones consecutivas⁴²”. Al respecto, en un informe de la CEPAL del año 2016, se señaló que en el país “hay una elevada concentración del ingreso, dado que el 1% más rico de la distribución concentró el 20,5% del ingreso bruto en 2010. Entre 1993 y 2010, la participación del 1% de ingresos más elevados se mantuvo prácticamente constante entre los extremos [...]”⁴³.

La persistencia de altos niveles de desigualdad puede ligarse a varios factores, incluyendo la falta de acceso a la educación superior, a pensiones y una vivienda asequible. Sin embargo, estos factores han demostrado ligeras mejorías en los últimos años. La excepción es la constante desigualdad a través de las regiones, al respecto el Banco Mundial en un informe del año 2014, señaló lo siguiente:

“La brecha entre los departamentos con las mayores y las más bajas tasas de pobreza ha aumentado durante la última década. En 2002, la diferencia en las tasas de pobreza entre Huila y Bogotá D.C. fue de 37,8 puntos porcentuales; en 2012, las tasas de pobreza de Chocó y Bogotá D.C. tenían una diferencia de 56,4 puntos porcentuales. La promoción de la política social y el crecimiento económico en las regiones rezagadas de Colombia es fundamental para la reducción de la desigualdad (en los capítulos 4 —sobre la política rural— y 12 —sobre la gestión de los gobiernos subnacionales— hay recomendaciones de política para avanzar hacia este objetivo) [...]”⁴⁴.

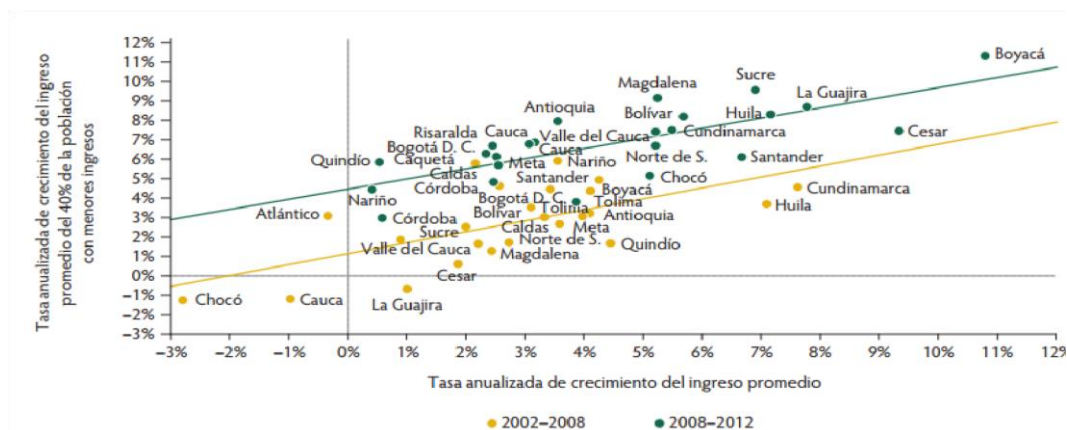
Al respecto, resulta bastante pertinente traer a colación el Indicador de Prosperidad Compartida del Banco Mundial (SPI, por sus siglas en inglés), que mide la tasa de crecimiento anualizada de los ingresos promedios del 40 por ciento más pobre de la población. Es un indicador que mide qué tan bien se comparte la prosperidad con aquellos que son relativamente más pobres y a la vez toma en cuenta el crecimiento económico. Según el Banco Mundial³⁸, este índice permite dar cuenta de la marcada inequidad de nuestro país, la cual puede ser analizada a través de la siguiente gráfica:

⁴² DANE. Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2016. [En línea].

⁴³ JIMÉNEZ, Juan (ed). Desigualdad, concentración del ingreso y tributación sobre las Altas Rentas en América Latina. Santiago de Chile: CEPAL, 2015. p. 97. [En línea].

⁴⁴ BANCO MUNDIAL. Hacia la paz sostenible, la erradicación de la pobreza y la prosperidad compartida. Washington D.C.: Banco Mundial, 2014. p. 21. [En línea].

Gráfico 5. Indicador de Prosperidad Compartida del Banco Mundial para Colombia.



Fuente: Estimaciones del personal del Banco Mundial asadas en MESEP-DANE (2012).

Al respecto, en un estudio llevado a cabo en el año 2016, la OCDE afirmó que “A lo largo de las regiones de Colombia, las tasas de pobreza son mucho más pronunciadas en zonas rurales, llegando a más del 55% en La Guajira y superando el 62% en Cauca y Chocó (DNP, 2015). El ingreso por regiones también puede variar considerablemente; el departamento con mayores ingresos, el Meta, productor de petróleo, tiene un PIB per cápita 10 veces superior al del departamento más pobre, Vaupés [...]”⁴⁵.

Además, no debe perderse de vista que otro aspecto importante de la pobreza y la desigualdad se refiere a los grupos desfavorecidos, es decir, las personas desplazadas internamente, los pueblos indígenas y los afrodescendientes. Las minorías étnicas se enfrentan a altas tasas de pobreza. Ello, sumado al hecho de que la distribución desigual y el uso ineficiente de la tierra en Colombia se erigen como el mayor obstáculo para el crecimiento económico rural, la estabilidad social y política, y la paz duradera. Sobre este punto, vale la pena citar una afirmación realizada por Felipe Fonseca, director de la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria de Colombia (UPRA), según el cual “[...] el 82 por ciento de la tierra productiva del país está en manos del 10 por ciento de los propietarios”⁴⁶.

La carga tributaria también pueden ser otra importante fuente para analizar la situación de un país de cara a la desigualdad. Sobre ello, la CEPAL ha profundizado, teniendo siempre como foco directo de análisis y como herramienta comparativa a nuestro país, en donde innegablemente la inequidad en lo que respecta a la concentración de los recursos es bastante significativa. Al respecto, se trae a colación lo siguiente: “[...] en el siguiente gráfico [...] se presenta la evolución de la participación del 1% más rico en el ingreso total entre 1993 y 2014, medida sobre la base de datos tributarios de la Argentina, Colombia, el Uruguay y otros países

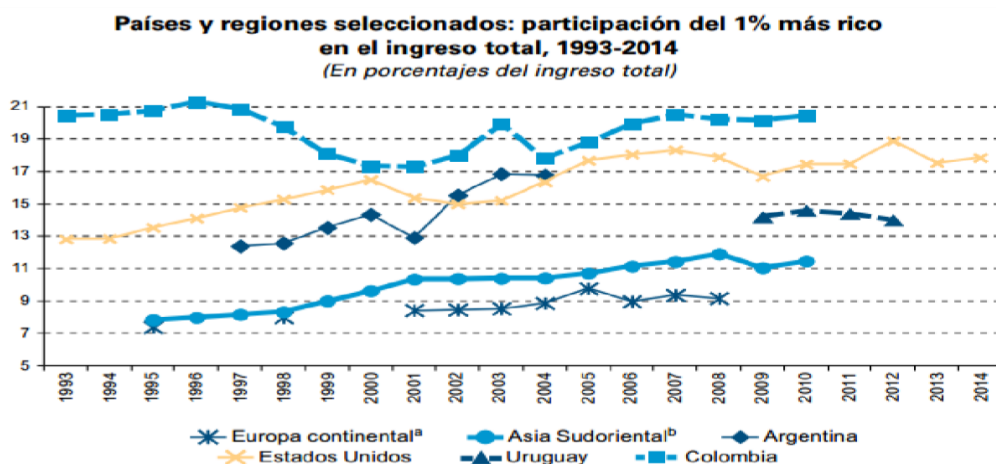
⁴⁵ OCDE. Revisión de políticas Nacionales de Educación. La educación en Colombia. París: OCDE. 2016. p. 23. [En línea].

⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). América Latina y el Caribe es la región con la mayor desigualdad en la distribución de la tierra. Santiago de Chile: ONU, 2017. [En línea].

y regiones. Colombia es el país con la mayor participación del 1% más rico en el ingreso total a lo largo de toda la serie: a 2010, este segmento capturaba el 20,5% del ingreso total del país”⁴⁷.

Esto puede ser analizado a través del siguiente gráfico:

Gráfico 6. Participación del 1 % más rico en el total de ingreso (1993- 2014)



Sin embargo, también resulta necesario analizar la desigualdad de cara a variables más concretas como lo son (i) la educación, (ii) la salud y (iii) la productividad de nuestro país.

Respecto del primer elemento de análisis – la educación- es claro que actualmente Colombia enfrenta dos retos cruciales: cerrar las brechas existentes en términos de participación y mejorar la calidad de la educación para todos. Sobre ello, ha hecho énfasis la OCDE, en el contexto de un estudio realizado en el año 2016, en donde en un documento titulado “Revisión de políticas Nacionales de Educación: la educación en Colombia”, se afirmó lo siguiente:

“Las desigualdades comienzan a temprana edad; muchos niños desfavorecidos nunca van a la escuela, o no empiezan a tiempo o asisten a instituciones de menor calidad. Las diferencias resultantes en términos de nivel de estudios alcanzado son abismales. La expectativa de vida escolar de los estudiantes con las peores condiciones de pobreza es de solo seis años, en comparación con la cifra de 12 años de los más ricos [...]”⁴⁸.

Posteriormente, en el citado documento y en relación con las evidentes dificultades con las que cuenta un estudiante de escasos recursos para sobresalir académicamente en nuestro país, se subrayó lo siguiente:

“Las evaluaciones nacionales e internacionales indican que el origen socioeconómico es un factor determinante del desempeño escolar en Colombia (Barrera, 2014; García Villegas et al., 2013). Los resultados de las pruebas PISA 2012 muestran que Colombia tiene uno de los porcentajes más bajos de estudiantes resilientes en comparación con los países de la OCDE y latinoamericanos, lo que significa que pocos niños desfavorecidos superan su origen para alcanzar resultados altos). Solo el 9% de los jóvenes desfavorecidos entre los 17 y 21 años está matriculado en instituciones de educación superior, en comparación con el 62% de los jóvenes privilegiados [...]”⁴⁹.

⁴⁷ CEPAL. Panorama Social de América Latina. Op. cit., p. 28.

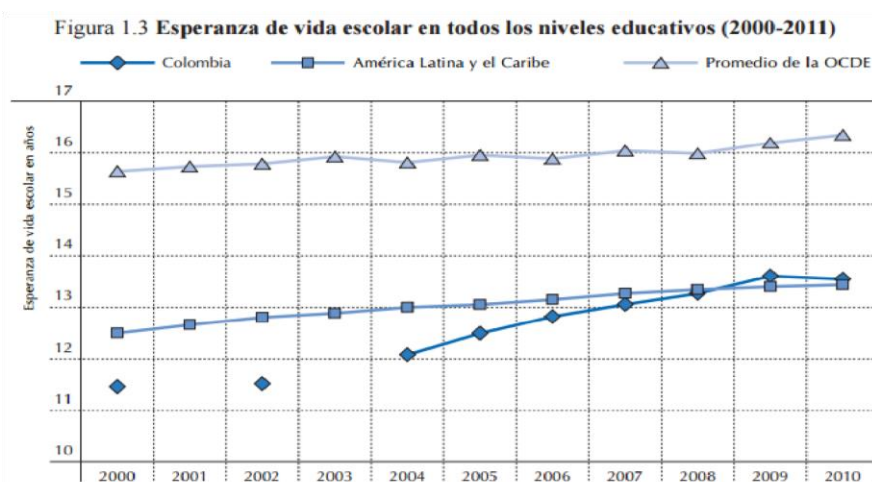
⁴⁸ OCDE. Revisión de políticas Nacionales de Educación. Op. cit., p. 15.

⁴⁹ Ibid., p. 35.

Así mismo, en dicho informe se afirmó que “Solo el 30% de los jóvenes hace la transición de la escuela o colegio a la educación superior, y de estos, muchos desertarán antes de terminar; las tasas de deserción anual en educación superior varían entre el 10,4% en las universidades y el 22,2% en las instituciones técnicas y tecnológicas[...]”⁵⁰.

En relación con la esperanza de vida escolar en todos los niveles educativos, resulta bastante pertinente traer a colación el siguiente gráfico que ejemplifica la compleja situación en materia de acceso y permanencia en el sistema educativo colombiano, en comparación con el resto de países de la región y con los países que hacen parte de la OCDE:

Gráfico 7. Esperanza de vida escolar en los niveles educativos (2000-2011)



Fuente: OCDE, Revisión de políticas Nacionales de Educación: la educación en Colombia. 2016. p. 30.

Esta desigualdad también se refleja en el acceso a la educación privadas, particularmente destacable resulta el hecho de que “[el] 61% de los niños de familias privilegiadas (en el quintil superior) asisten a educación privada en la primera infancia (jardín preescolar) en comparación con el 2% de las familias menos favorecidas [...]”⁵¹.

El sector de la salud, naturalmente, no es ajeno a este panorama desigual. Un ejemplo claro de ello son las diferencias que existen en materia de cobertura y acceso en los sectores rurales y urbanos. Sobre este punto, en un informe del año 2016, el Ministerio de Salud y protección social, expuso lo siguiente:

“Existen diferencias relevantes en el acceso efectivo y equidad entre poblaciones urbanas y rurales. Según el análisis de Ruiz & Zapata (2015) con base en la Encuesta de Calidad de Vida 2013, hay unas brechas relevantes de la zona rural comparada con la urbana: 12% menor percepción de buena salud (Índice Normalizado de Inequidad Horizontal de -0.04); 4% de menor percepción de prevalencia de enfermedad crónica (IIH: 0.13); 11% de menor uso de condón en la primera relación sexual (IIH: 0.27) 6% mayor prevalencia de baja talla (IIH: -0.19); 9% menor acceso a tratamiento para la diarrea (IIH: 0.11); 12% menor cobertura de cuatro controles

⁵⁰ Ibid., p. 30.

⁵¹ Ibid.

prenatales (IIH: 0.28); 11% menor cobertura de parto institucional (IIH: 0.49); 10% menor acceso a servicios preventivos (IIH: 0.16); 12% menor acceso a servicios odontológicos (IIH: 0.25); 7% menor uso de servicios ambulatorios en caso de problema manifiesto de salud (IIH: 0.36); 4 días de diferencia en la oportunidad de acceso médicos especialistas (IIH: -0.003). Lo anterior contrasta con una reducida diferencia de 2% en cobertura de afiliación a la seguridad social (IIH: 0.2) [...]”⁵².

Al respecto, en un estudio llevado por el Banco de la República en el año 2014, se afirmó que pese a que ahora en las estadísticas sobre la satisfacción a la población de cara al derecho fundamental a la salud, se suele hacer énfasis en el aumento de la cobertura, esto no puede traducirse en un correlativo aumento del acceso. Expresamente se dijo que:

“Con la implementación de la Ley 100 de 1993 en Colombia se impulsó la cobertura de aseguramiento como el principal mecanismo a través del cual se pretendía resolver el problema del acceso a la salud en Colombia (GES, 2011), y efectivamente se logró aumentar la cobertura (Ramírez, Zambrano, Yepes, Guerra, & Rivera, 2005; Restrepo, 2002). Sin embargo, de acuerdo con los datos de las ENCV de 1997 y 2012, se presentó una reducción en el acceso realizado a los servicios médicos [...]”⁵³.

Ahora bien, para finalizar con esta sucinta reflexión sobre la evidente desigualdad que define a nuestro país, resulta necesario hacer una referencia a la manera en que este fenómeno se puede observar en el mercado de trabajo.

Al respecto vale la pena comenzar por señalar una de las causas principales de la desigualdad en el mercado del trabajo, a saber, la imposibilidad de acceder en las mismas condiciones a un empleo formal, lo que ha conllevado a que las cifras del Ministerio del Trabajo y del DANE exalten unas altas tasas de empleo, sin precisar que más de la mitad de este, está representado por el autoempleo, cuenta propientismo o el empleo informal; lo cual, sin duda alguna, genera nocivos efectos en materia de acceso a una efectiva protección social y más concretamente a una pensión de vejez. Al respecto, en un documento de recomendaciones emitido por la OCDE el año 2016, se encuentra lo siguiente:

“En Colombia, los profundos problemas estructurales del mercado laboral se evidencian en la inusualmente elevada tasa de autoempleo: el 52% de la población trabaja como independiente en comparación con el 27% en México y el 39% en Grecia, y el promedio de 17% de la OCDE. Adicionalmente, la mayoría de los trabajadores independientes laboran en negocios informales (83%) y no se encuentran cubiertos por la seguridad social (93%). La informalidad también es elevada entre los empleados: alrededor del 42% no contribuye al sistema de pensiones, una cifra mucho más elevada que la de la mayoría de las demás economías emergentes. Las transiciones hacia empleos formales son muy pocas, y por lo general los que logran acceder a un empleo formal cuentan con un contrato a término definido en vez de uno a término indefinido, lo cual a su vez conlleva un mayor riesgo de recaer en la informalidad o en el desempleo [...]”⁵⁴.

Lo anterior fue corroborado en otro informe del mismo año en donde se afirmó que “Aunque la tasa de empleo global de Colombia (76 %) está ligeramente por encima del promedio de la OCDE (73%), casi el 70% de la fuerza laboral está empleada en la economía informal (OCDE,

⁵² Ministerio de Salud y Protección Social (Minsalud). Política de Atención Integral en Salud (Minsalud). “Un sistema de salud al servicio de la gente”. Bogotá: Minsalud, 2016. p. 13. [En línea].

⁵³ AYALA GARCÍA, Jhorland. BANCO DE LA REPÚBLICA. La salud en Colombia: más cobertura pero menos acceso. Bogotá: Centro de Estudios Económicos Regionales – CEER, 2014. p. 12. [En línea].

⁵⁴ OCDE. Estudios de la OCDE sobre el mercado laboral y las políticas sociales: Colombia 2016. Resumen ejecutivo, evaluación y recomendaciones. Bogotá: Ministerio del Trabajo, 2016. p. 15. [En línea].

2015b) “⁵⁵. Sobre este punto no se ahondará en esta oportunidad, pues posteriormente habrá un acápite especialmente referido a la caracterización del mercado del trabajo y de las desigualdades a través de las cuales este puede ser definido.

En el mismo informe emitido por la OCDE en el año 2016, se afirmó que el régimen de pensiones de nuestro país también era abiertamente inequitativo, representando la prolongación última de toda una cadena de desigualdades. Al respecto, vale la pena señalar que esta cadena de desigualdades que tiene origen en la insatisfacción de necesidades básicas, y pasa por la posterior inequidad en acceso a la salud, educación, propiedad, y trabajo son los antecedentes directos de una precaria protección social en la última etapa de la vida, y con ello de la imposibilidad de acceder a una pensión de vejez. Sobre este último punto, la OCDE señaló que:

“Debido a su complejidad, el régimen de pensiones colombiano genera desigualdades, ineficacias administrativas y elevados costos operativos. La cobertura es muy baja y favorece principalmente a las personas acomodadas. Alrededor del 35% de la población con edad para jubilarse recibe una pensión, en comparación con el promedio del 90% de la OCDE. Casi el 90% del gasto en pensiones va dirigido al 20% más acaudalado, y menos del 6% a los pobres”⁵⁶.

Indudablemente, el resultado final que una persona obtenga de cara a la obtención o no de una pensión, resulta ser el resultado directo de aquello que haya realizado o podido realizar durante su etapa productiva; por lo tanto, no resulta extraño que la mayoría de colombianos que, sumergidos en nuestra desigual social, no pueden acceder a un trabajo formal, en consecuencia, tampoco podrán cotizar lo suficiente para una pensión de vejez. Al respecto, a renglón seguido, la OCDE señaló que “la baja cobertura se debe a la elevada informalidad; cerca de un tercio de los trabajadores pagan activamente los aportes a la pensión. La informalidad también penaliza desproporcionadamente a los más desfavorecidos. Únicamente el 30% más acaudalado entre los hombres y el 10% entre las mujeres aporta lo suficiente para poder disfrutar de una pensión normal [...]”⁵⁷.

Finalmente, y con base en los argumentos numéricos expuestos, se constata que tenemos sociedades desiguales, ubicadas en continentes, países y regiones. Colombia, un territorio que puede ser lamentablemente definido desde la desigualdad, habida cuenta del panorama de inequidades y tratamiento injustificados que abundan entre los ciudadanos.

Sin embargo, también es posible extraer otra conclusión: la desigualdad no es un fenómeno autónomo. Por el contrario, la desigualdad pareciera seguir la suerte del “efecto dominó”, esto es, un efecto en cadena, pues para que se pueda configurar es necesario que se den una serie de tratamientos inequitativos e injustificados a lo largo de la vida, que como ya se expuso, comienzan desde la insatisfacción de las necesidades básicas, el acceso a la educación, salud, propiedad, y pasan por las desigualdades en el mercado del trabajo, para llegar al resultado final: la imposibilidad de acceder a una pensión efectiva en el último tramo de la vida, y en consecuencia la imposibilidad de gozar de una protección social efectiva.

En suma, con todo lo anterior se quiere significar que el hecho de que un ciudadano - trabajador no pueda gozar de una efectiva protección social al finalizar su etapa productiva es una consecuencia de la cadena de desigualdades que se encuentra presente en la sociedad

⁵⁵ OCDE. Revisión de políticas Nacionales de Educación. Op. cit., p. 15.

⁵⁶ OCDE. Estudios de la OCDE sobre el mercado laboral y las políticas sociales. Op. cit., p. 28.

⁵⁷ Ibid., p. 28.

colombiana, y que termina con este último eslabón de la desigualdad: la desprotección en la vejez.

Ahora bien, hechas las precisiones anteriores se han de requerir escenarios, donde se estude con mayor detalle las especificidades donde se cimienta con mayor énfasis la desigualdad: los mercados de trabajo y los mercados de pensiones a partir de una mirada a la heterogeneidad estructural productiva, germen de desequilibrios laborales y de barreras de acceso a los derechos de protección; para ello abordaremos, en el capítulo siguiente, una auscultación sobre los contenidos y alcances del principio de igualdad, desde diversas perspectivas, a fin de contar con una concepción orientadora que nos permita evaluar la profundidad de la desigualdad, frente al sistema de Seguridad Social en Colombia.

CAPÍTULO II. LOS DISCURSOS QUE FUNDAMENTAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA DIVERSIDAD.

El objetivo del presente capítulo corresponde al análisis de los diferentes discursos y los autores que han intentado dar una forma y contenido concreto al concepto de igualdad; partiendo de algunas posturas que resultan particularmente interesantes para efectos del presente estudio sobre la desigualdad en el Sistema General de Pensiones Colombiano, como lo son los de (i) John Rawls, (ii) Ronald Dworkin, (iii) Amartya Sen y (iii) el filósofo Gerald Cohen. Se debe señalar, que la sección de estos autores no fue arbitraria, ni tampoco sencilla, pues, aunque existen innumerables autores que se han encargado de reflexionar sobre el concepto de la igualdad, los precitados autores se caracterizan al poner de relieve su clara pretensión de abordar la igualdad desde todas sus aristas, y de delimitar una definición concreta de la misma.

El concepto de igualdad resulta ser uno de los más antiguos del mundo, y así mismo uno de los más ambiguos o por menos eso pareciera, pues este término se presenta como un concepto resbaloso que se resiste a ser definido bajo una única mirada, y que por el contrario abre la puerta a un sinnúmero de connotaciones, dependiendo del punto de vista que aquel que ose clasificarlo o definirlo. En palabras del filósofo alemán Stefan Gosepath, “en cualquier real contexto histórico, es claro que no existe una única noción de igualdad. Muchos estudiosos de la igualdad que gran parte de la discusión sobre este concepto, reside en el hecho de que este es vago y teórico”⁵⁸. en ese mismo sentido, se expresa el profesor Westen, quien expresa que “algunos observadores reaccionan ante la aparente multiplicidad [del concepto] de igualdad, concluyendo que no tiene un significado genérico. En su análisis en *Equalities*, Douglas Rae argumenta que más que tener un significado ‘único’ y ‘universal’, ‘la noción de igualdad...ella misma se escinde en muchas nociones’—al menos tantas como 108, y quizás tantas como 720, ‘interpretaciones de igualdad estructuralmente distintas.’⁵⁹ Philip Kurland va incluso más allá, argumentando que ‘el concepto de igualdad...no tiene una definición más que la forma de una ameba’⁶⁰.

Sin embargo, a lo largo de la historia si han sido muchos quienes han osado delimitar este concepto, a través de la asignación de diferentes categorías, necesarias para definirlo, pues innegablemente el concepto de igualdad reviste una especial característica que hace que su definición deba hacerse a través de la comparación con el “otro”, esta característica es su “carácter relacional”. Este carácter implica aceptar que “la igualdad significa correspondencia entre un grupo diferente de objetos, personas, procesos o circunstancias que tienen las mismas cualidades al menos respecto de un aspecto, pero no respecto de todos”⁶¹.

A simple guisa de ejemplo, y aunque el objetivo del presente acápite de esta tesis no tiene por objetivo realizar un estudio profundo sobre los significados y alcances del concepto sobre la *igualdad*, sí resulta pertinente que en las líneas siguientes se expongan algunas de las posturas

⁵⁸ GOSEPATH, Stefan. Equality. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2007, p. 2.

⁵⁹ RAE, Douglas. Equalities. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 127, 128, 132-133 y n. 3.

⁶⁰ WESTEN, Peter. An Analysis of the Rhetorical Force of Equality’ in Moral and Legal Discourse. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 119.

⁶¹ GOSEPATH. Op. cit., p. 1.

definitorias que se han hecho sobre la igualdad a lo largo de la historia. Cabe destacar que en razón a la brevedad de este análisis solo se presentaran los enunciados de filósofos clásicos como Aristóteles, y la de los llamados “contractualistas”.

Indudablemente el filósofo griego Aristóteles, resulta de obligatoria mención, al ser uno de los primeros teóricos que se pronunció sobre el concepto de la igualdad. Al respecto, vale la pena señalar que para Aristóteles existen dos tipos de igualdad, una numérica y otra proporcional. La primera, se presenta cuando la distribución de algo se da de manera igualitaria en términos numéricos, esto es, cuando se trata a todas las personas sin ninguna distinción; ello implica que “[...] se dé un tratamiento idéntico, para garantizar a las personas, la misma cantidad per cápita [...]”⁶². En contraste, una forma de tratamiento proporcional parte de la aceptación de que una distribución es proporcional o relativamente, igual cuando se trata a todas las personas en relación con lo que les corresponde; esta igualdad es más precisa y detallada, y es más comprensiva de la formulación formal de igualdad, pues da los parámetros necesarios para predicar la existencia de una adecuada igualdad⁶³. Esta conceptualización de la igualdad supone aceptar que las personas no son iguales en diferentes aspectos, por lo cual el tratamiento o la distribución proporcional de los factores es justa, si se hace atendiendo a dichas diferencias; en otros términos, “la igualdad propende un tratamiento o distribución que debe ser considerado proporcionalmente: ese es el prerrequisito para que las personas sean consideradas igualmente [...]”⁶⁴.

Si se hace un recorrido por hitos históricos sobre la conceptualización de la igualdad, no resulta apropiado obviar los significados aportados desarrollados por las teorías contractualistas. Al respecto, el filósofo alemán Stefan Gosepath menciona lo siguiente:

“Hobbes (1651) postulaba que, en el estado natural, los individuos poseen iguales derechos, porque a lo largo del tiempo ellos tienen la misma capacidad de hacerle daño a otros sujetos. Locke (1690) esgrimía que todos los seres humanos tenían los mismos derechos naturales a la propiedad y a la libertad. Rousseau (1755) declara que la inequidad social era prácticamente un primitivo declive del humano, dado desde la natural igualdad que se encontraba en el armonioso estado de naturaleza: un declive catalizado por la búsqueda humana de perfección, propiedad y posesión (Dahrendorf, 1962). Para Rousseau (1755, 1762), el resultado de la inequidad y la regla de la violencia solo puede ser superado a través de la vinculación sin restricciones de la subjetividad, en una común existencia civil y una regla de soberanía popular. En la filosofía moral de Kant (1785), el imperativo categórico formula el postulado de la igualdad de un universal valor humano”⁶⁵.

Así mismo no se puede perder de vista, las importantes conquistas logradas en el marco de la Revolución Francesa, las numerosas declaraciones de Derechos Humanos y las Constituciones europeas de los siglos XVIII y XIX, las cuales también aportaron destacables elementos de cara a la consolidación del concepto de igualdad.

Más recientemente, el jurista alemán Robert Alexy en sus escritos ha señalado que el mandato al legislador de tratamiento igual implica, siguiendo la fórmula aristotélica, tratar igual a los

⁶² Ibid., p. 4.

⁶³ Ibid., p. 4.

⁶⁴ Ibid., p. 4.

⁶⁵ Ibid., p. 5.

iguales y desigual a los desiguales⁶⁶. En el mismo sentido, el jurista colombiano Carlos Bernal señala que el principio de igualdad, visto desde la tradicional fórmula arisotélica, es pasible de concretarse en cuatro mandatos, a saber:

“[...] i) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, ii) en mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común, iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) y iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁶⁷”.

La teoría analítica del autor enfrenta ante esta máxima dos cuestiones: la primera es en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima igualdad (para tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional⁶⁸.

Para la primera cuestión, Alexy, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, responde que están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales. ¿Y cuándo un tratamiento es arbitrario? Cuando no exista una razón cualificada para hacerlo. Es decir, para dar un trato desigual debe existir una razón suficiente, y esto es un asunto de valoración⁶⁹.

Así mismo, Alexy hace la distinción entre la igualdad *de iure* y la igualdad *de facto*. El derecho a una igualdad de iure puede ser formulado como un derecho, *prima facie*, a la omisión de tratamientos desiguales. El derecho de igualdad de facto, como un derecho *prima facie* a acciones positivas, o prestaciones en sentido amplio, por parte del Estado⁷⁰.

Retomando lo expuesto, se debe destacar que el atributo o cualidad relacional de que goza la igualdad, y que ha sido reconocido desde remotas épocas – como fue expuesto con antelación– debe ser entendido como una virtud y no como una desventaja, pues efectivamente para hablar de la igualdad, siempre será necesario hablar de la igualdad *en qué*, o respecto *de quién*⁷¹; y se dice, que se trata de una virtud y no de una desventaja en la medida en que al ser este un concepto relacional, las posibilidades de verificar y ejemplificar su contenido y características, aumentan, haciéndolo más convincente e interesante que otros tradicionales – si se quiere– principios de las sociedades, pues naturalmente para que se pueda predicar la existencia de esta es necesario establecer con respecto a qué y sobre que recae; esto implica que no se puede hablar de igualdad si no se está en condiciones de responder a las siguientes dos preguntas: ¿igualdad entre

⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 385.

⁶⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. Cap. IX. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la corte Constitucional. I. El principio de igualdad. En: El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 257.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 388.

⁶⁹ Ibid., p. 395.

⁷⁰ Ibid., p. 418.

⁷¹ Así explicaba el autor italiano Norberto Bobbio en su texto “Igualdad y libertad”, que al escuchar la frase “todos los hombres son iguales”, se debía entender que la igualdad no se refiere a una cualidad de un hombre, sino a un cierto tipo de relación entre los entes que forman parte de la categoría abstracta de la humanidad. En: BOBBIO, Norberto. Igualdad y Libertad. Madrid: Paidós Ibérica, 1977. p. 55.

quienes? e ¿igualdad entre qué?⁷², lo cual permite encausar la discusión respecto de un faro de análisis, que fija la pauta o el criterio base con el que se procederá a realizar en análisis en términos de igualdad, a saber la llamada *tertium comparationis*⁷³.

La llamada *tertium comparationis* implica aceptar que “igualdad e igual son predicados incompletos que necesariamente generan una pregunta: ¿igualdad respecto a qué? La igualdad esencialmente contiene en una relación tripartita entre dos (o más) objetos o personas y una (o más) “cualidades”. Dos objetos a y b son iguales respecto a algo, en ese sentido, ellos son analizados bajo los mismos términos generales. La igualdad denota la relación entre objetos que son comparados [...]”⁷⁴. A continuación, se grafica dicha relación tripartita, en aras de brindar más claridad al respecto:

Gráfico 8. Estructura de la Tertium Comparationis



Fuente: Elaboración propia.

En la misma dirección, vale la pena señalar que la Corte Constitucional Colombia se ha referido a la *tertium comparationis* en numerosas oportunidades⁷⁵, de cara particularmente, a la realización de los llamados “juicios de igualdad”, “juicios de proporcionalidad”, o “juicios de igualdad integrados”; al respecto, esto es, sobre la definición del concepto de *tertium comparationis*, la Corte inicialmente en sentencia T-422 de 1992, afirmó lo siguiente:

“La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los “términos de comparación”. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado **tertium comparationis**, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad”⁷⁶. (Negrita original del texto).

Posteriormente, y siguiendo la misma línea argumentativa, esta Corporación realizó otros intentos de definición del concepto en comento, de los cuales resulta destacable el incluido en la sentencia C-748 de 2009, en donde se mencionó lo siguiente:

⁷² Ibid., p. 54.

⁷³ GOSEPATH. Op. cit., p. 2.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Con la simple intensión enunciativa, se mencionan las siguientes: Sentencia T-422 de 1992, Sentencia T-500 de 2002, Sentencia C-868 de 2008, Sentencia C-784 de 2009, Sentencia C-015 de 2014, Sentencia C-601 de 2015 y Sentencia C-104 de 2016.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Según ha precisado esta Corporación, el control judicial del respeto al derecho fundamental a la igualdad de trato es una operación compleja, en atención a que no existen en sí mismas situaciones o personas que sean totalmente iguales o totalmente diferentes, de suerte que las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, similitudes o diferencias, desde cierto punto de vista.

Por lo tanto, la Corte Constitucional ha establecido que para precisar si el trato diferente a dos grupos de situaciones o personas trasgrede el derecho a la igualdad es necesario establecer un **criterio de comparación, o tertium comparationis**, a partir del cual se pueda determinar si aquéllas son iguales o no, criterio que no puede resultar arbitrario, sino que debe ser relevante, en atención a la finalidad que persigue el trato normativo que se analiza.

Conforme a lo anterior, es dado precisar un poco más el alcance de la igualdad, en el sentido de que dicho principio exige que deben ser tratadas de la misma forma dos situaciones que resulten altamente similares, desde un punto de vista concreto o tertium comparationis, que sea relevante, de acuerdo con la finalidad perseguida por la norma analizada”⁷⁷. (Negritas mías)

En ese sentido, es claro que nuestra máxima Corporación judicial, reconoce que el criterio de la tertium comparationis es un elemento vital, de cara a la composición de la llamada relación tripartita necesaria para predicar la igualdad entre dos cosas o personas.

Así mismo, se debe señalar que la igualdad es pasible de definirse a través de dos acepciones, una descriptiva y otra prescriptiva. En el sentido prescriptivo, la igualdad es identificada como un concepto altamente controversial. De hecho, como lo menciona el filósofo alemán Stefan Gosepath,

“[...] al menos desde la Revolución Francesa, la igualdad ha servido como unas de las ideas líderes del cuerpo político; en ese sentido, en los días actuales es probablemente la más controversial de las grandes ideas sociales. Hay una controversia concerniente a la precisa definición de igualdad, la relación de justicia e igualdad (los principios de igualdad) los materiales requeridos y la medida ideal de la igualdad (¿Igualdad de qué?) la extensión de la igualdad (Igualdad entre quienes), y su estatus en la comprensiva teoría liberal de la justicia”⁷⁸.

Esta noción de igualdad – la prescriptiva- tiene un marcado carácter valorativo, pues implica aceptar la existencia de una cercana conexión con la moralidad y la justicia en general, y con la distributiva en particular⁷⁹. De otro lado, en el caso del uso descriptivo de la igualdad, se tiene que este es aplicado cuando hay un estándar común entre las dos cosas que se comparan, y que es en sí mismo descriptivo, por ejemplo, cuando se dice que “dos personas pesan lo mismo”⁸⁰.

De otro lado, para lograr una efectiva delimitación del contorno del concepto de “igualdad”, resulta necesario diferenciar esta palabra del concepto de “identidad”, pues este último concepto significa “que uno y el mismo objeto corresponde a el mismo en todas sus facetas: un objeto puede ser referido a través de varios términos individuales, nombres propios, o descripciones”⁸¹. Asimismo, también es necesario distinguir la igualdad de la semejanza, pues este concepto solo genera una aproximada correspondencia; luego es claro que el concepto de igualdad e relaciona más con el de similitud que con el de uniformidad⁸².

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-784 de 2009. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁸ GOSEPATH, Op. cit., p. 1.

⁷⁹ Ibid., p. 3.

⁸⁰ Ibid., p. 2.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

En ese sentido, en los párrafos a tratar se realizará un análisis de los principales postulados de cada uno de los cuatro autores citados, con el objetivo de arribar a un concepto de igualdad, que permita comprender y evaluar el fenómeno actual de la evidente desigualdad en la que se envuelven las relaciones del Sistema de SS colombiano.

2.1 LA PROPUESTA DE JHON RAWLS: IGUALDAD DE BIENES SOCIALES PRIMARIOS.

Esta teoría parte de un supuesto teórico muy importante: el neocontractualismo, según el cual:

“[...] las personas racionales en el escenario igualitario de la posición social originaria, bajo unas determinadas condiciones de conocimiento y motivación, y desde su particular concepción del bien, disponiendo en igualdad de los bienes sociales primarios, elegirán unos determinados principios de justicia para lograr una sociedad justa. Estos principios de justicia, el principio de igualdad libertad, el de equitativa igualdad de oportunidades, y el principio de la diferencia destinados a regir la estructura básica de la sociedad, les permitirán distribuir igualitariamente los bienes sociales primarios y definir las posiciones sociales relevantes que las personas ocuparán en la sociedad”⁸³.

En ese sentido, es claro que la teoría Rawlsiana parte de un supuesto consensual, en donde todos los sujetos son quienes se pondrán de acuerdo en el contexto primigenio de igualdad absoluta, sobre las reglas a través de las cuales se distribuirán igualitariamente los bienes sociales primarios, y las posiciones sociales relevantes.

Sin embargo, aunque prima facie la postura ideológica de Rawls parte de una supuesta distribución igualitaria, lo cierto es que al realizar una lectura más profunda de su discurso no es difícil encontrarse con aseveraciones que apuntan a determinar que en algunos casos, es factible y prudente que “se permita la desigualdad, cuando sea para el beneficio de todos o de los menos aventajados en un marco de eficiencia paretiana”⁸⁴.

Estos primeros acercamientos sobre la teoría rawlsiana, son solo una apertura de los puntos más relevantes de su teoría, los cuales serán abordados a continuación. Aunque, realizar una selección de los principales conceptos desarrollados por John Rawls no es una tarea fácil, se considera pertinente, a la luz del objetivo del presente texto, analizar particularmente los siguientes tres elementos de su teoría, a saber: (i) el concepto de la posición originaria y el hombre racional que reside en esta, (ii) las nociones de bienes sociales primarios y las posiciones sociales relevantes, y (iii) los principios de justicia.

Posición originaria y hombre racional.

La posición originaria consiste en el punto de partida de la teoría de Rawls, esto es, el escenario en el cual comienza todo el proceso de distribución de los bienes, y más concretamente aquel en donde las personas deciden sobre los principios básicos de justicia que conforman la estructura fundante de la sociedad; todo ello, bajo una especial situación cognitiva que el mismo Rawls denomina, el “velo de la ignorancia”.

Sin duda alguna, esta posición originaria tiene unos estrechos vínculos con la tradicional teoría contractualista, pero difiere en la manera que se concibe al hombre con un ser bueno, esto es a través de una postura de positivismo antropológico, pero en donde además todos los seres que la conforman gozan de una racionalidad particular que los permite tener un sentido de justicia; concepto que resulta fundamental para su teoría, y que el mismo Rawls define de la siguiente manera:

⁸³RIBOTTA, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010, p. 123.

⁸⁴Ibid.

“La concepción de justicia que quisiera desarrollar puede enunciarse mediante los dos principios siguientes: primero, cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad, compatible con una similar libertad para todos; y segundo, las decisiones son arbitrarias a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundaran en provecho de todos, y siempre que las posiciones o cargos a las que estas están adscritas, o desde lo que pueden conseguirse, sea accesibles a todos. Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyen al bien común [...]”⁸⁵.

La particular versión que Rawls adopta sobre el contractualismo, y que resulta ser el fundamento de la parte inicial de su teoría, puede ser comprendida en sus mismas palabras de la siguiente manera:

“A diferencia de lo que ocurre en las diversas concepciones del contrato social, las distintas partes no establecen ninguna sociedad o practica concreta, no pactan obedecer a un cuerpo soberano, ni aceptar una constitución determinada. Tampoco deciden como en la teoría de los juegos, acerca de las estrategias individuales a las circunstancias en que respectivamente se encuentra el juego. Lo que las partes hacen es reconocer de consuno, ciertos principios de valoración relativos a sus prácticas comunes, establecidas ya o meramente propuestas”⁸⁶.

Esta justicia a la cual hace referencia Rawls, se logra a través de un marco consensual, presupuesto fundamental de la su teoría, según el cual las personas tienen unas especiales condiciones de conocimiento y de motivación que permiten garantizar equidad en las elecciones, y que sobre todo permiten que estas puedan llegar a una conceptualización pública de la justicia⁸⁷.

Esta noción pública de la justicia, que supone la base de su *Teoría de la justicia*, está sustentada además en la teoría de la elección racional., según la cual en virtud de que todas las personas inicialmente se encuentran cubiertas bajo el velo de la ignorancia, podrán llegar más fácilmente a consensos, y en consecuencia podrán tomar una elección racional más de una manera más sencilla. Este velo de la ignorancia implica que, en la posición original, “nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición de clase o su estrato social, ni su fortuna en la distribución de ventajas y habilidades naturales su inteligencia, fuerza y otras cosas semejantes. Y más aún, en la que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones del bien o sus especiales inclinaciones psicológicas”⁸⁸.

Con fundamento en los argumentos expuestos, Rawls llega a una definición de sociedad humana, en los siguientes términos: “la sociedad humana es una asociación más o menos autosuficiente regulada por una concepción común de justicia y orientada a promover el bien de sus miembros”⁸⁹, pero a renglón seguido agrega que, al ser una empresa cooperativa para el mutuo provecho, es natural que en la misma emerjan conflictos de intereses, de cara a los deseos, objetivos y necesidades individuales. En ese sentido, Rawls afirma que una teoría de la justicia debe “definir una serie de principios para elegir entre los arreglos sociales que determinan ese reparto, y para suscribir un consenso en cuanto a las cuotas distributivas apropiadas”⁹⁰.

⁸⁵RAWLS. John. La justicia como equidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002. p. 61.

⁸⁶Ibid., p. 88.

⁸⁷RIBOTTA. Op. cit., p. 127.

⁸⁸ Ibid. p. 129.

⁸⁹ RAWLS. Op. cit., p. 123.

⁹⁰ Ibid.

Bienes sociales primarios y posiciones sociales relevantes.

Los bienes sociales primarios y las posiciones sociales relevantes son la columna vertebral de la teoría de Rawls, pues es precisamente aquello que debe ser distribuido, en principio, equitativamente entre los hombres.

En ese contexto, para tener una mayor comprensión de los conceptos principales de la teoría rawlsiana se debe partir por señalar que Rawls realiza una clasificación de los bienes sociales primarios, en bienes sociales y bienes naturales; siendo los primeros, aquellos que aquellos que se supone que uno hombre racional quiere además de cualquier otra cosa que quiera, un ejemplo de estos bienes son los derechos, las libertades, las oportunidades, el ingreso, la riqueza, el sentimiento de la persona de su propio valor, entre otros⁹¹. De otro lado, los bienes naturales “...son aquellos que no están directamente bajo el control de la estructura básica, como la salud, el vigor, la inteligencia y la imaginación...”⁹².

El segundo concepto fundamental de la teoría rawlsiana, es el de las “posiciones oscilantes relevantes”. Estas posiciones se refieren a los roles que las personas ostentaran dentro de una sociedad, dependiendo de sus capacidades personales, según lo cual quien sea más aventajado gozara de unas mejores posiciones sociales relevantes, que un “menos aventajado”; el cual es definido por Rawls como “...aquellas personas cuyo origen familiar y de clase está más desventajada que el de otros, cuyas capacidades naturales les permiten vivir menos bien, y cuya fortuna y suerte en el curso de sus vidas les han hecho menos felices dentro del ámbito normal...”⁹³. A su vez, Rawls establece una clasificación de estas posiciones sociales, pasible de ser entendida de la siguiente manera:

“Cada persona refiere, ostenta dos posiciones sociales relevantes: la de igual ciudadanía, y la definida por su lugar en la distribución del ingreso y la riqueza, (...) La primera, la define por los derechos y las libertades requeridas por el principio de igual libertad, y el principio de equitativa igualdad de oportunidades, que cuando son satisfechos hacen que todos los ciudadanos sean iguales y todos detenten la misma posición. La segunda guarda relación con las diferentes expectativas por la desigual distribución de los bienes primarios y permite juzgar las desigualdades económicas y sociales como íntimamente relacionadas con las diferencias en autoridad y responsabilidad, y presenta como complejidad la definición del grupo de los menos aventajados”⁹⁴.

Los principios de justicia.

Como es bien sabido la teoría rawlsiana de la justicia, se conoce por el entendimiento que este autor hace de la justicia como equidad, según la cual es posible coordinar la libertad y la igualdad mediante “dos principios de justicia que estipulan un igual sistema de libertades básicas para todos, una equitativa igualdad de oportunidades y unas desigualdades sociales y económicas cuando sean para beneficio de todos o de los menos aventajados de la sociedad”⁹⁵. Tales principios corresponden de un lado, a las libertades básicas que han de corresponder a todos, como lo es la libertad política, la libertad de expresión, de reunión, la libertad de conciencia y pensamiento, entre otros; y de otro lado, el segundo principio hace referencia a la distribución del

⁹¹ RIBOTTA. Op. cit., p. 133.

⁹² Ibid.

⁹³ RAWLS. John. Teoría de la justicia. 1971. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 119.

⁹⁴ RIBOTTA. Op. cit., p. 136.

⁹⁵ Ibid., p. 138.

ingreso y de la riqueza, la cual no necesita ser igual, pero si ventajosa para todos o por lo menos para los más aventajados⁹⁶. En términos de Rawls estos dos principios son pasibles de ser expresados de la siguiente manera:

“1. Cada persona tiene un igual derecho al más amplio esquema de iguales libertades básicas compatible con un esquema similar de libertades para todos.

2. Las desiguales económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: tienen que a) ser para el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad, y b) estar adscritos a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades”⁹⁷.

Según la jurista argentina Silvana Ribotta, este último principio es pasible de entenderse a través de la esquematización de los siguientes dos principios: (i) “la distribución de participaciones es una cuestión de justicia procedimental pura, donde lo esencial es estructurar el sistema de tal forma que los resultados que se obtengan sean siempre justos”⁹⁸, y (ii), “las desigualdades sociales y económicas habrán de ser dispuestas de modo que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos o las desigualdades sociales y económicas deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad”⁹⁹.

En ese sentido, es claro que este según principio se rige por una óptica paretiana, según la cual el bienestar de un grupo está en su punto óptimo, cuando es imposible que ninguno mejore sin que al mismo tiempo empeore al menos otro¹⁰⁰. Es necesario prestar especial atención a este último principio, pues implica aceptar que “una desigualdad permite solo si hay razón para creer que la institución con la desigualdad, o permitiéndola, redundara en beneficio de toda persona que tome parte en ella (...) con lo cual, todas las desigualdades que afecten perspectivas vitales, por ejemplo, las desigualdades de renta y de riqueza que existen entre las clases sociales, tienen que ser en provecho de todos”¹⁰¹. En el escenario práctico de la distribución de los recursos, ello implica que una asignación concreta será óptima, solo si hay distribución alguna que mejore la posición de un individuo, sin mejorar la del otro; o que, garantice que los que hayan sido beneficiados por la naturaleza, puedan beneficiarse de su suerte solo en caso de que ello, mejore el bienestar de quienes han salido perdiendo; con lo cual, los naturalmente aventajados o han de ganar simplemente por estar mejor dotados, sino por “[...] cubrir los costes de adiestrar y cultivar sus dotes, para llevarles a emplearlos de modo que mejoren la posición de los menos aventajados”¹⁰². Ello, genera una suerte de reciprocidad¹⁰³, que resulta ser fundamental de cara a la estructuración de la justicia procedimental de Rawls.

En suma, los dos principios base de la teoría rawlsiana, implican de un lado (i), que “toda persona que tome parte en una institución o se vea afectada por ella, tiene derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos”¹⁰⁴, y de otro lado que, (ii) “las desigualdades en tanto que definidas o alentadas por la estructura institucional, son arbitrarias a no ser que sea razonable esperar que redunden en provecho de todos, y con tal que las

⁹⁶ Ibid., p. 140.

⁹⁷ RAWLS. La justicia como equidad. Op. cit., p. 266.

⁹⁸ RIBOTTA. Op. cit., p. 150.

⁹⁹ Ibid., p. 152.

¹⁰⁰ RAWLS. La justicia como equidad. Op. cit., p. 128.

¹⁰¹ Ibid., p. 127.

¹⁰² Ibid., p. 132.

¹⁰³ Ibid., p. 144.

¹⁰⁴ Ibid., p. 126.

posiciones y los cargos a los que estén adscritas o desde las que puedan ser ganadas, sean accesibles a todos”¹⁰⁵.

Con lo cual, –como lo define Rawls– se establecerán los principios distributivos básicos, que permitirán que haya una correcta asignación de derechos y deberes a lo largo de toda la estructura social¹⁰⁶, centrándose particularmente en aquellas desigualdades que se presumen como inevitables dentro de toda sociedad, como aquellas que tienen por fuente las clases sociales y las posibilidades económicas y sociales de los individuos¹⁰⁷. Es por ello, que estos principios deben ser entendidos como máximas que se encargan de asignar derechos, deberes y ventajas, y resultan del punto primigenio de su teoría, a saber, el escenario contractual en donde los hombres pese a que son racionales y libres se encuentran cubiertos por el velo de la ignorancia, lo cual, genera que sus decisiones sean imparciales.

En suma, es claro que la propuesta rawlsiana pasa por no agregar los intereses individuales, como hace el utilitarismo, y garantizar: (i) un conjunto igual de libertades básicas para todos mediante el principio de la igual libertad-, (ii) el acceso justo a las distintas posiciones sociales a través del principio de la justa igualdad de oportunidades-, y (iii) la estructuración de las desigualdades económicas de tal modo que, utilizando un sistema de transferencias, se beneficie al máximo a los peor situados económicamente según el principio de la diferencia.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

2.2 LA PROPUESTA DE RONALD DWORKIN: IGUALDAD DE RECURSOS.

Dworkin es un liberal igualitario en cuanto su misma idea de la libertad se confunde en cierto modo con el postulado del derecho fundamental a igual consideración y respeto, puesto que éste se basa en la autonomía de los sujetos para establecer sus propios planes de vida y llevar una existencia conforme a éstos, sin que el Estado, una mayoría cualquiera, ni nadie en particular, puedan imponer un plan uniforme y privar de reconocimiento y respeto a los que se aparten de él.

La propuesta de Ronald Dworkin supone una concepción de la justicia sustentada en el concepto de los recursos; en consecuencia, la justicia se medirá por los recursos que tengan las personas y no por el bienestar que obtengan con ellos; razón por la cual, en gran parte de su construcción teórica, Dworkin parte por una delimitación conceptual de los recursos, en oposición a la teoría de la *igualdad de bienestar*. A manera de ejemplo, Dworkin señala que en el caso de que un padre quiera dejar una herencia a sus cuatro hijos –los cuales, poseen diferentes gustos y necesidades–, si su objetivo fuese la igualdad de bienestar, debería tener en cuenta las diferencias entre sus hijos, razón por la cual no les dejaría partes iguales, pues como él mismo señala, la concepción de la igualdad de bienestar apunta a un concepto instrumental y métrico, según el cual los recursos son valiosos siempre que produzcan bienestar¹⁰⁸; pero si por el contrario, su objetivo es la igualdad de recursos, entonces suponiendo que sus hijos tengan más o menos la misma riqueza, haría una distribución equitativa de su herencia entre los mismos¹⁰⁹.

En ese sentido, y después de haber atacado la relatividad de la teoría de la *igualdad de bienestar*, Dworkin señala que considera más prudente optar por la teoría alternativa de la *igualdad de recursos*. Al respecto, el filósofo estadounidense señala que la distribución equitativa de los recursos implica asignar una porción equitativa de recursos a cada uno, con lo cual la dicha obtenida se tendrá por será justa. Así mismo, antes de ahondar en la teoría de este autor, se debe señalar que “la igualdad de recursos es una cuestión referente a la igualdad de los recursos que los individuos poseen en una forma privada, dejando fuera a la igualdad de poder político y de igualdad sobre los recursos que posean en forma pública o común”¹¹⁰.

Hechas las anteriores precisiones respecto del concepto de igualdad que, en rasgos generales, es definido por Dworkin, en los apartes siguientes se pasa a exponer los principales elementos a través de los cuales el filósofo estadounidense estructura su teoría de la justicia, los cuales corresponden a: (i) el mercado, como el escenario base en que se tejen las relaciones sociales de igualdad y (ii) el seguro como garantía de igualdad de los recursos.

A continuación, se desarrollará el análisis de cada uno de estos elementos:

(i) El mercado como escenario igualador.

Dworkin parte de una idea que pareciera por lo menos ser algo inusitada: el mercado, esto es, el tradicional espacio que habitualmente ha sido criticado y valorado como enemigo de la igualdad, es a su vez un escenario propicio para entender el concepto igualdad, y para

¹⁰⁸ DWORKIN. Op. cit., p. 24.

¹⁰⁹ Ibid., p. 22.

¹¹⁰ RIBOTTA. Op. cit., p. 163.

materializar la concreción de la misma. Frente a ello Dworkin “defiende la idea de que el mercado económico, como mecanismo para establecer precios de una gran variedad de bienes y servicios, se halla en el centro de cualquier desarrollo teórico sobre la igualdad de recursos”¹¹¹. Ello en palabras del propio Dworkin puede ser leído de la siguiente manera: “[...] una división equitativa de los recursos supone un mercado económico de algún tipo, como institución política real”¹¹².

Dworkin empieza su estrategia requiriendo al lector que se imagine a un conjunto de supervivientes de un naufragio que han sido arrastrados a una isla desierta con abundantes recursos y sin población nativa. En este contexto, y en atención a que lo más probable es que los náufragos decidan repartirse los recursos disponibles e iniciar su vida en la isla, para simplificar el planteamiento inicial del problema Dworkin estipula que “todos los inmigrantes son lo bastante iguales en talentos” de modo que “cada uno puede producir los mismos bienes con los mismos recursos”. Una vez hechas esta caracterización, Dworkin señala que los inmigrantes seleccionaron a uno de ellos, para que realizare una distribución equitativa de los recursos existentes; la cual, pese a lo compleja que pueda resultar – teniendo en cuenta la dificultad de dividir matemáticamente y de manera precisa vacas, leche y otros recursos¹¹³-, es finalmente lograda por el inmigrante seleccionado.

Sin embargo, Dworkin señala que para alcanzar una distribución justa, será necesario que todos los inmigrantes, acepten las siguientes dos premisas: (i) “el principio según el cual nadie ostenta un título sobre ninguno de los recursos, sino que todos deben ser divididos igualitariamente entre ellos,” y (ii) el test de la envidia¹¹⁴ que dice que “ninguna división de recursos es una división equitativa si, luego de realizado el reparto de los mismos, cualquier persona prefiere el paquete de recursos de otra persona al propio suyo”¹¹⁵.

Sin embargo, la propuesta de Dworkin para distribuir los recursos de un modo que supere el test de la envidia, parte de la creación de un procedimiento que registre las preferencias de los náufragos sobre los recursos existentes en la isla, pues en caso de no tener en cuenta los mismos, lo más seguro es que se llegue a una distribución inequitativa, la cual al analizarse a la luz de la prueba de la envidia, daría como resultado la posible insatisfacción de alguno de los inmigrantes, respecto de aquello que le correspondió. En ese contexto, teniendo en cuenta que la existencia de las múltiples preferencias de cada uno de los migrantes, y la dificultad de realizar una distribución matemática de los recursos, podría generar un latente riesgo de arbitrariedad e injusticia en la distribución, Dworkin propone dejar todo librado a la estrategia del azar, o mejor llamada la *subasta*.

Para Dworkin, el primero paso de la subasta consiste en dar a cada inmigrante una cantidad igual de conchas que podrá utilizar para pujar por los bienes que prefiera – las conchas carecerán de valor después de la subasta-. Cuando todos los bienes han sido subastados cada uno se encuentra en manos del náufrago que tenía una preferencia más fuerte por él y nadie prefiere

¹¹¹ Ibid., p. 164.

¹¹² DWORKIN. Op. cit., p. 75.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ La jurista argentina Silvina Ribotta hace una crítica al “test de la envidia”, al afirmar que “...la prueba de la envidia solo se puede jugar en un escenario en el que nadie se encuentre favorecido en términos de asignaciones naturales, con lo que queda vedado para el mundo real, donde algunas diferencias naturales – como discapacidades o enfermedades- no serán elegidas por nadie [...]” RIBOTTA. Op. cit., p. 174.

¹¹⁵ DWORKIN. Op. cit., p. 75.

los recursos de otro ya que, de ser así, habría pujado más alto por ellos. La subasta genera una situación hipotética, en donde la distribución estará libre de envidia y será totalmente sensible a las elecciones y preferencias individuales. En palabras de Dworkin, “el conjunto real de paquetes tiene el mérito de que cada persona, mediante sus compras con una cantidad equitativa de fichas, desempeñe un papel equitativo a la hora de determinar el conjunto de paquetes elegidos realmente. Nadie se halla en la posición de aquella persona de nuestro primer ejemplo que se encontró con lo que odiaba”¹¹⁶. Sin embargo, Dworkin no descarta que la suerte desempeñe cierto papel a la hora de determinar cuan satisfecho se halla alguien con el resultado obtenido después de la subasta¹¹⁷.

Pero Dworkin es consiente que el escenario hipoteco planteado, no es suficiente para responder a la complejidad social real, en donde por naturaleza existen muchos seres humanos que tiene una menor cantidad o calidad de capacidades. En ese sentido, si abandonamos la presunción, altamente abstracta, de que las capacidades físicas y mentales de los náufragos son distintas y consideramos que sus talentos y su salud varían, es evidente que las desigualdades emergentes serán todavía mayores. En este punto es necesario introducir una distinción que hace Dworkin y que ha sido incorporada, aunque con modificaciones, en las distintas formas de igualitarismo de la suerte, a saber, aquella que divide la suerte en opcional y bruta.

El primero de los conceptos, a saber, la suerte opcional hace referencia a “cuan deliberadas y calculadas resultan las apuestas: es cuestión de si alguien gana o pierde al aceptar un riesgo aislado que debería haber sido anticipado y podría haber sido rechazado”¹¹⁸. De otro lado, la suerte bruta, en cambio, alude a los resultados de riesgos que no son apuestas deliberadas¹¹⁹. A manera de ejemplo, para garantizar una mejor comprensión de esos conceptos Dworkin señala que

“si compro valores de bolsa en alza, entonces mi surte opcional es buena. Si me golpea un meteorito cuya trayectoria no podía haber predicho, entonces mi mala suerte es bruta (...) si una persona desarrolla un cáncer en el curso de una vida normal, y no hay ninguna decisión concreta a la que podamos apuntar como suerte de apuesta que entraña el riesgo de contraer esa enfermedad, entonces diremos que se trata de mala suerte bruta, pero si se trata de un fumador empedernido, entonces quizá prefiramos decir que apostó sin éxito”¹²⁰.

Los resultados que son fruto de la suerte opcional contienen un componente azaroso importante, pero están originados por una decisión voluntaria; por ello, es dable afirmar que la suerte opcional, a diferencia de la bruta, es evitable. A juicio de Dworkin, este hecho permite atribuir responsabilidad a los individuos por las consecuencias de su suerte opcional y eximirles de responsabilidad por las consecuencias de su suerte bruta y, en consecuencia, justifica dejar intactas las primeras y corregir sólo las segundas.

El seguro como garantía de igualdad de los recursos.

Lo único que nos queda por determinar ahora es qué compensación merecen los individuos que tienen mala suerte bruta. ¿Debe una sociedad corregir cualquier desventaja que sus miembros padezcan involuntariamente? ¿Qué supone corregir una desventaja? ¿Implica neutralizarla

¹¹⁶ Ibid., p. 79.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid., p. 84.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

totalmente o simplemente mitigarla? Para contestar estas preguntas debemos introducir el mecanismo que complementa la subasta: el seguro hipotético.

El seguro corresponde a la propuesta de Dworkin de cara a aquellos eventos en donde la vida de los sujetos se ve opacada por la llamada “suerte bruta”; ello implica que “aunque los efectos de la suerte bruta no pueden preverse ni es cuestión de riesgos, las personas pueden valorar asegurarse frente a ciertas eventualidades que, de producirse, disminuiría o aumentaría, sus recursos”¹²¹.

Para evitar este tipo de distorsión, Dworkin sustituye el mercado de seguros real por uno hipotético que incluye una especie de velo de la ignorancia fino. Sugiere obligar a todos los naufragos a comprar la prima correspondiente al seguro que contrataría el naufrago medio conociendo la distribución de ventajas y desventajas en la isla y asumiendo que sus probabilidades de sufrir algún tipo de desventaja son iguales a las de los demás. La cantidad recaudada servirá para compensar a las víctimas de la mala suerte bruta. En otras palabras, la solución que se propone para que la subasta pueda superar la prueba de la envidia contemplando las situaciones de desventajas naturales, es a través del pago previo en la subasta de “todos estos gastos extras que generan desventajas naturales, al margen de la provisión general de recursos, para luego dividir de forma igualitaria los recursos sociales que queden mediante subasta”¹²².

No obstante lo anterior, debe señalarse que Dworkin centra su atención, como elemento para definir cuando se está en presencia de una suerte opcional o de una suerte bruta, en el poder de decisión de asunción de riesgos con el que contamos los seres humanos -que se concretiza en la voluntad de “hacernos a un seguro”-, y no en la configuración misma de aquel lamentable hecho imprevisto, que nos hace caer en la suerte bruta. Para graficar ello, Dworkin señala – a manera de ejemplo- el caso de dos personas que llevan más o menos la misma vida, y que en un mismo accidente pierden su visión. A renglón seguido, señala que las dos personas tenían conocimiento de una cierta probabilidad de ocurrencia del accidente, y así mismo conocían tuvieron la misma oportunidad de hacerse a un seguro, pero que por diferentes razones, como el orden de prioridades, estilos de vida, y personalidades, solo una de las dos personas decidió de manera previa al accidente, hacerse a un seguro. En ese sentido, Dworkin señala que no es posible recargar la responsabilidad y el infortunio de la persona que perdió la vista y no se hizo al seguro, en aquella que, a través de una acertada y sensata decisión, si decidió hacerse al seguro. En palabras de Dworkin:

“[...] en cualquier caso, la idea de igualdad de recursos, al margen de cualquier añadido paternalista, no defendería de por sí que se redistribuyeran recursos de la persona que se ha hecho un seguro para dárselos a aquella que no se lo ha hecho, en caso de que, desgraciadamente, ambas se quedaran ciegas en mismo accidente. Pues el hecho de disponer de un seguro significaría que, aunque ambas hayan tenido mala suerte bruta, la diferencia entre las dos había sido una cuestión de suerte opcional. Pero la situación no puede ser diferente si la persona que decide hacerse a un seguro es la única que se queda ciega, puesto que de nuevo la diferencia es una diferencia de suerte opcional con un telón de fondo de igualdad de oportunidades de hacerse o no a un seguro [...]”¹²³.

Al respecto, la autora Silvina Ribotta hace una crítica, pues afirma que esta teoría solo supone una solución “paleativa”, pues en su opinión:

¹²¹ RIBOTTA. Op. cit., p. 171.

¹²² Ibid., p. 174.

¹²³ DWORKIN. Op. cit., p. 93.

“Igualmente, esta especie de compensación que Dworkin plantea con la entrega de recursos previa a la subasta resulta del todo insuficiente para lograr el fin que supuestamente persigue, ya que ninguna cantidad de recursos compensa completamente algunas desventajas naturales, a la vez que resulta complejo determinar adecuadamente la medición de estas desventajas para la compensación y la valoración de la compensación de cada una de las personas afectadas. La compensación siempre sería una especie de parche, nunca haría desaparecer absolutamente la desventaja, solo le daría más recursos para poder enfrentarla [...]”¹²⁴.

Vale la pena resaltar que esta teoría del seguro elaborada por Dworkin, tiene por principales destinatarios a las personas que tienen graves discapacidades¹²⁵, pues el asume que solo por este hecho contarán con menos recursos que los otros; razón por la cual resulta necesario acudir a una especie de estrategia de compensación, que garantice un mejoramiento de las o reducción de las desigualdades a que se ven enfrentadas estas personas. En palabras de Dworkin, “...En un plan dedicado a la igualdad de recursos, esta circunstancia justifica la compensación, y aunque el mercado hipotético de recursos no corrija el equilibrio –nada puede corregirlo– trata de remediar un aspecto de injusticia resultante [...]”¹²⁶.

Así mismo, resulta de particular interés la aplicación que el filósofo estadounidense hace de su teoría en el marco del escenario laboral, y más concretamente de los salarios. Para dar cuenta de la aplicabilidad de su teoría en el mercado del trabajo, Dworkin continuando con su ejemplo inicial de los inmigrantes –al cual nombra como “Adrián” –, señala el evento en el que uno de ellos, resulte ser muy competente en la producción de tomates, con lo cual podría intercambiar su excedente por cosas que nadie puede adquirir, lo que conllevaría a que el resto de los inmigrantes tuviese envidia de sus recursos¹²⁷. Lo anterior, trae una evidente consecuencia: una fractura respecto de las condiciones iniciales desde las que cada uno de los inmigrantes partió, e inmediatamente conlleva a preguntarse si ¿acaso estos nuevos recursos deben o no ser respetados y tenidos como legítimos por el resto de los inmigrantes? Al respecto Dworkin ofrece la siguiente respuesta:

“La esencia de la igualdad de recursos es radicalmente diferente: se trata de que las personas deben tener a su disposición los mismos recursos externos para hacer con ello lo que puedan, dadas sus diversas características y aptitudes. Esa esencia se satisface mediante una subasta inicial, pero puesto que la gente es diferente, no es necesario, ni deseable que los recursos sigan siendo equitativos posteriormente y resulta casi imposible que se elimine toda envidia mediante una distribución política. Si una persona, a costa de un esfuerzo supremo o de su talento, emplea parte equitativa para generar más recursos que otra, tiene derecho a beneficiarse de ello, pues su ganancia no se ha producido a expensas de alguien que ha hecho menos con su parte. Debemos reconocer que, precisamente ahora, cuando se ha concedido que la mayor diligencia debe ser compensada, se debe permitir que Adrián, que ha trabajado mucho, conserve las recompensas de su esfuerzo”¹²⁸.

Para finalizar, vale la pena señalar que el jurista norteamericano señala en una de sus principales obras – que por demás, ha sido la principal obra objeto de análisis en el presente texto- que la distribución de la riqueza es producto del orden legal. En palabras reiteradas del profesor

¹²⁴ RIBOTTA. Op. cit., p. 176.

¹²⁵ En efecto, en opinión de Dworkin, la subasta es la mejor estrategia para mantener a los discapacitados. DWORKIN. Op. cit., p. 93.

¹²⁶ Ibid., p. 92.

¹²⁷ Ibid., p. 93.

¹²⁸ Ibid., p. 96.

Dworkin: “En efecto, la distribución de la riqueza es producto del orden legal: la riqueza de un ciudadano depende enormemente de las leyes que haya promulgado su comunidad [...]”¹²⁹.

Lo anterior, resulta de especial importancia de cara al objeto de estudio particular de esta tesis, pues implica aceptar que muchas de las desigualdades de los seres humanos, de los trabajadores, y más concretamente de aquellas personas que esperan obtener una pensión, tienen por origen la legislación misma, quien a través de la introducción de tratamientos diferenciados – muchas de las veces injustificados- imposibilita la concreción de la teoría de Dworkin, en donde idealmente todos los sujetos inician su vida con una supuesta igualdad de recursos.

¹²⁹ Ibid., p. 11.

2.3 . LA PROPUESTA DE SEN: IGUALDAD DE CAPACIDADES BÁSICAS.

Para estructurar su teoría Sen parte de la afirmación de que los seres humanos, somos seres dotados de una gran diversidad, que nos hace ser diferentes desde variados puntos de vista, como los siguientes:

- "...La heterogeneidad personal: que se desprende de que todas las personas tienen diferentes características físicas asociadas a sus capacidades- discapacidades, a enfermedades o estados físicos, a la edad, al sexo y a roles de género, a las condiciones sociales, entre otras, que inciden en la cantidad de recursos o ingresos que requieren para obtener el mismo nivel de satisfacción de sus necesidades que otras personas.
- Diversidad relacionada con el medio ambiente, el clima, las condiciones epidemiológicas, que incluyen directamente en como las personas pueden utilizar diferentes niveles de ingresos y en cuantos ingresos requieren para el desarrollo de sus vidas.
- Diferencia de clima social que repercuten directamente en la calidad de vida de las personas, y que también están relacionadas a la peculiar situación histórica y política del escenario social en que las personas se encuentren.
- Diferencias de perspectivas relacionales, que se modifican culturalmente según costumbres y convenciones e influyen en las expectativas sociales y en los planes de vida de las personas y en los recursos que van a preferir para desarrollar los planes de vida.
- Distribución dentro de la familia, ya que la familia es una unidad básica que distribuye ingresos totales entre sus miembros mediante procedimientos básicos específicos que se relaciona con variables sociales, culturales, políticas e históricas que permiten desarrollar los logros individuales de cada uno de los miembros y globales de la familia analizada como un todo."¹³⁰

En ese sentido, es claro que los seres humanos somos significativamente diferentes, de cara a múltiples criterios; lo cual, conlleva a que cada uno tenga unas capacidades diferentes para convertir los recursos o bienes primarios en libertades y para elegir una vida y encaminar todas las acciones a la obtención de la misma. Por ello, este proceso resulta ser muy diferente para cada ser humano.

En la teoría de Sen, uno de los conceptos fundamentales es el de "funcionamiento", entendido como el valor o la función que cada persona les asigna a determinados recursos. Al respecto Sen, señala que "Los funcionamientos representan partes del estado de una persona; en particular, las cosas que logra hacer o ser al vivir"¹³¹.

En ese sentido, lo importante para Sen, no son los recursos mismos, sino el funcionamiento que estos pueden tener – por ejemplo, pueden haber funcionamientos muy elementales como tener buena salud y alimentación o funcionamientos más complejos, como alcanzar la auto dignidad e integrarse socialmente¹³²-, en aras de permitir el desarrollo del plan de vida trazado por la persona; en otras palabras, lo que realmente preocupa a Sen es la habilidad real de una persona

¹³⁰ RIBOTTA. Op. cit., p. 192.

¹³¹ SEN, Amartya. Capacidad y bienestar. *s.d.*, 1996. p. 56.

¹³² Ibid.

para lograr funcionamientos valiosos como parte de la vida¹³³. Sin embargo, Sen reconoce que existen unos recursos mínimos que deben estar destinados a la satisfacción de necesidades básicas, definidas como “aquellas cuya ausencia impide a una persona satisfacer necesidades básicas, lo que es diferente a obtener un determinado bienestar, ya que una persona puede necesitar algo que no desea de ninguna manera, y desear algo que no necesita”¹³⁴.

Otro concepto fundamental dentro de la teoría de Sen, es la *capacidad*, la cual es definida como “las combinaciones alternativas de los funcionamientos que una persona puede lograr, entre los cuales puede elegir una colección. El enfoque se basa en una visión de la vida en tanto combinación de varios “quehaceres y seres” en los que la calidad de vida debe evaluarse en términos de la capacidad para lograr funcionamientos valiosos”¹³⁵.

Es posible concatenar los conceptos expuestos hasta este punto de la siguiente manera:

“La capacidad es principalmente un reflejo de la libertad para alcanzar funcionamientos valiosos identificando las alternativas reales que se ofrecen a las personas, y como los funcionamientos son constitutivos del bienestar [...]”¹³⁶.

Sin embargo, para que la capacidad pueda llevar a cabo su trabajo, es necesario que la persona cuente con un amplio margen de libertad que le permita decidir en qué funcionamientos particulares deciden invertir sus capacidades. Al respecto Sen señala la existencia de 2 categorías contrapuestas, de las que posteriormente emergerán otras 4. Las dos categorías iniciales son, de un lado (i): la promoción de bienestar de la persona y la búsqueda de metas de agencia generales de la persona, y de otro lado (ii) el logro y la libertad de lograr. Una vez se entremezclan estas dos variables, emergen las siguientes cuatro: el logro de bienestar, el logro de agencia, la libertad de bienestar y la libertad de agencia¹³⁷.

Para la teoría de Sen, resulta de especial relevancia el concepto de libertad de bienestar, pues es a través de este que la persona podrá vivir, estar bien, y lograr los objetivos sociales y personales. En términos de Sen, “el actuar libremente y ser capaz de elegir puede conducir directamente al bienestar, no solo porque una mayor libertad puede hacer disponible un mayor número de opciones”¹³⁸. La importancia de estas opciones de agudiza, cuando se habla de la pobreza – tema que suele ser abordado por Sen-, pues para este autor la pobreza debe ser evitada a través de la concreción de capacidades básicas, que garanticen unos mínimos aceptables, los cuales solo son logrables a través de un ingreso mínimo aceptable¹³⁹.

Con base en todas las precisiones hechas en las líneas precedentes, y teniendo en cuenta los dos autores ya analizados, Sen afirma que “desde el enfoque de las capacidades consigue superar las respuestas de Rawls o de Dworkin, porque no solo apela a los instrumentos y medios para alcanzar el bienestar y la libertad, sino que refleja la libertad para buscar estos elementos constitutivos, y puede desempeñar un rol fundamental en el mismo bienestar”¹⁴⁰.

¹³³ Ibid., p. 55.

¹³⁴ RIBOTTA., Op. cit., p. 194.

¹³⁵ SEN. Capacidad y bienestar. Op. cit., p. 56.

¹³⁶ RIBOTTA. Op. cit., p. 197.

¹³⁷ SEN. Capacidad y bienestar. Op. cit., p. 56-57.

¹³⁸ Ibid., p. 65.

¹³⁹ Ibid., p. 69.

¹⁴⁰ RIBOTTA. Op. cit., p. 202.

2.4 LA PROPUESTA DE COHEN: IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS VENTAJAS.

El concepto clave a través del cual despegamos la teoría de Cohen, es el de ventaja; esta a su vez es entendida como “[...] una colección heterogénea de estados deseables de la persona que no se pueden reducir a paquetes de recursos ni a su nivel de bienestar, aunque incluye consideraciones de bienestar y se asemeja mucho a la idea de funcionamiento es la aceptación más amplia que utiliza Sen”¹⁴¹.

Ahora, el segundo concepto que también resulta fundamental para entender su teoría es el de acceso. Sobre ello, el autor en comentario ha señalado que esta definición no se trata de asunto librado al azar, pues por el contrario tiene un gran significado que se opone directamente al de igualdad de oportunidades para la ventaja. Según este autor, su posición garantiza de una manera mucho más efectiva y directa, que las personas puedan acceder a lo que deseen de una manera más equitativa. Al respecto, el autor señala que:

“Tener igualdad de oportunidades no es lo mismo, ni garantiza que las personas tengan acceso a las ventajas a las cuales tienen oportunidades. Las capacidades personales influyen demasiado en hacer realidad las oportunidades de las que disponemos, [...] Así, podemos tener las mismas oportunidades a la alago, tanto si somos fuertes e inteligentes como débiles y tontos, tanto si realmente podemos hacer uso de las oportunidades que tenemos como si no podemos utilizarlas adecuadamente. Por consiguiente, una igualdad en el acceso representa de forma más adecuada el reclamo igualitario [...]”¹⁴².

El igualitarismo radical de Cohen le lleva afirmar que una sociedad considerada justa no podría tolerar casi ninguna desigualdad en la distribución de cargas y beneficios entre los individuos que la integran. Y la crítica principal a Rawls es que las desigualdades toleradas en el marco de su teoría de justicia sobrepasan ampliamente el límite permitido para una propuesta denominada *igualitarista*.

En la crítica a la aplicación y al alcance del Principio de Diferencia de Rawls, Cohen ha trabajado en base a uno de los dos pilares normativos que recoge de la tradición socialista: el principio de igualdad. Este principio dice que “la cantidad de beneficios y cargas en la vida de una persona debería ser equiparable, aproximadamente, a la de cualquier otra”¹⁴³. De allí, esto es, precisamente en oposición a la teoría de los incentivos de Rawls, es que Gerald Cohen fundamenta parte importante de su teoría, pues según el filósofo canadiense, el papel que, en la teoría de Rawls juegan los incentivos diferenciales destinados a los más dotados de talento, sugiere pensar que estos incentivos están justificados porque son necesarios para que los talentosos generen la productividad extra que ayudará a los menos aventajados, al tiempo que Cohen niega este extremo al sostener que sólo son necesarios si se asume como dada la naturaleza egoísta de los más aventajados y se supone que no es necesario justificar comprensivamente el comportamiento maximizador que sostiene el argumento de los incentivos.

Si los beneficios y las cargas deben ser equiparables aproximadamente a la de cualquier otro en una sociedad dada, entonces esto implica dos cosas: a) que se debería intentar igualar las cargas

¹⁴¹ Ibid., p. 231.

¹⁴² Ibid., p. 232.

¹⁴³ COHEN, Gerard. Why not socialism? New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 61

y beneficios de las personas removiendo aquellas circunstancias que bloquean las oportunidades para el desarrollo de cada uno; b) dado que una sociedad es un sistema de interacciones, remover los obstáculos en las oportunidades de unos puede reducir las oportunidades de aquellos que se beneficiaban con la desigualdad en el reparto de cargas y beneficios. Es decir, una política que busque la igualdad social es, necesariamente, una política redistributiva.

Cohen amplía su significado con la estipulación de que también debe incluirse cualquier cosa que una persona realmente tenga en cuenta como algo a lo que ella tiene acceso, sin importar cómo lo ha obtenido y, por consiguiente, incluso si obtenerlo no ha implicado ninguna explotación del acceso en el sentido ordinario. Para Cohen, no ocurre ninguna desigualdad seria cuando todos poseen lo necesario, aunque no tengan que levantar un dedo para obtenerlo: “tal condición puede ser dolorosa de otras maneras, pero no puede criticarse ante el tribunal de la justicia igualitaria¹⁴⁴

Así mismo, Cohen afirma que su teoría ha superado lo planteado por Sen, en la medida en que, con base en sus postulados, es posible predicar que “...el acceso incluye la capacidad en sí misma, y la oportunidad para desarrollarla, o sea la posesión externa de los medios y la posibilidad de llevarlos a cabo...¹⁴⁵”.

Para finalizar, vale la pena hacer énfasis en que el criterio de justicia distributiva que adopta Cohen es insensible a la justificación de la desigualdad con base en el mérito, los derechos adquiridos o la utilidad. Pero esta exclusión también se establece en las diversas vertientes del liberalismo igualitario, en particular en la teoría de Rawls. Esta coincidencia hace que no sea fácil para los socialistas igualitarios dejar de lado la justificación de la desigualdad en base a los incentivos que sí aceptan Rawls y sus seguidores.

Todo el análisis de las diferentes posturas ideológicas y teóricas llevado a cabo en las líneas anteriores, tiene por objetivo servir de marco o si se quiere de “lentes” a través de los cuales se podrá facilitar la lectura y comprensión de los elementos introducidos en la presente investigación.

Sin embargo, una vez estudiadas y expuestas las posturas de diferentes autores, la posición que será propuesta como concepto orientador y marco de análisis, explora la “igualdad material”, la cual innegablemente tiene gran fundamento en la teoría del filósofo estadounidense, muy cercano a las instituciones jurídicas, Ronald Dworkin, en tanto se considera que esta, a través de las categorías que introduce, se logra adaptar con mayor facilidad a las necesidades particulares que requiere una propuesta con miras al establecimiento de un régimen de SS más igualitario. Ello se afirma, entre otras razones, en virtud de que esta propuesta considera con total claridad, la necesidad de pensar en aquellas personas que, por circunstancias ajenas a su voluntad, no lograron consolidar derechos concretos, y para el caso específico, no lograron acceder a su derecho pensional al final de su vida, son materialmente excluidas; personas que en virtud del principio de la igualdad material, - como una nueva acepción de la igualdad introducida por la Constitución de 1991- merecen un tratamiento especial, de cara a la

¹⁴⁴ COHEN, Gerard. Equality of What? on Welfare, Goods and Capabilities. En: NUSSBAUM, M. y SEN, A. (eds.) The Quality of Life. Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 54-62. Citado en la traducción al castellano: ¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades. En: NUSSBAUM, M. y SEN, A. (eds.) La calidad de vida, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 52.

¹⁴⁵ RIBOTTA. Op. cit., p. 235.

superación de aquellas diferencias injustificadas, o que no tienen ninguna justificación razonable.

Esta solidaridad propuesta por Dworkin ofrece un interesante marco de análisis que se acopla y encaja de manera muy acertada con el fundamento que estructura el modelo de la SS en Colombia, en donde la solidaridad intergeneracional resulta ser el principal sustento de la existencia del llamado "fondo común". De alguna manera este fondo representa la postura ideológica del filósofo americano, en la medida en que "pretende conjugar el bienestar moral individual con las cualidades de la comunidad político-social en la que se haya inmerso"¹⁴⁶. Ello es así, en razón de que para Dworkin, "El bien de uno y otra se encuentran entrelazados de tal manera que no es posible desligar el éxito de la vida personal de los logros comunitarios"¹⁴⁷.

En tal sentido, es claro que la teoría expuesta por este autor parece comprender, de una manera mucho más amplia, la tesis que se desea exponer y argumentar en los párrafos siguientes, pues parte de la idea clara de que en todas las sociedades existen una serie de individuos que necesitan de un "seguro" como presupuesto indispensable para poder hacer ejercicio de sus derechos, y habiendo dado cuenta de que nuestra sociedad se caracteriza por ser radicalmente heterogénea e inequitativa, es claro que aquel presupuesto del "seguro" resulta obligatorio, si se desea maximizar el derecho fundamental constitucional a la SS. Este seguro ha sido concretizado por el autor en mención bajo la teoría de las "acciones afirmativas", las cuales consisten en una serie de medidas legislativas que, haciendo frente a una situación de desigualdad sin ningún fundamento razonable, estatuyen condiciones especiales a través de las cuales se permite dar un tratamiento más favorable a aquellos sujetos que natural o socialmente se encuentran en una situación de desventaja.

La teoría estructurada por Ronald Dworkin, fue inicialmente aplicada en Estados Unidos para reducir las brechas en el acceso a la SS por parte de los estadounidenses que hacían parte de las comunidades afroamericanas; todo ello, bajo el argumento de que, en vista de que las discriminaciones atentan contra la dignidad, es necesario "que se afirme la necesidad de los programas de acción positiva, medidas preferenciales o estándares sensibles al origen racial en las mejores universidades, a través de procesos de selección que tengan en cuenta las dificultades a las que se han enfrentado unos y otros, otorgando un trato preferente a los primeros directamente proporcional a la situación de desventaja que han padecido"¹⁴⁸.

Ciertamente, este argumento resulta ser un referente orientador al contexto de la SS, en donde la situación de desventaja no corresponde a los prejuicios, estereotipos o al contexto social en el que muchos jóvenes afroamericanos nacieron y crecieron, sino a una situación económica precaria, resultado del heterogéneo mercado laboral y la desigual sociedad colombiana. Y se afirma que, efectivamente, el argumento puede ser extrapolado en la medida en que en ambos casos nos encontramos frente a grupos que se enfrentan a una situación de desventaja sin ninguna razón justificable. Al respecto, y después de realizar una lectura de la teoría del Dworkin, el jurista María José Añón señala que "el argumento central de Dworkin es la

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993. p. 25.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ AÑÓN ROIG, María José. *Igualdad y diversidad ¿Claves de la acción afirmativa?* En: *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. p. 384.

discriminación estructural o una discriminación de un tipo tal que sitúa directamente a quien la padece en posición de desventaja social”¹⁴⁹.

Ahora bien, para finalizar este capítulo a manera conclusiva, se pueden extraer las siguientes reflexiones : (i) no es posible encasillar el concepto de igualdad en un significado único, ni mucho menos es posible considerar que existe una única definición al respecto; (ii) Con independencia de si la igualdad es analizada en términos de recursos, oportunidades, capacidades o cualquier otra variable, el elemento común es que se debe dar un tratamiento diferente a situaciones que son diferentes desde el punto de vista fáctico, y que no cuentan con una justificación razonable, y (iii) Hoy en día, siempre que se realice una lectura del principio de igualdad, debe hacerse desde una perspectiva material, capaz de alimentar el debate y fortalecer el abanico de derechos fundamentales de que gozan los seres humanos.

Precisado lo anterior, en el siguiente capítulo se pasa a exponer la manera en que dicho concepto se concretiza en nuestra realidad social, esto es, si actualmente es posible hablar de una sociedad equitativa, o si por el contrario, nuestra sociedad es pasible de definirse a través de la desigualdad, siendo tal vez esta, una de sus características definitorias.

¹⁴⁹ Ibid., p. 385.

CAPÍTULO III. LAS DESIGUALDADES EN EL MERCADO DEL TRABAJO A PARTIR DE LA HETEROGENEIDAD ESTRUCTURAL.

El presente capítulo tiene por objetivo exponer la relación existente entre los niveles de productividad y el acceso efectivo a una pensión de vejez. En ese sentido, en un primer momento (i) se hará un acercamiento de este fenómeno a través del texto de la CEPAL “Eslabones de la desigualdad: Heterogeneidad estructural y Convergencia productiva. Contexto para América Latina y análisis para Colombia”, posteriormente (ii) se realizará un análisis mucho más concreto de los mercados laborales segmentados, haciendo énfasis en su baja productividad y las desigualdades que estos reproducen; (iii) se realizará un análisis del fenómeno de la heterogeneidad productiva y su impacto en la ocupación como generadores de los dos primeros eslabones de la desigualdad para el caso colombiano en el año 2015, y finalmente (iv) se expondrán algunas especificidades de la oferta de trabajo.

A continuación, se pasa a la exposición del primer tema enunciado.

Los eslabones de la desigualdad: la heterogénea estructural y la convergencia productiva según la CEPAL.

En el texto “Eslabones de la desigualdad: Heterogeneidad estructural y Convergencia productiva. Contexto para América Latina y análisis para Colombia”, la CEPAL ratifica su convicción de continuar con la estrategia de desarrollo que está la altura de los tiempos y que se constituye en una auténtica vocación en aras de la igualdad. Argumenta así mismo que, la igualdad social y un dinamismo económico que transforme la estructura productiva no están reñidos entre sí y que el gran desafío es encontrar las sinergias entre ambos. Insiste en que no hay contradicción sino confluencia: hay que crecer para igualar e igualar para crecer; todo ello, en el marco del mercado de trabajo que además imprime un rasgo característico a la sociedad actual, que consiste en su carácter de sociedad salarial. Según la economista colombiana Decsi Arévalo.

“una sociedad salarial no solo es una sociedad en la que la mayoría de la población activa es asalariada. Es sobre todo una sociedad, en la que la inmensa mayoría de la población accede a la ciudadanía social partir de la consolidación del estatus de trabajo. En este tipo de sociedad los beneficios que obtiene el trabajador, y por su intermedio la familia, están atados a las características y a la permanencia del empleo; es decir quien tiene un empleo, tiene a la vez, obligaciones y protección”¹⁵⁰.

En este apartado se analizarán las dos principales causales que contribuyen a explicar la aguda desigualdad, como lo son, de una parte, la heterogeneidad estructural en cuanto a las oportunidades productivas de la sociedad y sus notables diferencias en productividad como limitantes para el acceso al empleo y su reflejo en mercados laborales segmentados en la región

¹⁵⁰ ARÉVALO, Decsi. La protección al adulto mayor: entre la dádiva y el derecho. En: Crecimiento, equidad y ciudadanía: Hacia un nuevo sistema de protección social. Bogotá: CID-Grupo de Protección Social, 2005. p. 302.

generando y manteniendo el sector informal y de otra parte, cómo la institucionalidad laboral se diseña en forma desarticulada de los distintos estratos productivos y las políticas se elaboran con el supuesto de que el mercado laboral es homogéneo y que como consecuencia, no contribuyen a la convergencia productiva, sino que, por el contrario, exacerbando las brechas y remuneraciones, imposibilitando una real justicia distributiva entre los varios rangos de productividad. La Cepal para los dos eslabones citados, hace una contextualización de su comportamiento y el cómo se evidencia en términos de cifras para la región y comparativamente con los Estados Unidos entre otros países.

Finalmente, y como contribución al trabajo de tesis, se desarrolla un aterrizaje para el caso colombiano mediante la elaboración de un cuadro de cifras e indicadores que evidencia las grandes diferencias en productividad entre los diferentes sectores productivos, como resultado de la presencia del fenómeno de la heterogeneidad estructural y de su potencial influencia, como se verá más adelante, en el empleo y los problemas generados por falta de una adecuada convergencia productiva.

Heterogeneidad y convergencia productiva

Al recorrer décadas recientes en que se ha exacerbado la heterogeneidad, se ha deteriorado el mundo de la desigualdad hilvanando el hilo de la cohesión social parte de esta agenda de la igualdad, así como lo es una institucionalidad trabajo y se ha segmentado el acceso a la protección social. Recorre las asimetrías frente a la globalización. Sin embargo, cuanto más nos recorre la desigualdad, más intenso el desarrollo que buscamos. Al confrontar las brechas, la sociedad migra de lo individual a lo colectivo y busca suturar las heridas de la laboral que proteja la seguridad del trabajo.

El sentido del desarrollo de cara al futuro (La inflexión histórica)

Este cambio tuvo lugar en el marco de la consolidación de un nuevo paradigma productivo, en cuya base estaba la aceleración del conocimiento científico-tecnológico, una progresiva globalización de los mercados y las comunicaciones, así como la exacerbación de la competitividad por el efecto combinado de las anteriores. Tal déficit forma parte de esta historia, pero además responde a la secular heterogeneidad estructural de la región, su modernización a fuerza de desigualdades e inequidades, los caminos por abrir todavía en la vida democrática y los endémicos rezagos productivos.

La crisis que estalló en 2008 no solo ha tenido un impacto económico significativo en el corto plazo, sino que además ha generado un profundo debate sobre el devenir de la lógica de acumulación económica, las reglas de funcionamiento del sistema económico mundial y el papel de las políticas públicas y el Estado en la dinámica económica y social. Con relación al ciclo económico, la crisis puso fin a un período de bonanza de la economía mundial sustentado en una burbuja financiera sin precedentes.

La convergencia productiva

La heterogeneidad estructural contribuye a explicar, en gran medida, la aguda desigualdad social latinoamericana. En efecto, las brechas en la productividad reflejan y a la vez refuerzan las brechas en cuanto a capacidades, la incorporación del progreso técnico, el poder de negociación, el acceso a redes de protección social y las opciones de movilidad ocupacional ascendente a lo largo de la vida laboral.

El primero es la brecha externa, vale decir, el rezago relativo de la región respecto de sus capacidades tecnológicas con relación a la frontera internacional. La velocidad con que las economías desarrolladas innovan y difunden tecnología en su tejido productivo supera la velocidad con que los países de América Latina y el Caribe son capaces de absorber, imitar, adaptar e innovar a partir de las mejores prácticas internacionales. El segundo rasgo distintivo es la brecha interna, definida por las elevadas diferencias de productividad que existen entre sectores, dentro de los sectores y entre empresas en los países, muy superiores a las que existen en los países desarrollados. A esto se lo conoce como heterogeneidad estructural y denota marcadas asimetrías entre segmentos de empresas y trabajadores, combinadas con la concentración del empleo en estratos de muy baja productividad relativa. La heterogeneidad estructural contribuye a explicar, en gran medida, la aguda desigualdad social latinoamericana. En relación con la brecha interna, en América Latina las diferencias de productividad entre sectores son muy marcadas. Los sectores de alta productividad de la región (minería, electricidad y sector financiero) representan un porcentaje bastante reducido de la ocupación formal que se mantiene prácticamente estable entre 1990 y 2008 (del 7,9% al 8,1%); por el contrario, se reduce la participación en el empleo formal de los sectores de mediana productividad (industria y transporte), del 23,1% en 1990 al 20,0% en 2008 y, al mismo tiempo, se incrementa la de los sectores de baja productividad (agricultura, construcción, comercio y servicios comunales y personales), del 69,0% en 1990 al 71,9% en 2008.

La evolución de la productividad relativa de América Latina con respecto a la de los Estados Unidos muestra que los sectores de alta productividad de América Latina cierran la brecha externa entre 1990-2008. En cambio, la brecha se amplía en la mayoría de los sectores de media y baja productividad, como la agricultura, la industria, el transporte y el comercio, lo que ha llevado a un marcado incremento de la dispersión de la productividad relativa. Dicho de otra manera, un pequeño porcentaje de empresas y trabajadores se acerca a la frontera internacional y el resto se aleja de ella, lo que refuerza la heterogeneidad estructural y las ya profundas desigualdades.

Otra manifestación de la brecha interna son las diferencias entre los distintos tipos de agentes económicos (microempresas, pymes y grandes empresas). En América Latina los agentes de menor tamaño relativo constituyen un conjunto muy heterogéneo que va desde microempresas de subsistencia hasta empresas medianas exportadoras relativamente dinámicas. Si se compara el desempeño de estas empresas en la región con el que se registra en países desarrollados, resaltan dos aspectos importantes. En primer lugar, las diferencias en la productividad relativa de cada país (entre las grandes empresas y el resto) son mucho mayores en América Latina que en los países desarrollados. Mientras la productividad de una microempresa en Chile equivale a apenas el 3% de la de una gran empresa en el mismo país, en Francia las empresas de tamaño más reducido muestran una productividad equivalente al 71% respecto de la de las grandes empresas. En segundo lugar, las diferencias entre microempresas, por un lado, y pequeñas empresas y medianas empresas, por el otro, también son mayores en la región en comparación con los países desarrollados considerados. Mientras en el Brasil la productividad de una microempresa equivale al 25% de la de una empresa mediana y al 37% de la de una pequeña empresa, en España estas mismas relaciones son del 60% y el 73%, respectivamente.

Asimismo, las ramas intensivas en recursos naturales de la región han adquirido creciente importancia desde la década de 1980, liderando, por su peso y productividad, el crecimiento de la manufactura. Esto ha llevado a un incremento modesto de la producción total y de la

productividad, perpetuando la brecha con países más desarrollados que, mientras tanto, han modificado su estructura productiva y sus modalidades de producción hacia sectores intensivos en tecnología, como consecuencia de una mayor incorporación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Así, por ejemplo, en años recientes la brecha de productividad entre América Latina y los Estados Unidos se ha ido ampliando, con un crecimiento bastante modesto de la productividad de América Latina entre 2003 y 2007 pese al contexto de crecimiento generalizado de las economías de la región. La explicación de este fenómeno está asociada a dos aspectos: la heterogeneidad entre sectores y empresas que caracteriza a la región y que hace que los incrementos de productividad se concentren en pocos sectores y empresas y la especialización hacia ramas productivas, intensivas en recursos naturales, que tienen una escasa capacidad de difusión del progreso técnico al conjunto de la estructura productiva.

Como resultado, la brecha de la productividad entre América Latina y los Estados Unidos se va ampliando al considerar el lapso 1990-2007. Esto se evidencia en el desplazamiento muy modesto de líneas de productividad y el muy importante desplazamiento en el caso de los Estados Unidos. Esta brecha es ilustrativa al comparar a América Latina en relación con los Estados Unidos. Por otra parte, se observarse que en América Latina persiste la mayor intensidad en recursos naturales como componente del valor agregado de la producción total, así como el hecho de que este sector sea el que incrementa en mayor medida la productividad. En cambio, en los Estados Unidos se observa un aumento notorio del valor agregado en las áreas intensivas en ingeniería, siendo además este sector el que lidera el incremento en productividad.

Además, este patrón de especialización en recursos naturales llevaría a una demanda creciente de energía, dadas las características de estos sectores en cuanto a la intensidad del uso de este recurso. Por ello, el escenario plantea un doble efecto negativo: aumenta el consumo de energía por unidad de producto respecto de los Estados Unidos y otros países industrializados y, simultáneamente, no se reduce la brecha externa de productividad. Por otra parte, el aumento de consumo de energía por unidad de producto redundaría en un incremento de la emisión de gases de efecto invernadero. El esquema productivo ha incentivado, por razones económicas y sociales, sistemas de producción y consumo altamente dependientes de las energías fósiles. Este hecho, al tiempo que aumenta el consumo de energía, genera un patrón insostenible que la comunidad internacional comenzará a castigar por la vía económica y comercial. El papel del Estado debe ser particularmente activo en el ámbito de la productividad, tanto para acercarse a la frontera productiva internacional y contar con una estructura más dinámica que opere como motor de crecimiento y aprendizaje como para cerrar las brechas internas de productividad que reproducen desigualdades por medio de la heterogeneidad estructural. Al respecto, es necesario contar con políticas públicas de desarrollo industrial, de innovación tecnológica, de financiamiento inclusivo para los sectores menos productivos y de fomento a la pequeña y mediana empresa. Cada vez más, deberá existir una coordinación entre Estado y agentes productivos, a fin de cerrar la brecha energética y producir y consumir de manera más sostenible y con menor emisión de carbono.

3.2 Mercados laborales segmentados (baja productividad y desigualdades)

La heterogeneidad productiva se refleja en mercados laborales segmentados, compuestos por estratos muy diferenciados, que a su vez generan una demanda diferenciada de empleo con distintos niveles de productividad. Esta segmentación determina las condiciones materiales a partir de las cuales opera una institucionalidad laboral también diferenciada (en términos de condiciones de trabajo, salarios, negociación colectiva, sindicalización, entre otros aspectos), que produce como resultado una desigual distribución de los ingresos laborales¹⁵¹. Y, ciertamente esta precariedad e inequidad laboral, trae como consecuencia inevitable un acceso dificultoso a la protección social en la vejez, como lo señala el economista colombiano Oscar Rodríguez¹⁵².

Ahora bien, siguiendo el abordaje empírico que viene realizando la CEPAL desde hace ya varios años, en el presente documento se considera la medición del trabajo en sectores de baja productividad como una aproximación a la informalidad en América Latina. Esta definición se basa en el argumento de que la “heterogeneidad productiva genera y mantiene el sector informal¹⁵³” Es cierto que en este indicador no se consideran importantes dimensiones de la noción de informalidad, entre ellas la protección social y la subcontratación, ambas vinculadas a una visión de la informalidad en que se vulneran derechos básicos de los trabajadores¹⁵⁴. Esto implica que no existe una coincidencia perfecta —aunque sí muy alta— entre baja productividad tal y como aquí se mide y la noción más amplia de informalidad. Teniendo presente esta salvedad, y para fines de facilitar la argumentación y la lectura, en esta sección se manejan ambos términos indistintamente.

(i) Subsegmentación y brechas en sectores de productividad media y alta

En comparación con el empleo en sectores de baja productividad, los ocupados en sectores de media y alta productividad, más cercanos a la imagen tradicional del empleo formal, suelen tener mayores salarios, mayores niveles educativos y también mayor acceso a condiciones laborales protegidas y de calidad. Pero sobre la base de la evidencia se confirma que, más allá de esta comparación, dentro de este sector existen muchas y muy variadas modalidades de contratación, condiciones laborales dispares y accesos diferenciales a la protección social¹⁵⁵.

Del análisis de los datos disponibles se desprenden dos señales poco alentadoras. Por un lado, como promedio regional, en las últimas dos décadas el empleo en estos sectores se ha mantenido relativamente estable. Los mercados de trabajo escasamente regulados —o con segmentos regulados y otros muy poco regulados— que funcionan en la mayor parte de los países de la región constituyen un espacio en particular propicio para la reproducción de desigualdades. Lejos de atenuar los efectos de la heterogeneidad estructural, “constituyen verdaderas fábricas

¹⁵¹ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit.

¹⁵² RODRÍGUEZ SALAZAR, Oscar. El aseguramiento social en pensiones: ¿una forma de protección económica para la vejez? En: Envejecer en Colombia. Bogotá: Universidad Externado, 2015. p. 197.

¹⁵³ ROSSEL, Cecilia. Protección Social y pobreza en América Latina. FAO-ONU. Santiago de Chile: CEPAL. Informe de Consultoría - Versión Preliminar. Septiembre de 2012. p. 15. [En línea].

¹⁵⁴ Ibid., p. 15.

¹⁵⁵ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit., p. 48.

de segmentación en niveles de productividad¹⁵⁶, donde solo una porción muy reducida de la fuerza laboral se beneficia de la institucionalidad laboral y se apropia de las ganancias de productividad¹⁵⁷. Este funcionamiento segmentado establece una dinámica en que se torna casi imposible quebrar la transmisión de las desigualdades entre generaciones. Algo similar ocurre con la desigualdad de género. No parece por lo tanto razonable atribuir a la protección social no contributiva, y a los PTC en particular, el aumento de la informalidad, ni tampoco aseverar que la segmentación que existe entre protección social contributiva (seguridad social) y no contributiva (asistencia social) es causa de la división del mercado de trabajo entre el sector formal y el informal¹⁵⁸.

Quienes ejecutan políticas públicas olvidan a veces que la segmentación de los mercados laborales se encuentra estrechamente relacionada con la heterogeneidad estructural. Por ello, muchas veces la institucionalidad laboral se diseña en forma desarticulada de los distintos estratos productivos y las políticas se elaboran con el supuesto de que el mercado laboral es homogéneo; en consecuencia, no contribuyen a la *convergencia productiva*, sino que, por el contrario, exacerbando las brechas y remuneraciones, imposibilitando una real justicia distributiva entre productividad. Por esta razón, es preciso perfeccionar la institucionalidad laboral, con propuestas transversales, pero también con políticas especializadas en las necesidades de cada estrato productivo. En otras palabras, las diferencias entre países pueden deberse también a la existencia o creación de empleos que estén efectivamente disponibles para las mujeres, no solo como resultado de la segmentación de los mercados laborales y la persistencia de empleos casi exclusivamente masculinos, sino también de las facilidades que los nuevos empleos presenten para una adecuada conciliación de trabajo remunerado y no remunerado para las mujeres que desean trabajar.

(ii) Más y mejor empleo

Como ya se señaló, esto se debe, en parte, a las elevadas diferencias de productividad entre los diversos sectores productivos, pero también al hecho de que la institucionalidad laboral y social formal solo abarca una parte de la fuerza laboral. La otra parte está compuesta por el sector informal, que representa una proporción muy alta de la población activa, respecto de la que esta institucionalidad laboral no se aplica y se caracteriza por una elevada precariedad, bajos ingresos y escasa protección social. Además, existe un importante segmento de empleo informal en empresas formales, debido a estrategias de subcontratación para reducir costos de estas empresas, que liberan a los empleadores de la obligación de dotar de derechos plenos a los trabajadores subcontratados.

La segunda tendencia es el cambio tecnológico y la llamada sociedad red, sociedad de la información o sociedad del conocimiento. No hacemos referencia al progreso técnico solo como un requerimiento de la competitividad global. Lo que viene gestándose con las innovaciones en las tecnologías de la información y de las comunicaciones es una sociedad muy distinta que modifica patrones económicos y productivos, modos de trabajar y organizarse, sistemas de comunicación, dinámicas de aprendizaje e información, vínculos sociales, formas de gobernar y ejercer la democracia y el control social.

¹⁵⁶ Ibid., p. 94.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ LEVY, Santiago. Buenas intenciones, malos resultados: Política social, informalidad y crecimiento económico. México, D.F.: Océano, 2010. p. 26.

Una tercera tendencia es la transición demográfica por la que el peso relativo de distintos grupos de edad de la población cambiará en el correr de las próximas décadas. Al respecto, se ha dicho que en América Latina y el Caribe, con diferencias importantes de un país a otro, existe un fenómeno de bono demográfico, dado que la disminución de la población infantil y el envejecimiento todavía incipiente de la población adulta se traduce en una proporción mayor de población en edad de trabajar con relación a la población en edad de dependencia. El beneficio que significa el bono debe aprovecharse en las próximas décadas, en que el mayor peso de población envejecida planteará otra ecuación entre población productiva y dependiente, y requerirá altos niveles de productividad de la sociedad para generar los recursos para cubrir las necesidades de salud y seguridad social.

Parte significativa de la desigualdad de la región se debe a los resultados del mercado de trabajo. La cantidad y calidad del empleo, específicamente los ingresos laborales, determinan, en gran parte, el bienestar material de la gran mayoría de los hogares de la región. Las desigualdades respecto de las capacidades laborales de que dispone la población en edad de trabajar y de las oportunidades de inserción productiva proporcionadas por estas capacidades laborales influyen en gran medida en el bienestar y en la cohesión social. También son decisivas, en este sentido, las brechas entre los ingresos laborales y de acceso a la protección social de los diferentes grupos de la fuerza de trabajo, diferenciados según sus características en términos de educación, experiencia, sexo, zona de residencia y otros factores.

En la región, las brechas salariales entre los más y los menos calificados son muy amplias y en la última década del siglo pasado se ensancharon aún más. En este contexto, los factores causantes citados son el cambio tecnológico, el comercio internacional, las políticas macroeconómicas y los factores institucionales del mercado laboral, como la caída o contención del salario mínimo y el debilitamiento de los sindicatos. En el último sexenio esta brecha salarial se habría revertido en parte y los ingresos relativos de los más educados habrían disminuido levemente frente a los menos calificados, aunque sin volver al nivel de inicios de los años noventa. El aumento de la oferta laboral de quienes tienen niveles de educación intermedios y (en la década actual) superiores ha incidido en comprimir sus ingresos relativos. Durante los años noventa, la participación de los sectores de baja productividad en el empleo urbano subió del 47,2 % alrededor de 1990 al 50,8 % alrededor de 2002 y volvió a descender al 47,4 % hasta alrededor de 2007. Los datos preliminares indican que la contracción económica de 2009 ha interrumpido este proceso de moderada mejora.

En un contexto de elevada heterogeneidad estructural del aparato productivo se producen marcadas diferencias entre las características del empleo según el sector de inserción laboral, con amplias brechas en materia de ingresos, acceso a la seguridad social y estabilidad laboral. La relativa debilidad en la generación de empleo productivo durante los años noventa también se expresó en una ampliación de la brecha de ingresos entre los segmentos productivos. Entre inicios de los años noventa y alrededor de 2002 los salarios medios de las microempresas cayeron respecto de los salarios medios de la pequeña, mediana y gran empresa, del 73% al 62%; aún mayor fue el deterioro de los ingresos de los trabajadores por cuenta propia (ni trabajadores profesionales ni técnicos), que bajaron en relación con los salarios medios de la pequeña, mediana y gran empresa, del 99% al 73%. En los años siguientes, período en que se dinamizó la generación de empleo asalariado en empresas formales, estas brechas dejaron de ampliarse y se cerraron levemente, a un 66% en el caso de las microempresas y a un 75% en el caso de los trabajadores por cuenta propia.

Las condiciones para las mujeres, las minorías étnicas y los y las jóvenes son, claramente, más desventajosas y menos reguladas. Formas seculares de discriminación concurren en la segmentación ocupacional, tanto horizontal como vertical, lo que hace que trabajadores con capacidades o responsabilidades similares reciban un trato distinto y un salario distinto. En el caso de las mujeres, las desigualdades reflejan, en parte, relaciones sociales que atribuyen un rol específico a la mujer, centrado en las tareas de reproducción, las brechas en las capacidades laborales, la institucionalidad del mercado de trabajo diseñada según las pautas de hombre proveedor y mecanismos de discriminación.

Finalmente, el valor de la igualdad y su conjugación con el crecimiento no pueden desentenderse de lo que determina con más fuerza nuestro futuro y el de todos: el cambio climático. Igualdad significa, en este sentido, mitigar los efectos del cambio climático de modo tal que se respete el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y no sean los pobres, ni los países pobres, los que terminen pagando los mayores costos en este cambio. Significa repensar el paradigma del desarrollo en función de un vínculo más humanizado entre todos, y un vínculo más amable con la naturaleza.

El Estado debe desempeñar un papel activo en promover cambios en la matriz productiva hacia la mayor incorporación de progreso técnico y, complementariamente, impulsar políticas decididas para reducir las brechas de productividad entre los distintos sectores y niveles de la estructura productiva.

Así mismo el Estado debe impulsar políticas activas y pasivas en el ámbito del empleo, a fin de proteger frente al desempleo, cerrar brechas de ingresos laborales como mecanismo clave de promoción de la igualdad e incrementar las tasas de participación y las tasas de empleo.

El Estado debe intervenir de manera más decidida en el ámbito social, para garantizar mayor acceso al bienestar y mayor desarrollo de capacidades de quienes se encuentran en situación de mayor rezago y vulnerabilidad, lo que contribuye sustancialmente a cerrar las brechas sociales.

3.3 Análisis para Colombia en el año 2015 del fenómeno de la heterogeneidad productiva y su impacto en la ocupación como generadores de los dos primeros eslabones de la desigualdad.

Por su parte y de conformidad con el análisis del cuadro siguiente de cifras de productividad para Colombia en el año 2015, se confirman las tendencias de la heterogeneidad de América Latina y el Caribe, así mismo presenta también diferencias muy marcadas de productividad en US\$/ persona ocupada entre sus sectores económicos de alta productividad (minería, electricidad y financiero), media (industria y transporte) y baja (agricultura, construcción, comercio y servicios comunales y personales) de US\$ 33.290, 10.530 y 7.470 respectivamente, lo que representa con base en la cifra del valor de la productividad de la alta, con relación a la media y baja productividad: el 31.6% y el 22.4% respectivamente; así mismo, los sectores de alta productividad en Colombia representan un porcentaje reducido de la ocupación de solo el 10,4%, aumentándose la participación en la ocupación de los sectores de media productividad del 19,5% y, al mismo tiempo, se incrementa sensiblemente la de los sectores de baja

productividad (agricultura, construcción, comercio y servicios comunales y personales), en el 70,1% en el 2015.

Se destaca también el similar comportamiento del número de empresas al de la ocupación, donde los sectores de alta, mediana y baja productividad presentan los siguientes porcentajes: del 8.4%, 16.6% y 75.1% respectivamente frente al número total de 257.835 empresas reportadas por Confecámaras.

Tabla 2. Cifras de productividad para Colombia.

DATOS PARA EL AÑO 2015					Am.Lat. % OCUP.	
PRODUCTIVIDAD	SECTORES	(%) EMPRESAS	Vr. PRODUCTIVIDAD	% OCUPACION	1990	2008
ALTA	MINERO	8,4	33,29	10,4	7,9	8,1
	ELECTRICIDAD					
	FINANCIERO					
MEDIA	Industria	16,6	10,53	19,5	23,1	16,6
	Transporte					
BAJA	Agricultura	75,1	7,47	70,1	69,0	75,1
	Construcción					
	Comercio					
	Servicios comunales y personales					
Fuentes: PRODUCTIVIDAD: Valor de la producción/Nro. Ocupados (en miles de US\$)		Nro. Empresas: Confecámaras		% Ocupación: DANE		

Fuente: Elaboración propia.

Las cifras y el análisis expuesto en las líneas anteriores resultan ser mucho más comprensibles por medio de la lectura del siguiente marco, que pretende exponer algunos rasgos particulares del mercado del trabajo.

3.4 Algunas especificidades de la oferta de trabajo.

Entre las demandas de unidades de trabajo que requieren las empresas y las ofertas de hora de trabajo que los individuos-trabajadores están dispuestos a ofrecer, media una tasa de salarios; aun cuando la economía clásica la considero como un mercado libre, bajo condiciones de competencia pura, este mercado con el desarrollo de los procesos industriales, se fue convirtiendo

en un escenario de conflictividad, situación que dio nacimiento con el advenimiento del siglo XX, a la creación de un derecho especial -derecho del trabajo- dirigido a regular el trabajo asalariado. Este proceso de “cosificación del trabajo” como intercambio de mercancías, estuvo redigo básicamente por las leyes de la oferta y la demanda y originalmente observado como un mercado homogéneo, a pesar de constituirse en un mercado muy especial.

Ahora bien, en los Estados Unidos en la época de la postguerra, el investigador Kerr (1944) “introduce antes que todo, su carácter ‘balcanizado’, es decir el hecho de que no existe uno sino los mercados de trabajo”¹⁵⁹, los cuales según el autor se oponen los unos con los otros, así: un mercado de trabajo externo, donde la oferta y la demanda se encuentran a la manera clásica y el ajuste se hace por el precio; un mercado institucionalizado o cerrado, donde las reglas administrativas rigen el mercado y no el precio, el cual toma dos formas: (a) mercado organizado según los oficios, sobre el cual la movilidad se hace de manera horizontal, básicamente entre empresas y (b) un mercado organizado según la producción que favorece la movilidad vertical de los asalariados en el seno de una misma empresa¹⁶⁰.

A comienzos de los años 70, Doeringer y Piore (1971) desarrollan la teoría del “dualismo del mercado de trabajo”, y aparecen de esta manera dos segmentos que diferencian dos tipos de empresas. Según estos autores el segmento primario con salarios elevados, empleos estables y perspectivas de carreras laborales importantes, básicamente conformado por grandes empresas; el segundo secundario posee las características opuestas: los salarios son bajos, empleos precarios, alta movilidad, y las perspectivas de la carrera están dirigidas a pequeñas empresas. Posteriormente, dice la misma investigadora Valette – Wursthén¹⁶¹, estas tesis han evolucionado hacia una representación del mercado de trabajo que comporta un gran número de segmentos o tipos de mercados de trabajo. En América Latina como pudimos analizar en los estudios realizados por la CEPAL, esta pluralidad de mercados se expresa en las formas de heterogeneidad productiva, donde se segmentan los mercados de los empleos y ello conduce a crear grandes desequilibrios, como lo registra el DANE para el caso colombiano, donde de manera sintética y periódica registra los desequilibrios entre los oferentes y los demandantes de trabajo, describiendo el desempleo abierto, que para el caso de estudio se centra entre los jóvenes, las mujeres y quienes se desempeñan en la informalidad.

En el contexto colombiano, esta informalidad tuvo por fuente las reformas laborales de 1993 y 2003, pues con anterioridad a estas fechas, “la mayoría de los trabajadores estaban vinculados con contrato de trabajo y protegidos contra riesgos profesionales. La flexibilización laboral, al igual que el outsourcing de servicios, e trabajo temporal y las cooperativas de trabajo asociado han cambiado significativamente el panorama y el contrato de trabajo se muestra ahora minoritario en el contexto laboral, aun en las empresas definidas como formales”¹⁶².

Este contexto de flexibilización se pone de presente en las cifras arrojadas por la Gran Encuesta Nacional Integrada de Hogares (GENIH), la cual nos presenta los siguientes perfiles:

¹⁵⁹ VALETTE-WURSTHEN, Aline. La segmentation des marches du travail dans les pays avances : état des lieux, évolution. París : La documentation française. Problèmes économiques- Comprendre le marché du travail, 2013. N°3. p. 36.

¹⁶⁰ Ibid., p. 37.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² MARTÍNEZ MARTÍN, Félix León. ¿Subsidios o seguridad social? En: Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema de protección social. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2006. p. 433.

La tasa de desempleo de los jóvenes entre 14 y 28 años, para el año 2015 registra el 15,2 %, y que pasa al 12 % en el año 2016, se descompone en una tasa de desempleo para hombres jóvenes en un 12,1 % para el 2016 y una tasa de desempleo para las mujeres del 20.8 %, donde se destaca que la mayor parte de las mujeres se ubican en la posición ocupacional de “cuenta propistas” con un 41,3 % en el 2016, desempeñándose básicamente en ocupaciones de comercio, hotelería y restaurantes. Para el caso de la informalidad, que es uno de los grandes desafíos de los regímenes pensionales, la Encuesta para el año 2016, registra para las 13 ciudades principales y sus áreas metropolitanas un 47,5 %, y examinadas de cara a las 23 ciudades y áreas metropolitanas, un 48,6 %, significando una debilidad en los ingresos de estas poblaciones, que en general son excluidas de los sistemas contributivos de pensiones.¹⁶³

Como se ha podido evidenciar a lo largo del presente documento, es claro que el mercado laboral requiere de una urgente intervención del Estado que asegure que los postulados del Estado Social de Derecho, y más concretamente los relativos a la protección del trabajo como derecho fundamental, sean materializados, con el objetivo de poder predicar una nueva ciudadanía, definida en palabras de Bruno Lautier como “[...] no solo la formulación de derechos cívicos únicamente, sino, sobre todo, como el acceso a las condiciones materiales para el ejercicio de esos derechos: vivienda, servicios públicos urbanos y el reconocimiento de la participación de las capas "marginales" en la constitución de la nación”¹⁶⁴.

Así mismo, con base en la información expuesta en este acápite, se pone de presente la innegable relación de causa- efecto existente entre el mercado de trabajo y la situación pensional de los trabajadores, pues de cara a un intrincado y precario mercado de trabajo, es claro que las alternativas de estabilidad laboral se reducen y en consecuencia se hace cada vez más dificultoso el acceso a ingresos fijos que permitan cotizar con una cierta consistencia al Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, vale la pena traer a colación una reflexión realizada por el economista colombiano Oscar Rodríguez, quien señala lo siguiente:

“Cuando la lógica financiera se impone a la lógica productiva, y las ganancias del sector real de la económica están impactadas por los altos costos financieros, la única alternativa que tienen los empresarios para ser competitivos es la reducción de los costos salariales; esto explica que la tercerización, la precariedad laboral la informalidad regulen el mercado de trabajo inevitablemente afecten el comportamiento del sistema pensional [...]”¹⁶⁵.

En ese sentido, y teniendo en cuenta lo expuesto en el presente capítulo, se pueden apreciar las siguientes conclusiones: (i) El escenario laboral colombiano se caracteriza por su segmentación, heterogeneidad e informalidad; características que abren la puerta a significativas brechas salariales y en consecuencia a oportunidades diferentes de cara al acceso al derecho constitucional fundamental a la pension; (ii) La baja productividad en materia laboral impide contar con la estabilidad, seguridad y regularidad de ingresos que se debe tener si se desea cotizar al Sistema de Seguridad Social, y (iii) El mercado laboral es un reflejo de las aun latentes discriminaciones en nuestra sociedad, en atención a variables como el género o la edad.

¹⁶³ DANE. Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH, 2015. [En línea].

¹⁶⁴ LAUTIER, Bruno. Incorporación restringida en el asalariado, sector informal y política de empleo en América Latina. Lecturas de Economía. Université de Picardie Amiens, Francia. No. 24. Medellín, septiembre-diciembre de 1987. p. 121.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ. El aseguramiento social en pensiones. Op. cit., p. 207.

CAPÍTULO IV. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL GENERÒ LOS CIMIENTOS DE LA DESIGUALDAD.

Este capítulo tiene por objetivo presentar un panorama general del escenario de las pensiones. Para ello, se propone la siguiente hoja de ruta: (i) en un primer lugar, se realizará un breve barrido histórico de aquellos eventos “hito” que sirvieron para construir el concepto de la seguridad social, posteriormente (ii) se realizara el mismo análisis histórico, pero teniendo como marco concreto de análisis a Colombia, para pasar a (iii) un análisis de la estructura del Sistema General de seguridad social actual, identificando las posibilidades propias del régimen de ahorro privado, así como aquellas adscritas al régimen de prima media y al “régimen asistencial” ; y finalmente (iv) se analizara en términos numérico, la influencia de los subsidios en el sostenimiento del actual sistema.

A continuación, se pasa al análisis del primer tema propuesto.

MOMENTOS HITO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En la larga historia de las luchas obreras del siglo XIX, la técnica más utilizada para la previsión de riesgos la constituía la estructura del seguro- privado, que utiliza las técnicas actuariales de cara a la dispersión de riesgos. Las técnicas inespecíficas de la asistencia pública o privada, la familia, y particularmente el ahorro no produjeron los resultados que la clase obrera esperaba para reparar los riegos que acarrea el trabajo en el proceso de industrialización; los trabajadores para reparar las contingencias originadas en el procesos de trabajo, acudieron a formas más desarrolladas como lo fueron los seguros de mutuo o el movimiento mutualista, muchas de cuyas características se han extendido hasta nuestros días. Estos sistemas estaban organizados por los propios trabajadores, ante la ausencia de protección de sus empresas y del Estado; se constituían de manera voluntaria y por colectivos de obreros de la manufactura, regularmente asociados en una misma actividad económica.

Surge en 1883, como respuesta a la necesidad de proteger el trabajo y ante las manifiestas presiones obreras, la creación del modelo “seguro-social”, por iniciativa del canciller Von Bismark para cubrir los riegos asociados a la enfermedad, a los accidentes de trabajo y a la invalidez-vejez. Este modelo se ha de constituir en referente obligatorio para diseñar las bases de la protección social “provisional” de los trabajadores de la manufactura y de algunos servidores públicos en los países de Occidente. El diseño, de origen alemán, se caracteriza por hacer obligatoria la vinculación de los obreros dependientes por cuenta ajena al Sistema de Seguridad Social en pensiones; se financia, mediante la modalidad de cotizaciones que vincula a los trabajadores, empresarios y al Estado mismo; estipula igualmente que “...las prestaciones otorgadas por la seguridad social son la contrapartida otorgada por la colectividad, ante la creación de riqueza, la cual es deudora con el trabajador (...) dado que se trata de un principio

de seguridad, hay lógicamente una proporcionalidad entre los ingresos de la actividad y las prestaciones otorgadas en la pensión. La pensión percibida por el individuo es la recompensa por haber trabajado y cotizado durante toda su vida activa¹⁶⁶.

El modelo Bismarckiano, proporcionaría las bases para estructurar el régimen de reparto, el cual adoptará la premisa de que las recompensas por la vida laboral se estructuran en prestaciones definidas (PD), a más que pregona sobre esa relación la solidaridad intergeneracional.

Posteriormente surgirá el régimen de seguridad social, que nace en el escenario de la gran depresión económica en los Estados Unidos. En efecto, esta gran crisis del capitalismo

“[...] cuyos efectos duraran más de 10 años y que golpeará evidentemente a Europa- desembocara por lo que aquí interesa, en una serie de grandes medidas político-económicas, que se agruparan bajo la denominación del New Deal, y específicamente, en la emanación de una ley denominada Social Security Act (1935). Es en ella, en donde por primera vez se usa esta expresión en un texto normativo. De ahí quizás su popularidad y simbolismo. Esta ley (...) inauguro una vía nueva de protección social, ciertamente, pero se ha de advertir que, a nuestros efectos, su condición puede resultar engañosa. Ciertamente, el mecanismo protector que instaurara era de carácter asistencial (asistencia social), y bastante limitado[...]”¹⁶⁷.

En 1941, el Reino Unido creó una Comisión presidida por Lord William Beveridge, académico y conocedor de la cuestión obrera, y del paro en su país, para que examinara los sistemas de seguridad social y propusiera recomendaciones. Surge en 1942 el denominado “Plan Beveridge” que se ha de materializar en dos informes: *Social Insurance and Allied Services*, y en un segundo texto presentado en 1944: *Full employment in a free society*.

En el primer informe, que tiene mayor impacto, pone de relieve, en el examen de la legislación inglesa, en palabras de Durand, “...dos órdenes de defectos: la insuficiencia y la complejidad. La reconstrucción propuesta por Beveridge tendía a remediarlos a través de la unificación y extensión del Régimen de seguros sociales...¹⁶⁸”. Estas insuficiencias en el sistema legal inglés, hace relación según el mismo Durand a los siguientes eventos: ausencia de compensación en las cargas familiares y en la pérdida de empleo, en la limitada legislación solo para trabajadores asalariados, en las prestaciones insuficientes, en los eventos de accidentes de trabajo y en el descuido de la protección de determinados riesgos, como los asumidos por la mujer casada asalariada. Ante tal situación, el informe plantea la incorporación de trabajadores y empleados excluidos y avanza, hacia la universalización de la seguridad social. De otra parte, proponía que el sistema se extendiera al mayor número posible de riesgos sociales; dada la diversidad de estos, sugería la unificación del aseguramiento e igualar el nivel de prestaciones para las distintas contingencias, al mismo tiempo que la unificación administrativa de todos estos instrumentos en el Ministerio de Seguridad Social¹⁶⁹.

En el marco de la política Keynesiana, también se le atribuye a Beveridge la propuesta de creación del Servicio Nacional de Salud y la formulación de una política de empleo. Destaca el jurista Monero

¹⁶⁶ DEVOLDER, Pierre. Le financement des Regimes de retraites. París: Economica, 2005. p. 19.

¹⁶⁷ MONERO PÉREZ, Jose Luis; MOLINA NAVARETE, Cristóbal y QUESADA SEGURA, Rosa. “Manual de Seguridad Social”. Madrid: Tecnos. Novena Edición. p. 33.

¹⁶⁸ DURAND, Paul. La política contemporánea de seguridad social. Barcelona: Ministerio de trabajo y seguridad social de España, 1991. p. 159.

¹⁶⁹ Ibid., p. 159-168.

“[...] que ya se estaba plenamente dentro de un modelo de Estado que, denominado <De bienestar>, ya había saltado e interrumpido en los textos constitucionales de los países más desarrollados –Derecho Constitucional Social-, así como los textos internacionales – Derecho Social Internacional-. La configuración del Estado prestador de servicios a la comunidad, a la población, dentro del cual el Sistema de Seguridad Social, como conjunto más consolidado de <Derechos de prestación social> o <Libertad real>, se constituyó naturalmente en su núcleo, anclará sus fundamentos en el máximo plano normativo”¹⁷⁰.

En esta misma dirección, el catedrático Mesa Lago, señala que el plan de 1942 “proponía un plan de “seguridad social” que integrase los seguros sociales, la asistencia social, y los seguros voluntarios complementarios. En el informe se identificaron seis “principios” incluyendo el sistema público o unificación de la responsabilidad administrativa, la comprensividad, y la unificación en la cotización y la prestación (Beveridge, 1946)”¹⁷¹.

Este conjunto de medidas protectoras que se van desarrollado en la primera mitad del siglo XX, aumentan el papel del Estado en la economía, en el trabajo y en la sociedad; el Estado jugando un papel más protagónico va a intervenir más en la protección de colectivos de trabajadores y el Derecho entra a participar más en la construcción de las normas de protección; el concepto clásico de riesgo social, se va transformando en un nuevo enfoque, el cual tiende a consolidar acciones positivas para superar las necesidades fundamentales de los individuos; ello implicara, como dice el profesor Almanza, que se ha de proteger a las personas, simplemente, por el hecho de ostentar el título de ciudadanía.

Con el fortalecimiento del Estado de Bienestar, se hacen más explícitas y estructuradas las medidas de protección al trabajo; en el estudio del Banco Mundial se pregunta ¿Por qué han de intervenir los Gobiernos? Y se precisa además que “a medida que vamos envejeciendo, trabajamos, producimos y ganamos y, por lo tanto, necesitamos de una fuente de ingresos para sobrevivir. Las sociedades y los Gobiernos han creado diversos mecanismos para proveer seguridad económica a sus ciudadanos ancianos, como parte de la red de seguridad social que tiene por objeto reducir la pobreza”¹⁷². Los Estados ante las transformaciones de los Sistemas tradicionales de protección, intervienen para superar los riesgos sociales que presenta el ciclo de vida laboral; las medidas y diferentes mecanismos son soportadas por los propios Estados, por el mercado o en ocasiones por sistemas híbridos. Dejar la previsión en acciones voluntarias acarrea varios problemas según el estudio del organismo internacional: por miopía, por uso de instrumentos de ahorro inadecuados, por fallas en los mercados de los seguros, deficiencias de información y pobreza de larga duración¹⁷³.

El profesor Valdés se pregunta si la pensión formalizada en los regímenes de protección son la única forma de subsistir en la vejez o ante los riesgos producidos por la actividad laboral; a más, de la pensión que es “un monto relativamente constante de dinero pagado periódicamente (mensualmente) que se inicia cuando el causante tiene una edad relativamente avanzada o cuando queda invalido o muere, y continua hasta la muerte del causante y sus beneficiarios. Y agrega el autor, cuatro métodos adicionales para subsistir en la vejez: (i) ayuda de los hijos, parientes y amigos, (ii) recurrir a la caridad de los desconocidos, (iii) desacumular el stock de

¹⁷⁰ MONERO. Op cit., p. 35.

¹⁷¹ MESA LAGO, Carmelo. Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de seguridad social. Santiago de Chile: ONU- CEPAL. Financiamiento del Desarrollo, 2004. p. 12.

¹⁷² BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo. Washington D.C.: Oxford University Press, 1994. p. 1. [En línea].

¹⁷³ Ibid., p. 6.

ahorro, formado durante la vida activa y, (iv) continuar trabajando en la vejez”¹⁷⁴. Estados modalidades de subsistencia, varían según el nivel de desarrollo de cada sociedad y se irán extinguiendo en la medida en que se afirman formas modernas de vinculación al trabajo asalariado, y se aumentan los ingresos de los ciudadanos. Corresponde a los estados en el diseño de los regímenes pensionales y en los programas de seguridad económica en la vejez plantearse “...*la importancia relativa de las funciones de ahorro, redistribución y seguro y el papel que han de desempeñar los Gobiernos respecto de cada una...*”¹⁷⁵.

En el escenario internacional.

Se inicia la expansión internacional a través de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); se abre un centro de la OIT en 1940 en Montreal y tiene lugar la conferencia de NEW York en 1941 con representación tripartita: trabajadores, empleadores y gobiernos, donde a propósito de la carta atlántica, se pedía como medida de reconstrucción de la posguerra – como segunda resolución- mejorar las condiciones de trabajo, de progreso económico y de la seguridad social: esta resolución se retomará en la 26 sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo que se celebraría en mayo de 1944 en Filadelfia¹⁷⁶.

De esta Conferencia ha de salir la “Declaración de Filadelfia”, la cual expone los objetivos de la OIT y pasa a configurarse en la constitución de la organización internacional. Esta declaración de vocación universal pretendía edificar un nuevo mundo, que no estuviese fundamentado en la fuerza sino en el derecho y la justicia. “...*La declaración de Filadelfia no decía otra cosa cuando volvía a afirmar, a la luz de la experiencia de la segunda guerra mundial, que <una paz permanente solo puede basarse en la justicia social> y que, < la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos>...*”¹⁷⁷

De otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 22 y 25, reconocen que toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social. Será en la década de los 50, cuando se expide el Convenio N° 102 de la OIT (1952), donde como norma mínima de seguridad social hace explícito el conjunto de riesgos a los que están expuestos los trabajadores, en el marco del Estado de Bienestar: invalidez por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, enfermedad general, maternidad, muerte (sobrevivientes), vejez y desempleo

- En América Latina: se introducen desde la primera mitad del siglo XX, los programas de seguridad social, antes que en África, Asia y Oriente Medio, según lo explica el académico Mesa-Lago; antes, de que Chile iniciara sus reformas estructurales, los países latinoamericanos fueron calificados y ordenados en tres grupos básicos, según la fecha en que introdujeron los sistemas y el grado de desarrollo que alcanzaron en la apuesta en marcha de estos programas; para la CEPAL, en ese momento, se establecieron en el primer grupo, pionero- alto, Uruguay, Argentina, Chile, Cuba, Brasil y Costa Rica, que introdujeron sus planes en las décadas de los 20 y de los 30. El grupo intermedio lo conforman Panamá, México, Perú, Colombia, Ecuador y Venezuela, países que adaptan sus programas en las décadas de los 40 y los 50, influenciados por el modelo Beveridge

¹⁷⁴ VALDÉS, Salvador. Políticas y mercados de pensiones. Texto universitario para América Latina. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2012. p. 24- 25.

¹⁷⁵ BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Op. cit., p. 12.

¹⁷⁶ DURAND. Op. cit., p. 171.

¹⁷⁷ SUPIOT. El espíritu de Filadelfia. Op. cit., p. 47.

y los Convenios de la OIT. El tercer grupo, estaría conformado por Paraguay, República Dominicana, Guatemala, el Salvador, Nicaragua, Honduras y Haití, que incorporaron sus sistemas en la década de los 60 y de los 70¹⁷⁸.

LA PRESENCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

En el país rural que caracteriza Colombia hasta mediados del siglo XX, las medidas protectoras para superar la invalidez, la vejez y la enfermedad, no existían ni conformaban plataformas de seguridad social y aún más era muy liviano el concepto integral de seguridad social. Existieron diversos regímenes especiales, dispersos que dependía de la capacidad de negociación de los trabajadores del sector público, en su calidad de servidores públicos. Surgen normas como la ley 50 de 1886, por medio de la cual se reconocían pensiones a favor de los trabajadores del Estado: empleos de manejo judicial o político. La ley 39 de 1903, que establece el régimen pensional de los maestros, profesores e inspectores de instrucción pública.

De manera posterior, como lo señala el economista y politólogo colombiano Oscar Rodríguez

“En los años 1920 y durante la primera mitad del siglo veinte, en la sociedad colombiana se producen una serie de transformaciones que la conducen al proceso de modernización. En el ámbito económico se podrían mencionar los cambios en el régimen de acumulación propiciados por el desarrollo del capital industrial, la extensión de la relación salarial que favorece transformaciones en el mercado de trabajo, el impulso de la caficultura basada en la pequeña y mediana propiedad, una mayor vinculación al mercado mundial que integra el país a la economía de crédito internacional, y el florecimiento y centralización de la banca privada”¹⁷⁹.

En este contexto de auge y transformaciones económicas, se expedirán las leyes 114 de 1913 y 116 de 1928, que focalizarán de forma exclusiva a los maestros de escuelas primarias oficiales, cuyos preceptos, los tomaría más luego, la ley 6 de 1945, para cuya liquidación se tendría de presente como base el promedio del sueldo durante el último año. La ley 102 de 1927, prioriza el aumento de las pensiones y afirma los derechos pensionales de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de conformidad con lo estipulado en las leyes 29 de 1905 y 12 de 1907. En 1912, se crea el primer fondo que garantiza la pensión de los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, mediante la expedición de la ley 82. Esta experiencia del fondo común se hará presente con la expedición de la ley 75 de 1925, la cual crea el fondo para proteger a los retirados de las fuerzas armadas, cuyo derecho se ha de denominar sueldo de retiro.

Estas ilustraciones, referidas a algunos colectivos indican la gran dispersión y atomización, a más de la limitación de los estatutos pensionales, en una época en la que varios países de la región habían introducido los regímenes pensionales de reparto, en una época de gran protección económica para América Latina y de alto crecimiento demográfico.

La seguridad social como sistema se inició en 1945, mediante la sanción de la ley 6 del mismo año, con la creación de la Caja Nacional de Previsión- CAJANAL- encargada del sustento de prestaciones a trabajadores del sector público, atendiendo a dos propósitos fundamentales: el

¹⁷⁸ MESA LAGO. Op. cit., p. 13.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ. Del patronato al aseguramiento en el sistema de protección social en Colombia. Op. cit., p. 241.

reconocimiento y pago de pensiones económicas de una parte, y el hecho de proporcionar atención médico- asistencial al usuario y sus beneficiarios; bajo esta modalidad de cajas de compensación se crean en el país más de 1040 a nivel nacional y territorial, financiados con los aportes de los trabajadores y del Estado.

Para los trabajadores del sector privado se expidió la ley 90 de 1946, que crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, entidad que va a recaudar y manejar los recursos de las pensiones. Posteriormente se consolidará, esta institución de conformidad con las reglas expedidas por el Decreto 3041 de 1966 que permite la afiliación, a los trabajadores con contrato de trabajo al servicio de patrones de carácter particular, a los trabajadores que prestan servicios en empresas de derecho público, semioficiales so descentralizadas, a los trabajadores oficiales y a los trabajadores que prestan servicios a un sindicato en ejecución de un contrato sindical. Quedan excluidos, como en el modelo clásico de seguridad social, los trabajadores independientes, el servicio doméstico, los trabajadores a domicilio, agrícolas e informales hasta cuando no se expidan los reglamentos para estos colectivos.

Con base en la afirmación expuesta hasta este punto, es posible afirmar – siguiendo el análisis llevado a cabo por el economista y politólogo colombiano Oscar Rodríguez- que “...El aseguramiento colombiano nace fragmentado: Caja Nacional de Previsión para atender los trabajadores públicos, Instituto colombiano de seguros sociales garante de la afiliación de los trabajadores del sector privado y Ministerio de Salud, responsable del servicio de salud para el resto de la población”¹⁸⁰. Estos primeros antecedentes de los cimientos de sistema de aseguramiento colombiano ponen de presente que desde sus orígenes este fue concebido como un modelo bipartito, que debía atender a las necesidades de los grupos sociales de la época, dejando a un lado la pretensión de un sistema universal.

De esta forma, y a partir de 1967, se establece un sistema pensional con perfil monopólico estatal, administrado por dos tipos de agencias: el seguro social para los trabajadores del sector privado y algunos entes estatales y, las cajas y fondos para servidores públicos del orden nacional y territorial. El sistema pensional con acentuado perfil Bismarckiano y fuerte intervención estatal, estructura un régimen de amplios beneficios y débiles soportes de fondeo; bajo esa configuración el Estado financiera los faltantes con recursos corrientes de la Nacional, acentuando el déficit actuarial del sistema, que motivaría posteriormente una reforma en los inicios de la década de los 90. Sin embargo, vale la pena señalar que este modelo Bismarckiano adoptado en Colombia, tuvo unos matices especiales, pues fue en contra del principio de mutualización¹⁸¹.

(i) De una forma monopólica a una estructura competitiva.

La crisis del mercado instaurada en 1967 se manifiesta, entre otros factores, cuando se evalúa la universalidad del régimen pensional. El legislador lo manifiesta cuando afirma que “...*la cobertura dista de ser universal. A penas un 17 o 20 % de la población accede a la seguridad social...*”¹⁸²; Mas adelante dirá el informe que “...*esto significa que las personas protegidas constituyen una minoría, ubicada principalmente en el sector formal de la economía...*”¹⁸³. En

¹⁸⁰ Ibid., p. 271.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para segundo debate al proyecto de la Ley 155, 204 Cámara de 1992. “Por el cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se adoptan otras disposiciones”.

¹⁸³ Ibid.

el debate que adelanta el legislador, abundan los cuestionamientos al Régimen pensional estatal, se argumenta el difícil pensional presentado al Gobierno que en este momento ascendía a la suma de 14.9 billones de pesos, que sin bien obedecía en parte al hecho de no haber incrementado las cotizaciones, la mayor preocupación radicaba en el profundo cambio democrático que estaba ocurriendo en Colombia. Si de las cotizaciones se trataba, ellas tendrían que aumentar, según debate entre legisladores y actuarios, a tasas entre el 12 % y el 20 %, lo cual aparecía económicamente insostenible en un periodo de 10 años a menos. Se acusa igualmente al régimen pensional estatal, de no ser solidario y así lo expresa la ponencia que soporta la nueva ley, al afirmar que el enorme déficit causado contiene subsidios regresivos, representados en obligaciones exigibles o próximas a serlo, que ineludiblemente requerían sumas muy superiores para pagarle los beneficios a los afiliados de altos ingresos. Sobre la eficiencia, expresa la ponencia, que no se motiva solo en la multiplicidad de instituciones, sino que ella influye con mucho en el déficit, por la falta de aportes estatales, el bajo nivel de cotizaciones, la evasión total o parcial que se presenta en la forma de sub declaración de salarios¹⁸⁴.

El sistema dual o paralelo: La ley 100 de 1993 consagra lejos del monopolio estatal un sistema pensional con dos regímenes que le dan el carácter de dual. Esta reforma se articula con un conjunto de transformaciones que se habían emprendido desde 1990 en el marco institucional de la “apertura económica”, que irían a afectar los escenarios económicos políticos y sociales, que institucionalmente había construido el país. En el marco normativo hace presencia la Constitución de 1991, que consagra en su dogmática un núcleo significativo de derechos fundamentales, básicos para la convención social, y a la vez, estipula una fuerte participación del sector privado en la gestión de varios tópicos que estaban bajo la responsabilidad del Estado. Hasta ese momento que se iniciaba el debate sobre la naturaleza y el alcance de los derechos fundamentales, en la Corte Constitucional, las pensiones hacían parte de un simple derecho social que integraba el conjunto de derecho económicos, sociales y culturales (DESC), lo cual implicaba necesariamente que para hacer efectivo el goce de esos derechos requería del trámite de una ley.

La propuesta de reforma del Gobierno se dirigía a sustituir en su totalidad en régimen de prima media, por el régimen de ahorro individual con solidaridad, con diversas formas de integración del régimen de prima media en el nuevo escenario. Sin embargo, “el Congreso no acepto la propuesta gubernamental de eventual sustitución completa por un sistema de capitalización individual, y se llegó finalmente a un acuerdo explicado luego en mayor detalle, según el cual, en principio conviven y compiten indefinidamente opciones definidas por beneficios o por contribuciones”¹⁸⁵.

De este proceso urge el modelo competitivo compuesto por dos regímenes: Prima media y capitalización, alejándose del sistema público de reparto, del sistema sustitutivo como lo había hecho Chile, del modelo mixto con componente de pensión básica y capitalización como lo había iniciado Argentina, dentro de los muchos modelos surgidos en América Latina después de la década de los 80, con una alta influencia de la reforma chilena.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ AYALA, Ulpiano. Costo fiscal e impacto macroeconómico de la reforma pensional en Colombia. Trabajo preparado para la Conferencia “Costos Fiscales de las reformas pensionales” de la Secretaría de Hacienda de México y el Instituto de Desarrollo Económico del Banco Mundial. Universidad de los Andes, 1997. p. 4.

Advierte el profesor Valdés que los regímenes pensionales son producto de las organizaciones sociales y es pertinente clasificarlos en dos grandes grupos: por un lado, están los mercados de pensiones, entendidos como una relación voluntaria entre oferentes y demandantes de servicios y pensiones; de otra parte, están las políticas estatales de previsión de pensiones¹⁸⁶. Agrega el analista que, a finales del siglo XX, la magnitud de las intervenciones del Estado alcanzaba niveles enormes, pues en muchos países la política de pensiones ha llegado a controlar, más del 5 % del PIB; países como Australia y Holanda registran un gasto en pensiones del 14,8 % y 13,9 % del PIB respectivamente y, otros países, como India y México con porcentuales del 1,3 % y 0,8 % del PIB respectivamente.

De igual forma advierte, el clásico estudio sobre envejecimiento sin crisis del Banco Mundial que era precisos en el diseño de los regímenes pensionales, combinar los diferentes “pilares”, para que a la vez que se configurara una red de seguridad social, fuese un instrumento de crecimiento: facilitar las medidas que tome la gente para traspasar parte del ingreso de sus años de trabajo activo a la vejez (función de ahorros); proporcionar un ingreso básico mínimo que proteja a los que tuvieron un ingreso bajo durante toda su vida (función de redistribución) y, asegurar a los ancianos, contra numerosos riesgos a que son vulnerables (función de seguro)¹⁸⁷. Aun cuando se han estudiado diferentes formas de combinar las funciones que cumplen los sistemas pensionales, muy difícilmente, un país, va a poder integrar las tres funciones, en un solo pilar de las propuestas por el Banco Mundial.

El profesor Valdés sugiere agrupar los programas estatales en torno a dos objetivos que dan origen a los tres pilares.

- a) Ayudar a los ancianos pobres – Primer pilar.
- b) Ayudar a los trabajadores entre 30 y 50 años de edad a vencer su *imprevisión*, este último objetivo se busca con dos instrumentos:
 - i) Obligando a los trabajadores a ahorrar para la vejez- segundo pilar.
 - ii) Ofreciendo incentivos fiscales a los trabajadores para que ahorren voluntariamente para la vejez, que sean mayores que los incentivos ofrecidos a otros tipos de ahorro¹⁸⁸.

La ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas establecieron las bases y los procedimientos para que los trabajadores asalariados y dependientes fuesen obligados a ahorrar y de esta forma lograran superar la imprevisión; podrían elegir entre el régimen de prima media y el de capitalización que se corresponden con el pilar dos, ambos contributivos, aunque con diferencias; harán parte de este pilar – prima media, los regímenes pensionales que estaban instaurados antes de la ley 100 de 1993, y que la propia ley los va a mantener, haciendo relación a los regímenes especiales y exceptuados.

Al final de este acápite haremos referencia a los mecanismos que la institucionalidad de protección social ha incorporado para el pilar número uno (1), ósea el de los ancianos pobres, donde su ubican grandes volúmenes de población con ingresos bajos, empleos precarios y perfiles de informalidad.

¹⁸⁶ VALDÉS. Op. cit., p. 27.

¹⁸⁷ BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Op. cit., p. 269.

¹⁸⁸ VALDÉS. Op. cit., p 29.

4.3 ¿CÓMO SE ESTRUCTURA EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES?

En el artículo 10 de la ley 100 se señala que el sistema tiene por objetivo garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determine en la presente ley, así como propende por la ampliación progresiva de la cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

En el año 2002, el Gobierno Nacional hace una evaluación del modelo dual, al iniciar el presente siglo y planeta la necesidad de una nueva reforma pensional, motivada principalmente por las restricciones económicas y financieras y la falta de liquidez que amenazaba la eficacia del sistema; la baja sostenibilidad de los gastos expresada, por ejemplo, en el subsidio de cada pensión que podría estar entre el 42 y el 72 %. El pasivo pensional equivalía a 1.3 veces el PIB del año 2000, las restricciones en cobertura del sistema se expresaban en reconocer que 8 de cada 10 colombianos en edad de pensionarse no estaban cubiertos por el sistema.

Esta reforma consagra 5 grandes aspectos: a) aumenta el periodo de cotización en el sistema, hasta 1300 semanas, b) incrementa progresivamente los aportes al sistema de pensiones, c) el monto de la pensión es decreciente en la medida en que el ingreso base de liquidación sea mayor, menor la tasa de reemplazo para estimar la pensión mensual y d) la reducción del subsidio frente a la ley 100 de 1993 y e) disminuye el tiempo de disfrute de la prestación económica, al aumentar los tiempos de cotización y de permanencia en el sistema de cara a la expectativa de vida de los colombianos.

El régimen subsidiado de prima media sería gerenciado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS y la Caja Nacional de Previsión- CAJANAL y el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) por las administradoras de pensiones; para Fedesarrollo los objetivos más importantes serían:

- I. Lograr la equidad fiscal.
- II. Aumentar la cobertura especialmente para los más vulnerables y mejorar la equidad.
- III. Fortalecer el sistema financiero; y
- IV. Mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos.

Vale la pena anotar también, que el proyecto que se radico en su versión original eliminaba el RPM¹⁸⁹.

¿Qué características le son comunes a los dos regímenes?

Hay en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, una concentración de esas características: obligatoriedad de afiliación a los trabajadores dependientes e independientes; elección del trabajador para su vinculación a cualquiera de los dos sistemas; reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia; obligación de efectuar los aportes de ley; posibilidad de trasladarse cada 5 años, entre regímenes, a partir de la relación inicial, no así, cuando les haga 10 años o menos; en el reconocimiento de las pensiones, se tomaras en cuenta las cotizaciones de que se obtuvieron antes de la vigencia de la ley básica; el reconocimiento de la pensión, no podría ser inferior a un salario mínimo legal mensual (Acto

¹⁸⁹ FEDESARROLLO. Mauricio Santamaría y otros. Sistema pensional en Colombia. Retos y alternativas para aumentar la cobertura. Informe final. Bogotá, abril 12 de 2010. p. 8.

legislativo 01 de 2005); en el evento de no alcanzar al acceso a una pensión mínima, se producirá la devolución de saldos o indemnización sustitutiva según el régimen.

De igual manera, desde la creación del sistema pensional, quedaron claras las diferencias y el trato diferente entre los dos regímenes: el de prima media, se concebía como un fondo común de naturaleza pública, que recibe los recursos para el pago de todas las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, según lo establece el artículo 32 de la ley 100 de 1993. En el régimen de ahorro individual, una parte de los aportes se capitaliza en una cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, con sus respectivos rendimientos financieros; para acceder a la pensión mínima, distinto a lo que sucede en prima media, debe cumplir el afiliado con unos requisitos; cuando no alcanza a acceder a la pensión mínima, terminan acudiendo al fondo de garantías de pensión mínima.

En relación con los más relevantes parámetros se han de destacar las siguientes diferencias:

- En cuanto a la edad: el artículo 33 establece 55 años para la mujer y 60 para el hombre; a partir del 2014, se incrementará a 57 años para la mujer y 62 años para el hombre; en el Régimen de Ahorro Individual, tendrá derecho a una pensión de vejez, a la edad que escoja, siempre y cuando, el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual, según lo consigna el artículo 64 de la ley.
- En cuanto al tiempo mínimo de cotización; de aportar durante 1000 semanas en el año 2003, se pasa a 1300 semanas en el 2015. En el régimen de capitalización, no se requiere un tiempo determinado, sino un capital mínimo, a menos que no haya alcanzado a acceder a la pensión mínima, evento en el cual se requieren las 1150 semanas cotizadas.
- En cuanto a la tasa de remplazo: originalmente se ubicaba entre el 65 %, cumplidas las 1000 semanas y se estimulaba a permanecer en el sistema, dado el aumento del 2 % en las 200 semanas siguientes, o del 3 % en las subsiguientes 200, hasta llegar al 85 % del Ingreso Base de Liquidación; con la reforma de la ley 197 del 2003, la base continua en el 65 %, pero se calcula con una fórmula que es decreciente, dado que, entre más ingresos tenga el afiliado-cotizante, menor será la tasa de remplazo y se expresa de la siguiente manera:

$$R = 65.0 - 0.5 (S)$$

De donde, R es igual a porcentaje del ingreso base de liquidación; S, es igual al número de salarios mínimos legales mensuales; para el régimen de capitalización se estimará – fórmula actuarial- el valor de la pensión, dependiendo del capital acumulado durante su vinculación laboral, los aportes voluntarios, los bonos si los hay y los rendimientos financieros del fondo al cual estuvo afiliado.

Una vez ubicado el perfil del Sistema general de pensiones en Colombia, y la estructura de los dos regímenes diseñados en la ley, es preciso preguntarse si esta configuración ¿ha permitido un avance de cobertura, de afiliados y cotizantes al Sistema? Una aproximación se hace a través de un resumen de indicadores¹⁹⁰ que nos facilitan ver los impactos de esta reforma en la situación actual: el conjunto de la población económicamente activa en el país asciende para el 2016 a 24.376.272 personas, de las cuales ocupadas se registraron 22.179.464; de este conjunto se puede afirmar que los afiliados sobre la población activa aumento significativamente hasta llegar al 81.78 %. Ya Fedesarrollo registraba que la cobertura había pasado de un 20 % en los

¹⁹⁰ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

90 a 45 % en los finales de la década, “[...]pero como se verá más adelante esos avances en cobertura y los logrados en cuanto a equidad, fueron insuficientes, pues para el año 2001, la cobertura real, excluyendo a los afiliados no cotizantes, tan solo era del 25 % de la población económicamente activa. Por otro lado, los subsidios se distribuían de manera regresiva, favoreciendo a los menos vulnerables¹⁹¹”.

Si se leen los indicadores de la Superintendencia Financiera bajo el concepto de cobertura real – cotizantes versus población activa- en el año 2016, el Sistema alcanzaba el guarismo del 32.25 %. Si se lee, la relación entre cotizantes versus ocupados, el indicador nos daría una cobertura de 35.44 %. Esta ilustración de los argumentos numéricos, indican que, si se han dado avances en cobertura de afiliados, aun cuando sean lentos, pero inquietantes, en la medida en que con las alteraciones del mercado del empleo no se pueda satisfacer la relación relativamente constante que exigen los sistemas de seguridad social. Si se toma solo el universo de cotizantes, la constelación del régimen de prima media solo llega al 26.95%, mientras el de capitalización asciende a 73.05 %, lo cual indica hacia donde se están dirigiendo los recursos que aportan los trabajadores; lo cual permite extraer la siguiente conclusión: entre menos ingresos por cotizaciones en prima media, se generaran mayores dificultades fiscales, dado que el grueso de los pensionados en la actualidad proviene de ese régimen.

Una visión de conjunto del Sistema de protección.

De cara a la estructura del Sistema general de pensiones, es conveniente para tener una comprensión global, hacerse las siguientes preguntas:

¿Qué tan vieja es la población colombiana? Si la medida de envejecimiento esta dado por la población mayor de 65 años, sobre la población total, la cual se encuentra estimada para todo el país de 49.021.139 millones de personas en el año 2016, los siguientes serían los indicadores:

Tabla 3. Tasa de envejecimiento para el 2016

Grupo etario.	Total	Tasa de envejecimiento.
65-69	1.363.781	
70-74	697.539	
75-79	700.183	
80 y más.	710.090	
Total	3.741.593	7.63 %

Fuente: Informe h. Congreso. 2015-2016. Min Trabajo.

Como punto de referencia se tenían como indicadores de envejecimiento del año 2010 a Japón con 25,6 %, España con un 17,8 % y México con 6,68 %.

¹⁹¹ FEDESARROLLO. Op cit., p. 12.

¿Cuál es la población en edad de pensionarse? De conformidad con los parámetros que establece la ley para jubilarse, mujeres 57 años y hombres 62, según las proyecciones del DANE, el guarismo registraba a 2.147.069 hombres, y 3.728.885 mujeres, totalizando 5.875.954 personas para el año 2016, en edad de pensionarse.

¿Qué población colombiana esta pensionada? Para abril de 2016, el total de pensionados en Colombia alcanzaba la cifra de 2.089.529 que incluye el Sistema General de pensiones, con los regímenes de prima media y capitalización; incluye además los pensionados de FOPEP, regímenes exceptuados, regímenes especiales y convenciones colectivas (no incluye los BEPS, Colombia mayor, ni pensiones voluntarias).

¿Qué cobertura global alcanza la población pensionada? Si relacionamos la población pensionada con la población en edad de pensionarse se tendrá un porcentaje que arroja el 35.6 % de cobertura.

Régimen pensional de prima media.

Cuando se configura la nueva ley, ya existían diversos regímenes pensionales de reparto que no se lograron superar o al menos mitigar; ya se advertía en el capítulo precedente de mercado de trabajo la alta segmentación y desigualdad que se reflejaba en los regímenes pensionales, por diversas razones, de capacidad de negociación, cercanía de los colectivos a los centros de decisión, por razones de carácter técnico, o por el poder en el mercado que va a tomar a través de la ley, la estructura de regímenes especiales o exceptuados según el vocabulario de la ley. Estos subconjuntos

“[...] gozan de mayores beneficios que el sistema general y las condiciones para acceder a dichos beneficios son más favorables. Por lo general hay una edad de jubilación y una prima de cotización más bajos, menor número de semanas cotizadas y mayores montos de la pensión, en términos de tasa de reemplazo y de ingresos base de liquidación, IBL. De esta forma se genera, un déficit público permanente, que suele ser cubierto por dos vías, la primera con ingresos obtenidos por fuera del régimen del grupo específico a través de transferencias del Gobierno (...), una segunda vía (...) consiste en utilizar gran parte de los ingresos operacionales o las utilidades de dichas empresas”.¹⁹²

Hay que agregar a estos dos grupos que tendrían trato diferente de cara a las nuevas reglas pensionales: el régimen de transición, que cobija a las personas que hacen tránsito en la legislación y los regímenes cuyas fuentes provienen de los acuerdos convencionales.

El régimen de prima media, establecido en el artículo 31 de la ley 100 de 1993, corresponderá al régimen ordinario a quien acompañaran los otros subsistemas. En este escenario el régimen de prima media va a expresar la segmentación y las desigualdades que ya existían en el régimen con perfil monopólico del Estado, y regula el régimen de transición por un periodo de 20 años; de esta forma, y siguiendo en estudio sobre el sistema de pensiones en Colombia de la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁹³, podemos incorporar al régimen ordinario los segmentos de los regímenes excluidos, los regímenes especiales y los regímenes

¹⁹² MERCHÁN HERNANDEZ, César Augusto. DNP. ¿Cuáles son los colombianos con pensiones privilegiadas? Archivos de economía. Documento 18215. Abril de 2002, p. 3.

¹⁹³ GUERRERO, Sergio y MURILLO, Sergio. Superintendencia de Industria y Comercio. Estudios de mercado. Estudios sobre el sistema de pensiones en Colombia- Estudio elaborado por la Delegatura de protección de la competencia. Bogotá, 2012. p. 1 y 2

convencionales; el conjunto de los segmentos de prima media se establecería de la siguiente manera: el régimen de prima media con prestación definida (PD) está integrado por:

- a) Régimen ordinario de ley de 1993.
- b) Regímenes exceptuados.
 - i. Fuerzas militares y Policía Nacional.
 - ii. Personal civil al servicio de las FFMM o la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
 - iii. Magisterio oficial.
 - iv. Servidores públicos de Ecopetrol vinculados antes de la vigencia de la ley 797.
- c) Los regímenes especiales que tienen un tratamiento excepcional distinto al régimen general de pensiones, y son:
 - i. Régimen de pensión para servidores públicos que laboran en actividades de alto riesgo (Decreto 2090 de 2003).
 - ii. Régimen de pensión para servidores municipales o departamentales, quienes hayan adquirido derecho a pensión con anterioridad a la Ley básica, seguirán vigentes. (Artículo 146, Ley 100 de 1993)
 - iii. Régimen de pensión a deportistas destacados (Artículo 148, ley 100 de 1993).
 - iv. Régimen de pensión para Congresistas (Ley 4 de 1992, artículo 7).
 - v. Régimen pensional a Ex Presidentes de la República (Ley 053 de 1978, artículo 3).
 - vi. Régimen de pensión a magistrados de altas Cortes (Decreto 065 de 1998, artículo 25).
 - vii. Régimen de pensión para desmovilizados, en proceso de paz, que cumplieron los requisitos establecidos en la ley en el Régimen de Prima media siempre que se hayan cotizado 500 semanas.
- d) Régimen de transición pensional.
- e) Regímenes convencionales.

Como se puede deducir del esquema anterior, se está en presencia de regímenes diversos con condiciones diferentes que generan segmentación, produciendo una plataforma de desigualdades entre los afiliados y los pensionados; se han de requerir varias reformas, y la intervención de los aparatos de justicia a través de las Cortes Constitucional, Suprema y el Consejo de Estado para aminorar esas desigualdades. Así mismo, se debe señalar que este fenómeno no es propio de nuestro país, sino que, por el contrario, se reproduce en gran parte de las latitudes latinoamericanas, hundiendo sus raíces en medidas realizadas en el siglo pasado, y que responden a la fijación de privilegios para unas élites determinadas; al respecto Feliz León Martínez señala que:

“En América algunos segmentos públicos de protección social empezaron a implementarse en los años 1930. Estos sistemas estaban muy influenciados por Europa y se aplicaban más que todo a grupos sociales específicos: militares, funcionarios, empleados del sector público de sociedades internacionales. Tenían que ver esencialmente con pensiones y seguros de salud. Estos regímenes, muy parciales y elitistas, se extendieron, y después de la segunda guerra mundial, con la

industrialización a nuevas categorías asalariadas, en especial en países como Argentina, Brasil, México, Colombia”¹⁹⁴.

En relación con los procesos de los regímenes convencionales es conveniente anotar que se ha producido un debate por efecto de estar de cara a derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento interno y en el ordenamiento internacional, particularmente los derechos fundamentales establecidos por la OIT, dado que se afecta el derecho de libertad de asociación y negociación de las organizaciones sindicales.

Ahora bien, respecto del régimen de transición, se establecieron un conjunto de reglas que facilitan y dan respuesta a determinadas condiciones ante el cambio del régimen pensional anterior, para aquellos afiliados que se encontraban próximos a acceder a unos beneficios económicos. El artículo 36 de la ley 100 de 1993 estipuló los parámetros para hacerse acreedor a ese estatus jurídico así:

1. Para mujeres que tengan 35 años o 40 o más años si son hombres.
2. Haber cumplido 15 o más años de servicios cotizados.

Estos grupos de población deben ser evaluados para obtener su pensión, con la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, según el régimen al que pertenencia.

De conformidad con el acto legislativo 01 de 2005, el periodo de transición terminó en junio de 2010, excepto para los que tenían 750 semanas de cotización, cuyo plazo se extendería hasta el año 2014.

Sobre este tema, algunos académicos han manifestado su preocupación, señalando por ejemplo que “[...] *el haber conservado esas condiciones hace bastante inequitativo y costoso el régimen de transición, se mantienen vigentes los excesivos beneficios pensionales del pasado, tales como altos montos pensionales (con tasas de reemplazo del 75 %, por lo general) en el rango de 500-999 semanas y las costosas emisiones de bonos pensionales para empleados públicos (Comisión de gasto, 1997) ...*”¹⁹⁵.

Al respecto, particularmente la Corte Constitucional ha producido una abundante jurisprudencia, sobre la cual se hará referencia en la segunda gran parte de esta tesis doctoral, donde se pondrán en escena diferentes sentencias en presencia del principio de proporcionalidad.

Medidas del objeto de cobertura, en prima media.

El perfil poblacional de la población vinculada al Sistema de primera media con prestación definida en los últimos 10 años se puede sintetizar en los siguientes indicadores que aparecen en esta tabla:

¹⁹⁴ MARTÍNEZ. Op cit., p. 513.

¹⁹⁵ MERCHÁN. Op cit., p. 7.

Tabla 4. Régimen de prima media- COLPENSIONES.

Afiliados (Miles). 2006	2016	Crecimiento	Tasa de crecimiento.
Total 5.996	6.439	443	7,4 %
C.P Activos. 1.996	2.818	819	41 %
C.P Inactivos 3.917	3.619	-298	-7,6%
Cotizantes 2.016	2.256 240		11,9 %

Fuente: Superintendencia Financiera.

Los afiliados al régimen de prima media pasaron de 5.996.000 afiliados en el 2006 a 6.439.000 en el 2016, que representa una tasa de crecimiento del 7,4 %; es decir 443.000 más afiliados que aparece como una cifra relativamente baja. Los activos que son quienes han cotizado alguna vez durante los últimos 6 meses, crecieron a una tasa del 41% que corresponde a 819.000 trabajadores, que no hacen otra cosa que reflejar las fluctuaciones en los mercados de trabajo. Los inactivos descienden significativamente en los índices, generando una tasa negativa de -7,6 %, los cuales son aquellos que tienen registros pero que no han vuelto a cotizar. Pero lo más significativo en los últimos 10 años en este régimen, es que apenas han recuperado el nivel de cotizantes generado desde el 2006; su crecimiento es bastante modesto, en cuanto que son los recursos que van a fondear el sistema con una carga, como se verá más adelante, muy alta de pensionados.

Régimen de ahorro individual con solidaridad.

Este régimen está consagrado en el artículo 59 de la ley y sus características se describen en el artículo 60. Este régimen se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de la gestión de la pensión mínima y de los aportes al Fondo de solidaridad, y propende por la competencia entre diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social- solidario, que libremente escojan los afiliados.

En el régimen de capitalización individual “...el equilibrio de la cotización-prestación es realizado a nivel de cada línea de vida de un individuo. Se puede decir que cada uno financia su propia pensión, si hay solidaridad, es a nivel de la cohorte de todos los individuos nacidos el mismo año. No hay ninguna solidaridad entre generaciones...”¹⁹⁶. Los métodos de la capitalización pueden ser individuales, el caso colombiano, o colectivos, según el grado de solidaridad o individualidad que se le quiera dar a cada régimen, y juega un papel fundamental en las nuevas dinámicas de la seguridad social en pensiones y ante las crisis presentadas por los sistemas de reparto en buena parte de los países de la región.

¹⁹⁶ DEVOLDER. Op. cit., p. 39.

Estos métodos de capitalización (Funding methods) “...aporta a pre financiar durante el periodo de actividad, la promesa de pensión de tal manera que a la edad de pensión existen provisiones suficientes para cubrir la totalidad del compromiso de la pensión...”¹⁹⁷”.

Este sistema de administración privada de un régimen pensional, dado que los recursos del sistema se califican de parafiscales, ha sido objeto de debate en los países de la región y en los organismos de financiamiento y de cooperación internacionales; para el profesor Mesa-Lago que lo denomina sistema privado- este régimen se caracteriza por, “...1). Cotización definida (fijada en el largo plazo...), 2). Prestación no definida (incierto), determinada por la acumulación en la cuenta individual del asegurado, lo cual a su vez dependería de sus salarios, el monto y la densidad de su cotización, y el rendimiento de la inversión del fondo en su cuenta a más de factores macroeconómicos, como el crecimiento, la inflación, etc.); 3). Régimen financiero de capitalización plena e individual (CPI) y 4). Administración privada, aunque también puede ser múltiple (pública, privada y mixta) ...¹⁹⁸”. Sobre estas categorías se diseña el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagrado en la legislación colombiana, que tiene en su construcción como referente la reforma adelantada por el régimen chileno de 1980.

En este régimen, como se anotó anteriormente la financiación va a depender de la constitución de un patrimonio autónomo, cuyos recursos se hayan depositados en una cuenta individual de ahorro pensional, producto de sus ahorros del trabajo, obligatorios y voluntarios y de los rendimientos financieros; dado que no hay transferencias entre las generaciones, la fidelidad al sistema si es muy importante para garantizar el acceso a la pensión en atención a que en este régimen no se está sujeto a los requisitos de edad y tiempos de cotizaciones.

Inicialmente el artículo 79 de la ley básica, establece diferentes modalidades de pensión y las clasifica en 3:

- Renta vitalicia inmediata, artículo 80: el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobreviviente, a cambio de transferir los recursos de capital depositados en su cuenta de ahorro individual.
- Retiro programado, artículo 81: el afiliado o beneficiario obtiene la pensión de la sociedad administradora a cargo de su cuenta individual de ahorro pensional, colocando en cada año, de acuerdo con su expectativa de vida, una anualidad en unidades de valor constante.
- Retiro programado con renta vitalicia definida: el afiliado o beneficiario opta en la contratación por gozar de una pensión en dos fases; un retiro programado en una pensión privada que va hasta la fecha en la cual se inicia la renta vitalicia, que no podrá ser inferior a una pensión mínima de vejez vigente.

La misma ley autorizó a la Superintendencia (Bancaria) Financiera, para crear otras modalidades de pensiones, competencia que se desarrolló a través de la circular 013 de abril de 2012, con la cual crearon cuatro clasificaciones adicionales:

- Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto.
- Renta temporal con renta vitalicia diferida.
- Retiro programado sin negociación de bono pensional.

¹⁹⁷ Ibid., p. 131.

¹⁹⁸ MESA. Op. cit., p. 144.

➤ Renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Este régimen está gobernado de conformidad con los artículos 59 y 60 de la ley básica, por administradores de fondos de pensiones (AFP), los cuales encargan de administrar los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deben reconocerse a sus afiliados; aun cuando la gerencia pudiera igualmente compartirse con el sector público o solidario, la Superintendencia solamente da cuenta de entidades del sector privado, que son las siguientes: administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A, PORVENIR, ESCANDIA, COLFONDOS, y ESCANDIA PLAN ALTERNATIVO., y que distribuyen a sus afiliados de la siguiente manera: Protección, la cifra de 4.105.943; Porvenir, la cifra de 7.546.988; Escandia, 101.600; Colfondos, 1.797.727 y Escandia- Plan alternativo, la cifra de 388.

El artículo 59 de la ley fue adicionado con un inciso en su parte final, con lo estipulado en el artículo 37 de la ley 1328 de 2009, que profiere un mandato para que las administradoras de fondos de pensiones ofrezcan diferentes fondos, bajo el *esquema multifondos*, para que los afiliados una vez informados elijan aquellos que se ajustan mejor a su edad y a su perfil de riesgos.

Este esquema multifondos se materializa en la estructuración de tres tipos de fondos llamados: “*fondo conservador*”, “*fondo moderado*” y “*fondo de mayor riesgo*”, según los riesgos a que se expongan los afiliados.

A estos fondos, se han ido vinculados trabajadores más jóvenes, pero también con ingresos inferiores a los 2 SMLMV; esta tendencia en la estructura de los ingresos se comparte igualmente con los afiliados al sistema de prima media. De las investigaciones pioneras sobre el comportamiento de los regímenes pensionales, particularmente el referido al régimen de capitalización, Ayala y Acosta, observaron que “... el 76 % de los afiliados al sistema de capitalización administrados por las AFP, corresponde a asalariados de menos de 2 SMLMV, aunque el mayor incremento en los 6 años de funcionamiento del sistema se dio en el grupo de más de 4 SMLMV que representan menos del 9 % de los afiliados...¹⁹⁹”. Esta segmentación de los afiliados a los regímenes pensionales, sobre todo el de capitalización individual, por lo menos lleva a evaluar la hipótesis según la cual, expresada por estos autores “...en lugar de la competencia entre estos dos subsistemas aprobados por las reformas de 1993, se registra una segmentación generacional según la cual los jóvenes se concentran en el régimen de capitalización y los más antiguos y los empleados públicos en el sistema de prima media, por los amplios beneficios de la generosa transición aprobada que dejó vigente el régimen anterior hasta el 2014”²⁰⁰.

A fecha reciente el sistema de capitalización concentra el 83,7 % de asalariados de 2 o menos SMLMV, advirtiendo un horizonte de acceso cumplidos los requisitos, a la pensión mínima que es subsidiada, o en su defecto a la devolución de saldos que no hacen otra cosa que generar exclusiones en el Sistema general de pensiones.

Medidas del objetivo de cobertura, en ahorro individual.

¹⁹⁹ AYALA, Ulpiano y ACOSTA, Olga Lucía. Políticas para promover una ampliación de la cobertura del Sistema pensional en Colombia. ONU- CEPAL- ECLAC. Serie financiamiento del desarrollo- Proyecto CEPAL- GTZ, 2002. p. 21.

²⁰⁰ Ibid., p. 10.

Tabla 5. Ahorro individual con solidaridad (RAI)

Afiliados (Miles).	2006	2016	Crecimiento	Tasa de crecimiento
Total	7.010	14.115	7.105	101,3 %
Cotizantes	2.944	4.640	2.155	57,6 %

Fuente: Superintendencia Financiera.

En los últimos 10 años, los afiliados a este régimen de capitalización aumentaron en 7.105.000, llegando el total de afiliados a un total de 14.115.000 trabajadores vinculados a los fondos de pensiones; la mayor contribución de ese crecimiento lo produjo en principio en el esquema de multifondos, la modalidad de *moderado*, que contribuyó con 5.635.000 nuevos afiliados, provenientes de la antiguo Instituto de Seguros Sociales, ahora COLPENSIONES, de las Cajas de Compensación y de la nueva fuerza de trabajo; sin embargo, es conveniente advertir que esa mayor cobertura formal habría que contrastarla con la cobertura real que lleva a cotejar el total de afiliados con el total de cotizantes; significativo es el guarismo del incremento de cotizantes en el régimen de capitalización que paso de 2.944.000 cotizantes en el año 2006, a la cifra de 4.640.000, con un saldo positivo de 2.155.000 trabajadores adicionales aportantes, lo que significa un crecimiento del 57,6 %. No obstante, si se analiza la relación cotizante- afiliado se nota una tendencia decreciente al pasar del 41,9 % que aportaban efectivamente en el 2006, al 38,2% de aportantes en el 2015; ello también es reflejo de los permanentes cambios que se producen en los mercados laborales, en los cuenta propios, en las subcontrataciones, y en la informalidad, donde no solo se dan fluctuaciones y vulneraciones, sino que atendiendo a los nuevos cambios en la producción, se afirman procesos de tercerización que dificultan la estabilidad en las rentas del trabajo.

Para finalizar este breve acápite respecto del aseguramiento privado, vale la pena hacer una reflexión sobre el estado de cosas actual de estos fondos aseguradores, en relación con la notable acumulación de capital y monopolización que estos han generado. Sobre este punto, el economista y politólogo colombiano Oscar Rodríguez señala lo siguiente:

“El sistema pensional diseñado para proteger a la población que llegue a la tercera edad ha favorecido la concentración del capital y ha tenido un débil impacto sobre la cobertura tanto de afiliación como de protección de la tercera edad, es decir, el número de mayores de 60 años que gozan de una jubilación. En 1994, al comenzar el proceso de privatización de la seguridad social en pensiones, 10 fondos controlaban el sistema pensional en Colombia, veinte años más tarde, el proceso de monopolización se ha consolidado: cuatro fondos manejan el principal ahorro de los trabajadores colombianos, que para febrero de 2014 ascendía a 113 billones de pesos. Dos conglomerados administran el 84,72 % del valor de los fondos moderados. Porvenir controlaba el 45,12 % y Protección el 39,6 %”²⁰¹.

²⁰¹ RODRÍGUEZ. El aseguramiento social en pensiones. Op. cit., p. 191.

El escenario de los pensionados.

Si se agrupa el conjunto de pensionados originarios del régimen de prima media, donde se encuentran los subregímenes especiales, los subregímenes de excepcionados, los subregímenes convencionales y los del régimen ordinario que provienen del antiguo Instituto de Seguros Sociales- ISS, con los del régimen de ahorro individual, contamos para el año 2016 en Colombia, un total de 2.086.529 pensionados, que los podemos distribuir así:

Tabla 6. Discriminación de los pensionados totales en Colombia en el año 2016, según la entidad administradora.

Pensionados totales- Colombia 2016		
Entidades pagadoras		
Entidades	2015	2016
Algunas entidades vigiladas	5.968	5.987
Colpensiones	1.196.798	1.218.313
Subtotal	1.212.766	1.224.300
Mesadas pagadas	20'258.364	21'930.362
FOPEP	329.014	327.532
Convenciones colectivas	114.711	113.434
Regímenes exceptuados	317.865	327.965
Régimen Ahorro individual	86.666	92.298
Gran total	2.051.022	2.089.529

Fuente: Informe al Congreso Ministerio de Trabajo (Recomposición propia).

De cara a la población adulta pensionada, a 30 de abril de 2016, el volumen y pago de las pensiones corresponde en un 79.70% al sector público, en sus diferentes subregímenes, el 15.70% corresponde a los exceptuados y el 4.61% al Régimen de ahorro individual; el principal pagador de pensiones se le asigna a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que hace los desembolsos a un total de 1.218.313 pensionados, en lo que representa el 73.16% del total de pensionados de prima media. En segundo lugar, se encuentra FONPEP que viene asumiendo las pensiones de los servidores públicos de entidades del orden nacional que hasta el momento han sido liquidadas o sustituidas y que alcanza a pagar a 327.532 pensionados, los cuales representan el 19.67% del total de pensionados de prima media.

Las brechas se presentan entre los dos regímenes, pero como se ha señalado también al interior de cada uno de ellos; la ley que consagró buena parte de la heterogeneidad y segmentación de los mercados de trabajo también ha contribuido a superar parte de esos desequilibrios, así los horizontes de tiempo hayan sido criticados, particularmente con lo que hace relación al amplio régimen de transición. En efecto, la Ley 797 de 2003 removió varios obstáculos vinculados con los parámetros de edad, tiempo de cotización, generación del fondo de garantías del régimen de ahorro individual, y la reducción de los subsidios en términos relativos, bajo la nueva forma de liquidación; sin embargo, aún muchas de esas brechas establecidas permanecen, y de manera especial en el escenario de los pensionados si se confrontan con el número de cotizantes, donde las desigualdades son aún persistentes; el acto legislativo No 1 de 2005 logró señalar los límites de la transición y de los regímenes especiales y exceptuados con la afectación de los procesos de negociación colectiva al restringirlos y colocó topes y eliminó para quienes perciben pensiones por encima de los dos salarios mínimos legales mensuales, la mesada 14.

Sin embargo, es conveniente auscultar aún más la estructura de las cifras de la Superintendencia Financiera que evidencian unas brechas significativas entre las líneas de evolución de estos pensionados en los últimos 10 años, cuando se incrementan según los reportes de Colpensiones. En efecto, cuando se incrementan los pensionados de 935.000 del año 2006 a 1.242.000 en el año 2016, aumentando en 307.000 beneficiarios de la pensión lo que nos indica que actualmente el número de pensionados está creciendo en promedio en 28.000 personas; distinta es la situación del régimen de capitalización, relativamente joven y que ha capturado una franja amplia del mercado de trabajo nuevo en términos de pensiones solamente alcanza el registro de 111.080, particularmente los que se identifican bajo la modalidad de pensiones de sobrevivientes.

Finalmente, es preciso observar las tendencias que se expresan en las siguientes cifras que relacionan el número de pensionados con el número de cotizantes:

Tabla 7. Total pensionados según régimen vs cotizantes.

Total pensionados según régimen vs cotizantes				
Regímen de prima media	2006	2016	Crecimiento	Tasa de C
Pensionados	935.000	1.242.000	307.000	32.82
Cotizantes	2.016.000	2.256.000	240.000	11.90
Relación Cot vs Pensionados	2.16	1.76		
Régimen RAI				
Pensionados	21.716 (valor absoluto)	111.080(valor absoluto)	89.364	411.5
Cotizantes	2.944.000	4.640.000	1.696.000	57.6

Relación Cot vs Pensionados	135.5	41.77		
-----------------------------	-------	-------	--	--

El régimen de prima media por su madurez y la trayectoria de sus afiliados, permiten el crecimiento de manera importante de los pensionados en todo el período, pero lo que merita mayor atención es el comportamiento de los cotizantes que como se observa en las cifras anteriores se hace de manera muy lenta, aún más, la relación de cotizantes- pensionados tiene una tendencia decreciente, lo cual ha de repercutir en el sostenimiento financiero del sistema. Contrariamente a este proceso lo que sucede con el Régimen de ahorro individual es un acrecentamiento significativo, no sólo de los afiliados que pasan de 7.010.300 a una cifra de 13.296.100 en el 2016, sino que al mismo tiempo el comportamiento de los cotizantes se expresa positivamente con una tasa del 57.60% en todo el período. Sobra decir que las brechas y las desigualdades entre los dos sistemas hace dudar mucho sobre la estabilidad del sistema dual.

La distribución del gasto en subsidios sociales y en los regímenes pensionales

(Este segmento se está redactando nuevamente dada la dificultad que presentó el programa para incorporar algunos gráficos que facilitan de manera sencilla la distribución de los subsidios en el régimen pensional de prima media según niveles de ingresos).

La dinámica de la protección social, un acercamiento al primer pilar.

El advenimiento del proceso de envejecimiento conlleva muchos cambios no sólo en los trabajadores que cesan de trabajar o son invalidados después de un largo período de actividad, sino en sus familias y en entorno que los rodean, las sociedades de occidente han logrado desarrollar sistemas formales de pensiones para la protección de las personas en estado de vejez pero como se ha observado por parte de la CEPAL: “otro rango distintivo del acceso a jubilaciones o pensiones en América Latina es su alto grado de estratificación. Las personas de edad que viven en hogares con mayores ingresos per cápita tienden a estar más cubiertas por esos beneficios que aquellos que viven en hogares de menor nivel de ingresos (Roffman y Oliveri 2012), además de percibir montos significativamente más altos (CEPAL, 2013). También se confirman las diferencias por sexo: el 38% de las mujeres latinoamericanas de 65 años y más reciben pensiones, mientras que en el caso de los hombres la proporción es del 46%.²⁰²

El desarrollo de esos sistemas formales generó que un gran volumen de trabajadores urbanos y rurales hayan sido excluidos de estos beneficios. De esta manera los Estados se han visto compelidos a abordar otros sistemas protectores, como alternativas a buscar vías de igualación de los ciudadanos trabajadores. El debate se ha expandido a las agencias internacionales que como el Banco Mundial proponen un pilar público “que tendría entonces el objetivo limitado de reducir la pobreza de la vejez y proporcionar un coaseguro contra numerosos riesgos. Respaldado por la facultad del gobierno de cobrar impuestos, este pilar ofrece la posibilidad única en su género de pagar beneficios a gente que llega a la ancianidad poco después de haberse introducido el plan, de redistribuir el ingreso a favor de los pobres y de co-asegurar

²⁰² ROSSEL y FILGERIA. Instrumentos de protección social. Op. cit., p. 235.

contra los períodos largos de baja rentabilidad de las inversiones, contra la recesión y contra las deficiencias del mercado privado”.²⁰³

Igualmente, el profesor Valdés propone una conceptualización de este pilar, así: “*está formado por todos los programas con financiamiento obtenido por el Estado cuyo objetivo es redistribuir ingresos hacia los ancianos pobres*”.²⁰⁴ Para este autor este pilar puede ser de pensiones o no y propone diferentes formas que regularmente cohabitan dentro de un mismo país: pensión asistencial, pensión mínima, pensión universal financiada con contribuciones y pensión universal financiada con impuestos universales, todos ellos dirigidos a reducir los riesgos que sufren los trabajadores con la caída de sus ingresos.

Como se observa una de las características de los sistemas pensionales, en América Latina, a más de la segmentación son las barreras de acceso a la incorporación a los sistemas formales diseñados por el Estado sobre la base de ir ampliándola a todos los trabajadores asalariados. Esa limitación facilitó que se auscultaran otros enfoques ubicados en el terreno amplio de la protección social entendida esta como la centralidad de políticas que se da con tres ideas fundamentales como lo expresa el estudio de la CEPAL: “garantías de bienestar básicas, aseguramiento frente a riesgos derivados del contexto o del ciclo de vida y moderación o reparación de daños sociales derivados de la materialización de problemas o riesgos sociales. De acuerdo con este concepto (...) la protección social está dirigida a responder no sólo a los riesgos que enfrenta toda la población (por ejemplo, desempleo, discapacidad o vejez), sino también a problemas estructurales, como la pobreza o la desigualdad”²⁰⁵.

Este concepto nos permite ir abriendo una visión mucho más integral de la protección social “tanto por el lado de la oferta de programas y políticas como por el lado de la demanda por parte de las personas, familias y comunidades.”²⁰⁶. De esta manera se abre otra plataforma para generar programas asistenciales, no contributivos por parte de las autoridades públicas que para nuestra ilustración se han de señalar en el caso colombiano, cuatro grandes áreas de acción.

- Programa de subsidio de aporte para pensión. Este programa está diseñado para brindar un subsidio al aporte en pensión de trabajadores independientes de sectores rurales y urbanos, madres sustitutas, madres de familia, personas con discapacidad, concejales de municipios categoría 4, 5 y 6, que no cuentan con los recursos para realizar su aporte por cuanto su ingreso es inferior al salario mínimo y que por tal circunstancia carecen de recursos suficientes para efectuar la totalidad del aporte a ese sistema, subsidio que oscila entre el 70 y el 95% del monto total de la cotización al sistema general de pensiones. Este programa a 31 de diciembre de 2016 contaba con 224.351 beneficiarios activos
- Programa de protección social adulto mayor, hoy Colombia Mayor. Este programa tiene como objetivo fundamental proteger al adulto mayor, que se encuentra en estado de indigencia o extrema pobreza, contra el riesgo económico de la imposibilidad de generar ingresos y contra el riesgo derivado de la exclusión social. Se financia con recursos del fondo de solidaridad pensional cuyos recursos son administrados a través del consorcio Colombia Mayor- Min trabajo- en calidad de encargo fiduciario.

²⁰³ BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Op. cit., p. 275.

²⁰⁴ VALDÉS. Op cit., 2012. p. 43.

²⁰⁵ CECCHINI, Simone; FILGERIA, Fernando, MARTÍNEZ, Rodrigo y ROSSEL, Cecilia. En “Derechos y ciclo de vida: reordenando los instrumentos de protección social” en el Libro Instrumentos de protección social”, 2015. p. 28

²⁰⁶ CEPAL, Op. cit., p. 29.

Consiste en un subsidio que es entregado a la población de tercera edad que cumple con los requisitos establecidos y oscila en un rango entre \$40.000 y \$75.000 en múltiplos de 5.000. A junio de 2016 el programa contaba con 1.478.106 cupos, que implicaban una asignación presupuestal de 1.098.299.303.048 con los cuales se cubren 1.101 municipios y cinco corregimientos departamentales del país.

- BEPS beneficios económicos periódicos. Este mecanismo de origen constitucional tiene por objeto promover el ahorro voluntario de manera independiente al sistema general de pensiones, los recursos que por concepto de aporte realice cada beneficiario del servicio social complementario, BEPS, junto con sus rendimientos se registrarán en cuentas individuales dentro del fondo común de los BEPS administrado por Colpensiones.

Es de resaltar que para cada una de las personas que acceden a los BEPS el cual consta de recursos ahorrados, con sus rendimientos y los incentivos a que haya lugar, deberá haber cumplido 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres y con ello podrán recibir hasta su muerte una suma mensual la cual no podrá ser superior al 85% del salario mínimo legal mensual vigente o destinarlos para pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad.

Ahora bien, existen dos grupos de personas a las cuales se dirigen los BEPS: personas que cotizan al sistema general de pensiones y no lograron pensionarse, pero tienen derecho a una indemnización sustitutiva o devolución de saldo y voluntariamente autorizan que los recursos que por cualquiera de los dos conceptos pasen a BEPS como ahorro a quienes se les reconoce una anualidad vitalicia, que es el pago de una suma de dinero periódica por el resto de su vida, monto que depende de la suma de los recursos ahorrados, más rendimientos generados y el incentivo periódico del 20% que será otorgado por el Estado, la población a quien se le ha reconocido anualidad vitalicia, corresponde a 1.074 personas con corte a junio de 2016. El reto en materia de BEPS es fomentar la cultura del ahorro logrando que las personas vinculadas a este programa aumenten los niveles de ahorro con el propósito de lograr una protección mínima en la vejez.

- Pensiones familiares. Esta modalidad pensional fue creada a través de la ley 1580 del 01 de octubre de 2012, con el objetivo de que se pudiesen sumar los aportes de los dos cónyuges o compañeros permanentes para así alcanzar la pensión que de forma individual ninguno hubiera logrado. A continuación, se transcribe el artículo primero de la Ley en comento, que describe con mayor fidelidad el objetivo de la pensión familiar:

“aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.”

Este conjunto de programas no contributivo y a cargo del estado, estarían conformando los fundamentos de un primer pilar, mucho más allá de los sistemas formales de pensiones y dirigiéndolos a la protección de trabajadores de bajos ingresos o que se encuentren en situación de miseria y que implican una gran coordinación de las autoridades públicas.

4.4 GASTO TOTAL DE LOS SUBSIDIOS SOCIALES Y LAS PENSIONES.

De conformidad con el estudio del Departamento Nacional de Planeación²⁰⁷ de 2013, sobre subsidios otorgados a los diferentes sectores sociales y tal como lo indica la table siguiente, la distribución por quintiles²⁰⁸ del gasto agregado en este tipo de subsidios, está lejos de ceñirse al principio de progresividad del gasto, es decir que correspondan más subsidios a quienes reciben menos ingresos. El quintil más alto de ingresos es el segundo que más subsidió recibe: 20,2 % del total; en el otro extremo, el quintil más bajo recibe el 22,4 % del total, ello significaría que la distribución actual parecería más cerca a cumplir con el principio de igualdad absoluta en el gasto, dado que todos los quintiles giran al rededor del 20 %.

La razón principal de esta distribución es la inequidad en los subsidios a las pensiones; estos representan el segundo rubro más grande en el otorgamiento a subsidios, después del de educación. La grafica muestra que en el quintil más alto de la población se sitúa el 50.8 % del total de subsidios en pensiones, mientras que en el quintil más bajo tan solo recibe el 4,3 %²⁰⁹. Sin embargo, como se puede analizar en la siguiente tabla, que muestra la distribución de todos los servicios sociales por quintiles de ingresos, las pensiones no son el único caso con problemas de focalización. En vivienda, los dos quintiles más altos reciben el 36,6 % y en servicios públicos, esos mismos quintiles reciben el 32,1 %.

Tabla 8. Distribución del gasto en subsidios sociales por quintil de ingreso- 2015

Grandes categorías de subsidio	Quintil				
	1	2	3	4	5
Atención a la primera infancia	32,0%	27,2%	22,1%	15,4%	3,2%
Educación (Inc. formación para el trabajo)	25,7%	23,4%	21,4%	18,1%	11,4%
Salud	33,7%	23,6%	19,7%	15,1%	8,0%
Vivienda	11,3%	22,5%	29,6%	26,6%	10,0%
Servicios Públicos	21,8%	23,2%	22,9%	20,4%	11,7%

²⁰⁷ DPN. Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. Estudio del DNP, 2013. [En línea].

²⁰⁸ Dice el investigador James K. Galbraith, que para medir la desigualdad adecuadamente es preciso encontrar un modo que no dependa de la unidad monetaria, para que nos permita hacer comparaciones coherentes en el espacio y en el tiempo. Una forma sencilla de hacer esto, es volver a ordenar las observaciones de menor a mayor agrupándolas en términos porcentuales, punto por punto; los grupos resultantes se denominan *percentiles*. Si en vez de eso, se reúnen en grupos del 10 por ciento, se tienen deciles; y si se agrupan en conjunto del 20 por ciento, se obtienen quintiles. Cada uno de estos grupos es un ejemplo de *cuantil*. GALBRAITH, James. Desigualdad. Ediciones DEUSTO. Editorial Planeta Colombiana, junio 2017, p. 78.

²⁰⁹ Nota del DNP: La cuantificación de los subsidios asociados con las pensiones obtenidas bajo el régimen de prima media, así como las referentes a los regímenes especiales, no es una tarea sencilla. Además de la información de los jubilados a un nivel sustancial de desagregación, requiere la realización de una serie de supuestos. Siguiendo la convención, en el cálculo se utilizaron las combinaciones de supuestos que resultan en los subsidios de menor tamaño, de modo que acá se presenta una cota inferior del costo que pudieren representar.

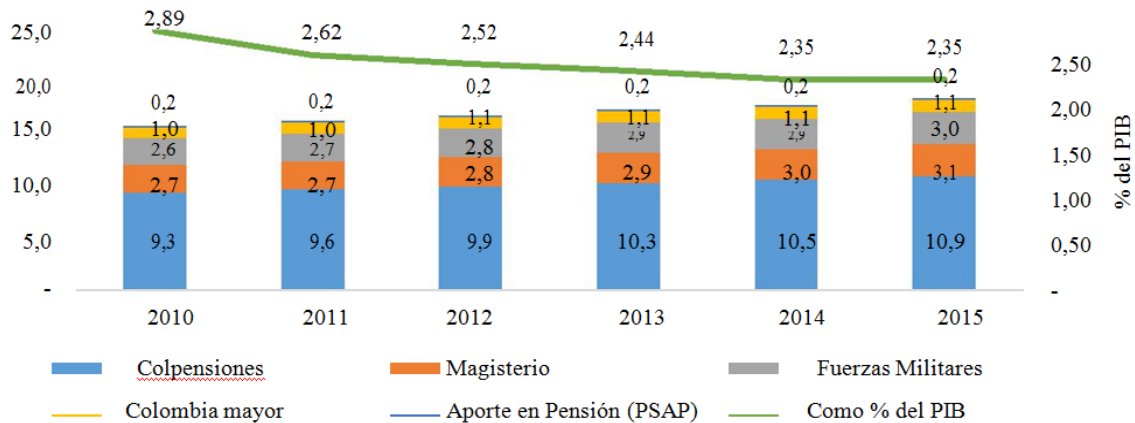
Atención a la pobreza	33,4%	23,0%	15,0%	17,2%	11,5%
Pensiones (Inc. Colombia Mayor)	4,3%	7,8%	13,7%	23,4%	50,8%
Otros	48,7%	35,7%	7,5%	5,4%	2,6%
Distribución Total	22,4%	19,9%	18,8%	18,8%	20,2%

Fuente: Cálculos DNP.

Subsidio a las pensiones.

Luego de la educación, el subsidio social a las pensiones corresponde al de mayor valor, y alcanza el guarismo de \$ 18.4 billones de pesos para el 2015, que equivale al 2,35 % del PIB. Este porcentaje, que ha venido disminuyendo en los últimos 5 años, como se observa en la gráfica siguiente – como resultado en un aumento en el número de cotizantes de Colpensiones– sigue siendo uno de los mayores gastos en subsidios del Gobierno Nacional. Presenta, sin embargo, una especificidad, al identificarse con uno de los subsidios de mayor regresividad. Según los cálculos del DNP, en el informe citado, los quintiles 4 y 5 de mayores ingresos reciben el 74 % del total de los subsidios en pensiones, mientras que el quintil más bajo solo recibe el 4 %.

Gráfica 9.



Subsidio individualizado a los beneficiarios de Colpensiones.

La regresividad en la distribución de los subsidios en pensiones, según el DNP se debe al mal diseño del régimen pensional en prima media, bajo el cual las mayores pensiones se encuentran asociadas con los mayores subsidios; ello significa que el eje del principio fundamental a la igualdad no se tuvo en cuenta en la construcción de la ley. Esta situación será moderada posteriormente con los parámetros incorporados en la ley que replanteo la fórmula de liquidación incorporada en la ley 797 de 2003. Sin embargo, como lo muestra la tabla siguiente, en promedio el trabajador afiliado a Colpensiones que recibe una mesada pensional de más de 10 smlmv, recibió en 2015 un subsidio del orden de 58,6 millones de pesos; en contraposición,

quien se pensiona con una mesada correspondiente a 1 smlmv, recibe un subsidio de 6,6 millones de pesos.

Tabla 9. Subsidios (millones de \$) versus beneficiarios.

Rango (SMMLV)	1	>1 hasta 2	>2<=4	>4<=6	>6<=8	>8<=10	10<
Subsidio(Mill\$)/beneficiario	6,6	6,3	12,2	21,3	30,3	39,1	58,6

Si bien a nivel individual, se presentan estas desigualdades señaladas por el DNP, es conveniente adelantar un análisis que incorpore la información consolidada por la Superintendencia Financiera sobre los alcances de la desigualdad; en efecto, si se toman los subsidios otorgados a los diferentes grupos de beneficiarios de Colpensiones según smlmv y se distribuyen en el total de pensionados, que para el año 2015 ascendían a 1.210.577, genera un valor total de 10,9 billones de pesos, como se observa en la siguiente gráfica y tabla:

Gráfica 10.

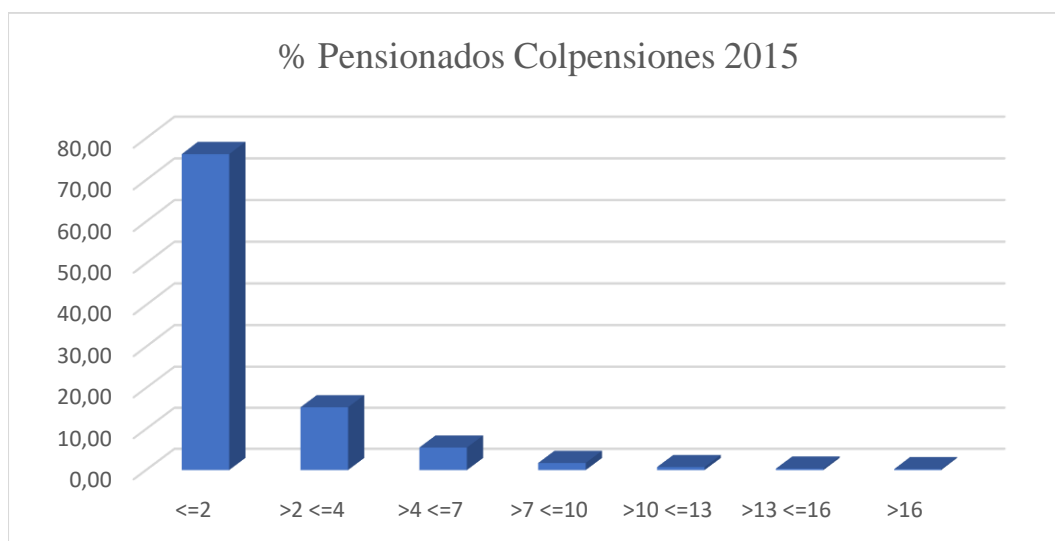


Tabla 10. Clasificación de los pensionados según el rango de pensiones – 2015.

Rango (SMMLV)	<=2	>2 <=4	>4 <=7	>7 <=10	>10 <=13	>13 <=16	>16
% pensionados	76,20	15,30	5,48	1,73	0,72	0,35	0,22

La gráfica y la tabla anterior muestran una gran concentración de pensionados en los rangos de hasta 4 smmlv, es decir el 91,5 % que equivalen a 1.107.602 beneficiarios en el 2015. Estas cifras representan una marcada desigualdad en los ingresos de los pensionados por parte de Colpensiones.

Ahora bien, si se hace el cruce de los valores calculados por el DNP con el número de pensionados de Colpensiones resultan las siguientes cifras estimadas de distribución porcentual de los 10,9 billones, donde se evidencia la desigual proporción de distribución del valor de los subsidios, según rangos de ingresos.

Tabla 11. Número de pensionados según rangos de ingresos.

Rango (SMMLV)	<=2	>2 <=4	>4 <=7	>7 <=10	>10 <=13	>13 <=16	>16
Total Pensionados	922.416	185.186	66.367	20.914	8.765	4.231	2.698
Subsidio indiv.(Mill\$)/Pensionado	6,45	12,2	25,8	34,7	58,6	58,6	58,6
Subsidio(Bill\$)/T.Pensionados	5,950	2,259	1,712	0,726	0,514	0,248	0,158

Contrastación entre el régimen RPM y algunos beneficiarios del régimen exceptuado

Con este último apartado se precisa el contraste entre los valores manejados y los respectivos subsidios por algunos regímenes pensionales y la evidencia de sus respectivas desigualdades.

De acuerdo con la información del DNP, del Informe al Congreso-Min Trabajo, y de los gremios económicos (Asofondos y Aso bancaria): el pago total por pensiones asciende a la suma de 30 Billones de pesos col. aproximadamente en el año 2015, la cual se resume en el siguiente cuadro:

Tabla 12. Dinero correspondiente al pago total de pensiones – 2015.

ENTIDAD	Billones de pesos	Valor del subsidio s/DNP
Colpensiones	20.3	10.9
Resto de entidades pagadoras	9.7	7.5
Total	30.0	18.4

Tabla 13. Análisis del subsidio, número de pensionados y valor promedio obtenido por el beneficiario según cada entidad receptora.

ENTIDAD RECEPTORA	Valor del subsidio	Nro. pensionados	Vr prom. /beneficiario (en millones de \$)
Colpensiones	10.9	1.196.798	9,11
Magisterio (FOMAG)	3.1	171.492	18,08
FF.MM. y Policía	3.0	133.139	22,53
PSAP y Colombia Mayor	1.3	1.696.000	0,77
Otras entidades	0.1		
Total	18.4		

Fuente: DNP-Informe al Congreso Min Trabajo.

De acuerdo con el cuadro anterior, se evidencia las importantes desigualdades, concedidas a las entidades pensionales, cuando se trata de analizar las cifras promedio de asignación de los subsidios: donde el menor valor del subsidio promedio en millones de pesos, lo recibe la población vulnerable, seguido por los pensionados de **Colpensiones** y los más altos los recibidos en su orden por las FF.MM. y la Policía Nacional y el Magisterio.

Con base en la información expuesta en este capítulo, es posible exponer las siguientes reflexiones a manera conclusiva: (i) El escenario de las pensiones de Colombia es tan diverso como lo es la sociedad colombiana; por ello, resulta necesario establecer un sistema que cubra a todos los sectores de la sociedad, ofreciendo modalidades asistenciales, para quienes no tienen capacidad de pago y contributivas, para quienes si tienen una capacidad adquisitiva mayor; (ii) Los subsidios a las pensiones en Colombia son bastante elevados y regresivos; asignándose un tratamiento similar a personas que tienen unos ingresos considerablemente diferentes y (iii) Colombia aún se conserva como una sociedad de privilegios, lo cual se expresa con total claridad en los numerosos regímenes exceptuados y especiales existentes.

SEGUNDA PARTE.

LA IGUALDAD EN EL ESCENARIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO V. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU METODOLOGÍA DE ESTUDIO.

Este capítulo tiene el objetivo de servir de puente articulador entre la primera y la segunda parte, en atención a que – como fue expuesto en la introducción- el primer capítulo pretende exponer todos los elementos teóricos necesarios para poder abordar el análisis de la igualdad desde la aplicación de cuatro ejercicios prácticos de ponderación.

En ese sentido, la primera parte (i) de este capítulo, corresponderá a un texto constitucional, en donde se expondrán los elementos característicos del “Neoconstitucionalismo”, los derechos fundamentales, la nueva lectura de los derechos sociales, y el derecho fundamental constitucional a la seguridad social. De otro lado, en la segunda parte, (ii) se expondrá el desarrollo metodológico a través el cual se abordarán los “Test de ponderación”, protagonistas de la segunda parte de esta Tesis Doctoral.

5.1 LA IGUALDAD EN EL ESCENARIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En el desarrollo jurídico actual del mundo, resulta evidente, la existencia de un fenómeno común a la gran mayoría de los Estados, fenómeno que se ha posicionado como la característica principal de la arquitectura jurídica del siglo XXI, y que resulta como una conquista sin precedentes para toda la humanidad. Este nuevo fenómeno jurídico ha permitido la materialización de muchos derechos que hasta antes parecían intangibles, ya sea por la gran carga prestacional que implicaba su puesta en marcha o por la simple falta de voluntad y compromiso de los estados; sin más rodeos, este nuevo modelo a través del cual se comenzó a leer al Estado desde hace algunos años es el llamado “Neoconstitucionalismo”.

El Neoconstitucionalismo, es un fenómeno bastante reciente; al respecto, debe tenerse en cuenta que:

“...Se entiende básicamente por neo constitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos...²¹⁰”

²¹⁰CARBONELL, Miguel. El Neo constitucionalismo en su Laberinto” en: Teoría del Neo constitucionalismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2007, p. 9-10.

Ahora bien, es necesario ahondar en las características definitorias del neoconstitucionalismo, con el objetivo de entender cuáles es la importancia de este fenómeno, y el porqué su estudio resulta imperativo a efectos de la presente tesis. En ese sentido, resulta pertinente traer a colación al jurista italiano Ricardo Guastini, quien señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico, a saber:

1. "... Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de una supremacía constitucional.
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas "programáticas" sino "preceptivas".
4. La "sobre interpretación" de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares.
6. La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores.
7. Influencia de la Constitución en el debate político...²¹¹"

Evidentemente tales condiciones implican un cambio de concepción respecto del rol del Estado, y más concretamente respecto de sus obligaciones de cara a la protección de los derechos de los ciudadanos, siendo en este contexto, particularmente relevante la protección de los llamados "derechos fundamentales", los cuales resultan ser también un concepto innovador introducido como consecuencia de este cambio de "chip" del Estado.

En consecuencia, este cambio de paradigma se materializa en la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional. En palabras del también jurista italiano Luigi Ferrajoli, experto en derecho constitucional, esta transformación implicó "un cambio (...) de la naturaleza y el papel de la jurisdicción. La incorporación a nivel constitucional de principios y derechos fundamentales, y por ello, la posible existencia de normas invalidas por estar en contraste con ellas, mutan en efecto la relación entre el juez y la ley: que no es ya como en el viejo paradigma (Estado de Derecho), sujeción acrítica e incondicionada a la ley, cualquiera que sea su contenido, sino sujeción ante todo a la Constitución y la ley solo si es constitucionalmente válidas...²¹²."

Es claro que, este nuevo "Estado Constitucional", tiene por bandera la protección de los derechos fundamentales; razón por la cual es necesario ahondar en sus principales atributos. Sobre este punto, resulta necesario traer a colación al jurista alemán Robert Alexy quien afirma que:

"[...]los derechos fundamentales son derechos. Diversos fenómenos pueden ser designados con la expresión "derecho". Para los derechos fundamentales es eminentemente significativo el concepto de derecho a algo. Los derechos a algo o pretensiones son relaciones normativas entre tres elementos el titular (a), el destinatario (b), y el objeto (G) del derecho...²¹³".

Así mismo, a renglón seguido el auto alemán señala que existen tres conceptos de derecho fundamental, o si se quiere, tres perspectivas a través de las cuales es posible analizar este concepto, siendo la primera la relativa al concepto formal de derecho fundamental, que señala

²¹¹GUASTINI, Riccardo, La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En: Estudios de teoría constitucional, IJ-UNAM, México: Fontamara, 2001.

²¹²FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. p. 35.

²¹³ALEXY, Robert. Tres escritos- Primera parte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 19.

que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos catalogados expresamente como tales en la Constitución, y que además gozan de normas constitucionales especiales para su protección; la segunda definición, guarda relación con el concepto material de derecho fundamental, según el cual serán derechos fundamentales aquellos cuyo –siguiendo lo afirmado por el también jurista alemán Carl Smith– objeto consiste en abstenerse de intervenir en la esfera del individuo; finalmente, la última acepción es la procedimental, según la cual serán derechos fundamentales, aquellos que son elegidos como tales por el máximo órgano de representación popular, lo que en términos de Alexy corresponde a “el legislador democráticamente legitimado”²¹⁴.

En ese mismo sentido, resulta bastante pertinente la reflexión hecha por el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, quien afirma que los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza, a saber, una formal y otra material, que expone de la siguiente manera:

“Para comenzar, aparecen ciertas propiedades de naturaleza formal. En el caso de los derechos fundamentales, cuatro son las propiedades formales más aludidas. Ordenadas desde la más restrictiva hasta la más amplia, ellas son las siguientes: la inclusión del derecho en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; la inclusión del derecho en la Constitución; la inclusión del derecho en una fuente formal diferente de la Constitución, pero a la que la Constitución reenvía —sobre todo, los tratados internacionales sobre derechos humanos—; y el reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia constitucional.

Desde el punto de vista material, los derechos fundamentales constituyen uno de los principales ejes de la relación entre el individuo y la comunidad política. Desde su invención como categoría jurídica, los derechos fundamentales han desempeñado la función de limitar las intervenciones del poder del Estado en la libertad privada, fundamentar subjetivamente el ejercicio de la participación democrática e igualar la situación jurídica de las personas en el ámbito público...²¹⁵”.

Al tenor del anterior fragmento, es posible extraer las siguientes conclusiones: los derechos fundamentales son pasibles de identificarse en tanto cumplan con criterios formales, como su ubicación en el texto constitucional, y el tratamiento que han recibido por parte de la jurisprudencia; sin embargo, como señala de manera muy acertada el jurista Carlos Bernal, este criterio formal no es suficiente para definirlos, razón por la cual se debe acudir a un criterio material, que permita diferenciarlos de los otros derechos, en razón particularmente a la especialidad de que goza su contenido, al estar reservada a la protección de los más importantes bienes de los seres humanos, de cada a la consecución de la igualdad material.

Así mismo, sobre la caracterización de los mismos, resulta bastante importante traer a colación los atributos que el jurista Robert Alexy les acota, a saber: (i) un máximo rango, entendido como un principio que establece que los derechos fundamentales gozan de la mayor jerarquía, y que en consecuencia, cualquier norma jurídica que los infrinja se tendrá por inconstitucional; (ii) máxima fuerza jurídica, lo cual está ligado a una suerte de justiciabilidad ampliada, en el sentido de que para garantizar la vigencia de los mismos, el ordenamiento jurídico dota de herramientas a los tres poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial; (iii) máxima importancia del objeto, lo cual implica que el contenido en los derechos fundamentales es de una trascendental relevancia, razón por la cual merecen la ya citada protección y jerarquía, en otras palabras, este

²¹⁴ Ibid., p. 24-30

²¹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEP JF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México D.F., 2009, p. 22-30.

atributo refiere que los derechos fundamentales son vitales en tanto con ellos se decide acerca de la estructura básica de la sociedad, y (iv) máximo grado de indeterminación, según el cual será bastante común que los derechos fundamentales gocen de una amplitud conceptual que haga imperativo el uso de la interpretación como una herramienta metodológica que permitirá concretizarlos y aplicarlos²¹⁶.

De igual manera resulta destacable señalar que el proceso de construcción de los derechos fundamentales siempre responderá a una necesidad o respuesta de cara a una afectación de los mismos; en palabras del jurista Vincenzo Ferrari “...*No debe olvidarse en efecto, que los derechos fundamentales siempre han sido conquistados contra alguien que tenía el poder, de hecho, o de derecho, de negarlos y por ello también de suprimirlos...*”²¹⁷.

En este contexto, de reconocimiento y protección concreta de los derechos fundamentales, se crea una nueva concepción de los roles del Estado, que implica aceptar una ampliación de los pilares del Estado. Esta nueva concepción es acuñada, por el jurista Luigi Ferrajoli, con el nombre de garantismo. Sobre este punto, dicho jurista textualmente expone lo siguiente:

“Ante todo, en el sentido que los derechos fundamentales sancionados por las constituciones deben ser garantizados y concretamente satisfechos; el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigido a asegurar las técnicas de garantía idóneas para tener a su vez el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”²¹⁸.

No obstante, lo anterior, es necesario tener en cuenta que este “garantismo” tiene por blanco diferentes categorías de derechos, que oscilan desde los llamados derechos civiles y políticos, hasta la protección misma de otros derechos sobre los cuales tradicionalmente el Estado no asumía ninguna responsabilidad, como lo son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Así mismo, no se puede perder de vista que con el paso del tiempo se ha logrado una extensión de dicha protección a nuevas categorías de derechos, como los llamados derechos de tercera generación o también conocidos bajo el nombre de “derechos colectivos o ambientales”. Sin embargo, para efectos del presente texto, resultan de particular interés los llamados DESC, en virtud de que la asunción de su protección por parte del Estado, implicó tal vez uno de los más importantes eventos que dan cuenta del precitado cambio de paradigma. Ello, en virtud de la natural carga contra prestacional que estos derechos traen consigo.

En las líneas siguientes estos derechos – los DESC- serán objeto de un análisis más detallado.

Los derechos sociales como derechos fundamentales.

Como fue expuesto en las líneas anteriores, dentro del contexto del neoconstitucionalismo, y más concretamente dentro de una de sus más importantes manifestaciones, a saber, el garantismo, los derechos fundamentales cobran un papel protagónico. Sin embargo, aquello que resulta aún más llamativo es el hecho de que no se haga ninguna discriminación respecto de los derechos que serán objeto de dicha protección, señalándose con ello que el Estado cubrirá con su velo protector a todas las categorías derechos, dejando de lado los tradicionales criterios

²¹⁶ ALEXY, Robert. Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 32-37.

²¹⁷ FERRARI, Vincenzo. Derecho y sociedad. Universidad Externado, 2011. p. 153.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, primera reimpression, Bogotá, 2001.

economicistas que hacían que se discriminase a los llamados DESC, pues naturalmente estos implicaban un mayor esfuerzo financiero por parte del Estado. Sobre este punto, resulta bastante pertinente traer a colación las palabras del jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien menciona lo siguiente:

”En el sentido en que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: en primer término, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, en confrontación con todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional.²¹⁹”.

De la triple dimensión de los derechos, a la que hace referencia Ferrajoli, resulta importante analizar el primer término, a saber, la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales, pues – como ya fue expuesto en líneas anteriores – éste es el punto neurálgico, y el gran avance que trajo consigo el neo constitucionalismo. Esta ampliación del Estado, en cuando a su margen de acción, aunado a la fijación de los derechos fundamentales el punto de partida y llegada del Estado Constitucional representa sin duda alguna un extraordinario avance en el mundo jurídico.

Sobre la delimitación de las características y atributos de los derechos sociales, el jurista Carlos Bernal Pulido señala que

“[...] la idea de las necesidades básicas constituye el pilar de unas de las fundamentaciones posibles del concepto jurídico de los derechos sociales (...) En ese sentido, los derechos sociales pretenden satisfacer las necesidades básicas del individuo, y tienen prioridad frente a los correlativos deberes de solidaridad de los demás individuos y del Estado. A su vez, esta fundamentación independiente es complementaria de la fundamentación liberal de los derechos sociales, como medios para el ejercicio efectivo de las libertades (...) también los derechos sociales tienen una prioridad sustantiva frente a los correlativos deberes de prestación”²²⁰.

Así mismo, y teniendo en mente que los derechos sociales hacen parte de la categoría general de los “derechos fundamentales”, resulta necesario precisar que estos son diferentes del resto de derechos en tanto: su objeto constituye una prestación directa del Estado, y así mismo en virtud de que existe una imprecisión respecto de los escenarios en los cuales se vulneran estos derechos, y en consecuencia hay un poco claridad respecto de la prestación concreta mediante la cual se satisface el derecho²²¹.

En ese sentido, el jurista Carlos Bernal Pulido señala el carácter prestacional y en ese sentido, si se quiere, relativo de los derechos sociales. Al respecto, menciona:

“Los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones *prima facie* que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas. Estas restricciones pueden estar justificadas debido a las limitaciones económicas, y además en razón de las exigencias que se desprenden de otros derechos

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales, 2004. p. 301.

²²¹ Ibid., p. 302.

fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales. El análisis de proporcionalidad de estos derechos indica si, en los casos concretos, las posiciones en que se concretan estos derechos valen solo prima facie, o si también valen de manera definitiva”²²².

Según lo señalado por el jurista colombiano, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan a través de una estructura particular que impone al legislador el deber de emanar unas normas que reviste unas características particulares. Tales disposiciones deben tener la siguiente estructura:

- “...Sujeto activo: el individuo.
- Sujeto pasivo: el legislador.
- Objeto: una prestación, es decir una conducta positiva consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos...”²²³.

Sobre la naturaleza de dichas prestaciones, Víctor Abramovich y Christian Courtis, aseveran que “...la estructura de los derechos sociales, económicos y culturales se caracteriza por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad...”²²⁴. Ello implica aceptar, que siguiendo lo expuestos por los citados autores “...el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado...”²²⁵.

Así mismo, vale la pena señalar que esta faceta social de los derechos corresponde a una visión aún más activa de la libertad. En ese mismo sentido, se tiene que “...la libertad frente a las interferencias y la libertad participativa corren el riesgo de permanecer letra muerta si, como consecuencia de la estratificación social, no son sostenidas por el disfrute de bienes sociales (nutrición, alojamiento, salud, construcción, independencia económica) sobre la autoridad política debe recaer la obligación de remover los obstáculos que impiden este disfrute, mediante políticas de redistribución y equidad tendientes a favorecer a los menos favorecidos...”²²⁶.

Ahora bien, habiendo delimitado el concepto de derechos sociales, en las líneas siguientes se pasa a la conceptualización del derecho a la seguridad social como un derecho constitucional fundamental.

5.2. La constitucionalización del derecho a la seguridad social.

Dentro de este contexto de la nueva concepción del Estado, a saber, el Estado Constitucional, aparece la idea de una nueva figura que aunque toma elementos importantes del Estado

²²² Ibid., p. 322.

²²³ Ibid.

²²⁴ ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002, p. 23.

²²⁵ Ibid., p. 24.

²²⁶ FERRARI, Op cit., p. 149.

Constitucional, enfatiza de manera más profunda en la justicia social, tal nueva concepción es el Estado social y democrático de derecho; de hecho la Constitución Política colombiana define la naturaleza del Estado como social de derecho, concepto que se convierte por tal en el derrotero central del ordenamiento, y que implica aceptar que toda medida económica debe ajustarse al respeto especialmente de estos principios, sin dejar de lado el mandato de no hacer nugatorios los derechos constitucionales de manera arbitraria. Ello debe leerse aunado, a la nueva dimensión social del Estado, la cual comprende una nueva concepción de las relaciones entre el Estado y la Sociedad, que obligan no solo al Estado a replantear sus funciones y obligaciones, sino también a la sociedad como principal protagonista al momento de asumir nuevos retos, entre ellos la integración con el Estado, convirtiendo a éste en un instrumento para lograr sus metas²²⁷.

Con el nacimiento de nuestra Constitución de 1991 se dio paso a una nueva concepción en cuanto a la organización del Estado, las funciones y obligaciones de éste y sobre todo se amplió de manera muy significativa el catálogo de derechos fundamentales. Como se mencionaba anteriormente, nuestro Estado Social de Derecho, arquitectura jurídica de nuestra Constitución actual, propende servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma. Tales derechos han sido objeto de una clasificación, a saber: Derechos fundamentales: derechos sociales, económicos y culturales y derechos colectivos y ambientales.

Dentro de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Carta política hay que ha sido protegido con bastante benevolencia en nuestra Constitución, y representa la bandera de la solidaridad en nuestro Estado, este es el derecho fundamental a la Seguridad Social.

Primero y antes de ahondar en información sobre la naturaleza, características y fines de la Seguridad Social, es necesario ubicar el recorrido que aquel derecho tuvo que atravesar para llegar al punto actual, en donde no se pone en duda su fundamentalidad.

Sin embargo, antes de analizar dicho recorrido, es necesario partir de una definición específica. Sobre ello la Corte Constitucional ha afirmado que: "...La seguridad social es el conjunto de medidas institucionales dirigidas a proteger al individuo y a sus familias de las consecuencias nocivas que generan los distintos riesgos sociales a que se encuentran expuestos, y cuya ocurrencia puede afectar en forma significativa su capacidad y oportunidad para proveer los recursos necesarios en orden a garantizar una subsistencia digna...²²⁸". A su vez, sobre sus objetivos principales también hay bastante jurisprudencia, la cual en rasgos generales apunta a afirmar que:

"Su objetivo es propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la invalidez, el desempleo, el sub -empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse

²²⁷ TORRES ÁVILA, Jheison. El mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012. p. 22-26.

²²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-655 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad”²²⁹.

Así mismo, la jurisprudencia también se ha encargado de caracterizar a este derecho, en vista del natural debate que se presenta cuando se lee en el texto constitucional que esta es un derecho, pero a la vez un servicio público palabras que parecieran connotar ideas opuestas. En respuesta a ello, en la sentencia T-110/11 se expresa que esta paradójica característica, obedece a su doble naturaleza; concretamente, en palabras de la Corte “...De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social en su calidad de bien jurídico tutelado tiene una doble configuración. De una parte, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado. De otra, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional...”. Así mismo, sobre este punto en la Sentencia T-861/07, se expresa lo siguiente²³⁰:

“De acuerdo con el artículo 48 Constitucional, la seguridad social es, de una parte, un servicio público que debe ser prestado de manera obligatoria por parte del Estado y de los particulares autorizados para tal fin y, de otra, un derecho que debe ser garantizado a todos los habitantes.

En la arista del servicio público, compete al Estado la dirección, coordinación y control de su prestación, en aras de lograr la protección de la persona humana y de contribuir a su desarrollo y bienestar. Desde la perspectiva del derecho, la Corte ha destacado su naturaleza asistencial y prestacional, cuya garantía debe materializarse de manera progresiva.

Dada su naturaleza de derecho prestacional y asistencial, la seguridad social requiere, para su goce efectivo, de desarrollo legal y de la provisión de la estructura y los recursos adecuados para tal propósito. Así las cosas, el carácter progresivo y programático de este derecho impone al Estado el deber de procurar su materialización, en seguimiento de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad, unidad y participación, entre otros, para lo cual debe desplegar una actividad de garantía, conforme a los principios fundantes del Estado Social de Derecho”.

Ahora bien, una vez hechas las precisiones anteriores respecto de la conceptualización y características definitorias de la seguridad social, resulta bastante pertinente retomar el estudio del recorrido que atravesó este derecho para que se le pudiese considerar como fundamental. En ese sentido, ciertamente, es posible hablar de tres principales etapas que han hecho que hoy en día se pueda hablar de un derecho constitucional fundamental a la seguridad social, las cuales obedecen a la siguiente periodización: en un primer momento, (1) su exclusión dentro de la categoría de los derechos fundamentales, en vista de que este no se encontraba consagrado en el capítulo de la Constitución titulado de tal manera; la segunda etapa (2), corresponde a la consagración de la “conexidad” como criterio amplificador de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, y en consecuencia como un criterio a través del cual era posible predicar, para algunos derechos concretos, la fundamentalidad del derecho a la seguridad social, y finalmente (3) su reconocimiento como un derecho fundamental autónomo.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese orden de ideas, en la primera etapa existía un acuerdo respecto de la seguridad que otorgaba el catálogo preciso de los derechos fundamentales, consagrado en la Constitución, para efectos de considerar cuando se estaba o no frente a un derecho fundamental. Así mismo, también se podían observar tímidos intentos por ampliar esta concepción, de cara a casos concretos que hicieran obligatoria la inclusión, para el caso que nos interesa particularmente, del derecho a la seguridad social dentro de la categoría de derecho fundamental, y así reforzar su protección. Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia T-116 de 1993, en donde se mencionó lo siguiente: “En cuanto a su carácter de derecho fundamental, podría afirmarse que, per se, la Seguridad Social no está incluida como derecho fundamental, carácter que se deduce en cada caso particular según el componente de que se trate²³¹”.

Sin embargo, esta hipótesis no tuvo acogida por mucho tiempo, pues ya desde sus primeros años la Corte Constitucional, - por ejemplo, en la sentencia C- 018 de 1993- , afirmó que no era posible ni acertado delimitar y restringir el concepto de “derechos fundamentales”, exclusivamente a los consagrados como tal en el texto constitucional, es decir solo aquellos que se encuentran en el título segundo, capítulo primero. En palabras de la Corte, la idea precedente es expuesta de la siguiente manera:

“El tema de la definición de los derechos constitucionales fundamentales ya ha sido abordado por esta Corporación en diferentes sentencias de las Salas de Revisión de los fallos de tutela. Allí se han establecido criterios para la definición de los derechos constitucionales fundamentales, entre los que se destaca el que el derecho sea esencial para la persona, todo ello partiendo del supuesto según el cual la división en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete...²³²”.

En la segunda etapa, se amplía el catálogo de los derechos fundamentales, supeditando su reconocimiento al hecho de tener una relación muy cercana con un derecho fundamental, es decir que se consideraban fundamentales siempre y cuando guardaran una íntima cercanía con derechos consagrados expresamente en el texto constitucional como fundamentales. A esta nueva forma de ampliación de la visión de los derechos se le denominó “conexidad”, y sirvió durante varios años, como una importante estrategia para abrir aún más el abanico de garantías fundamentales en nuestro Estado. Por ejemplo, en el caso que nos interesa, a saber, la seguridad social, la Corte mencionó:

“Por su naturaleza, los derechos a la seguridad social y a la salud, son prestacionales y por ello, en un primer momento, no presentan un rango fundamental, sino que llegan a participar de tal categoría por conexidad cuando con su desconocimiento resultan amenazados o vulnerados derechos que sí lo son, como los derechos a la vida, la dignidad humana, la integridad personal, entre otros, en razón a la relación inescindible que en determinadas circunstancias puedan presentar con éstos, haciendo así posible la real protección de los derechos fundamentales, que la Corte ha sostenido de manera consistente, debe prodigarse en un Estado Social de Derecho...²³³”.

Concretamente respecto de la seguridad social se afirmó que “[...] es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental,

²³¹CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-116 de 1993

²³²CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C- 018 de 1993. M.S. Dr.: Alejandro Martínez Caballero.

²³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-066 de 2002. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales...²³⁴”.

Para finalizar en la tercera y última etapa, la Corte termino por ampliar al máximo el abanico de derechos, reconociéndoles a todos una fundamentalidad autónoma, es decir sin necesidad de estar supeditada como pasaba anteriormente a un eventual pronunciamiento jurisprudencial que les reconociese su fundamentalidad, o a entrar en “conexidad” con un derecho fundamental del texto constitucional. Sobre ello de manera concreta se afirma:

“...La fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”.²³⁵

En ese sentido, es claro que en esta última etapa se consolidó la idea del derecho de la Seguridad Social como un derecho constitucional fundamental, a pesar de que éste no aparezca expresamente consagrado en el Título II “De los Derechos, las garantías y los Deberes”, Capítulo 1 “De los Derechos Fundamentales”; ello a través de una teoría que permite predicar la “fundamentalidad autónoma” de la cual goza de manera especial el derecho a la seguridad social. Eso se afirma en la Sentencia T-414 de 2009, que expresa:

“...El derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y Tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. ...²³⁶”.

Las pensiones como derechos fundamentales.

Con base en el precisado concepto de seguridad social, es claro que dentro de sus pilares más importantes se encuentran las pensiones, las cuales permiten la concreción de una efectiva protección social de cara a situaciones particulares, siendo la vejez la principal, pero existiendo también otras como las situaciones de supervivencia e invalidez.

Sin embargo, sea cual sea la situación que se ampare, el objetivo es el mismo: garantizar un soporte económico fijo al beneficiario de dicha prestación. Este soporte económico, ha adoptado la categoría de fundamental, desde hace y varios años, siendo en este contexto, particularmente relevante la sentencia C-177 de 1998, en donde se definió la pensión de vejez como:

²³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 491 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-016 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³⁶ Ibid.

"...un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo". Por lo tanto, "el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que, del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por "la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad"[4], requisitos estos que "no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente..."²³⁷

Con ello, se pone de presente que desde hace ya casi una veintena de años, la Corte Constitucional ha entendido que el derecho a la pensión de vejez reviste carácter de fundamental como quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral.

Al respecto, y siguiendo la misma línea fijada por la sentencia expuesta en líneas anteriores en la sentencia T-583 de 2010, la Corte Constitucional afirmó que:

“(....) Lo anterior, confirma el rango fundamental que goza el derecho a la pensión, que nace de la suma de cotizaciones que a lo largo de los años se han descontado al trabajador cuya normatividad se encuentra dispuesta en los artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993.

Se trata de una protección especial que brinda el Estado al trabajo humano mediante la garantía de los medios de subsistencia que permitan llevar una vida digna a causa de la vejez. Así las cosas, la Constitución protege a quienes por causa de la edad sufren una disminución de la producción laboral y luego del trabajo de varios años pueden gozar de un satisfactorio descanso remunerado. Los artículos 48 y 53 de la norma superior establecen el pago de la pensión y contemplan que debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia..."²³⁸

Así mismo, en la sentencia SU-023 del 2015, la Corte Constitucional afirmó que:

“...El derecho a la seguridad social - dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de jubilación o vejez- es un derecho fundamental y que, cuando se presente alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal..."²³⁹.

Todo lo anterior, nos sitúa en el marco de la justiciabilidad de los derechos sociales, pues evidentemente como fue expuesto en las líneas anteriores, ha sido la jurisprudencia quien ha abierto considerablemente la puerta a consideraciones tales, como la fundamentabilidad autónoma del derecho a la seguridad social, y más concretamente del derecho a la pensión. Es por ello, que teniendo en cuenta el importante valor de dicha herramienta en las líneas siguientes se propone hacer un análisis de cara a la fuerza transformadora, correctiva y si se quiere, compensadora, de la misma; ello, en aras de dilucidar con mayor precisión las virtudes de esta herramienta, en el escenario de la desigualdad de las pensiones.

²³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-583 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-023 de 2015. M.P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Mendez.

5.3 INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA DEL TEST PARA DESARROLLAR EL “TEST DE PROPORCIONALIDAD” EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS PENSIONALES.

En las líneas siguientes, que corresponden a la segunda gran parte de la presente tesis, se acometerá un estudio de la igualdad, desde un punto de vista de las decisiones judiciales, en donde serán analizadas de manera particular algunas sentencias, a través de la metodología del “Test de proporcionalidad”.

El objetivo de este ejercicio es dar cuenta de la manera en que la desigualdad en materia pensional se materializa en nuestro país, a la luz de casos concretos. A su vez, - como ya fue anotado- estos casos concretos serán analizados bajo la metodología del “Test de Proporcionalidad”, propuesta por el jurista alemán Robert Alexy, y desarrollada ampliamente por el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido. Es de resaltar, que en atención a que cada uno de estos ejercicios metodológicos requiere de un riguroso trabajo argumentativo e investigativo, se consideró pertinente seleccionar cuatro sentencias, - cada una de estas relacionada con un “criterio diferenciador” de análisis- a las cuales se les aplicaría dicho ejercicio metodológico. Así mismo, de manera paralela a la realización del llamado “juicio de proporcionalidad”, se desarrolló un texto que sirviese de contexto respecto de cada una de las variables, para describir los principales elementos necesarios para lograr una comprensión global de los debates que se suscitan en torno a estas.

Cabe anotarse que la selección de estas cuatro sentencias no obedeció a una elección caprichosa, arbitraria o casual, sino que por el contrario correspondió a un profundo análisis, que se desarrolló en dos niveles, los cuales serán expuestos a continuación:

5.3.1 ETAPA DE SELECCIÓN DE LAS VARIABLES.

En esta etapa, fue necesario seleccionar cuales debían ser las variables o “criterios diferenciadores”²⁴⁰ que serían objeto de análisis en la presente investigación. Para garantizar, la mayor objetividad y riqueza académica posible, estas cuatro variables fueron seleccionadas a la luz de los siguientes criterios:

- i. La posibilidad de visibilizar con una mayor facilidad un escenario claro de desigualdad; en otras palabras, se seleccionaron variables en donde los tratos desiguales e injustificados, eran una constante o por lo menos un evento de común ocurrencia.
- ii. La cantidad de sentencias en las que la variable propuesta fuese abordada, pues para poder llegar a la selección de estos “criterios diferenciadores” resulto necesario iniciar por un estudio preliminar (que será expuesto en líneas ulteriores), con el fin de identificar en cuales de las posibles variables se encontraba una suficiente densidad de

²⁴⁰ El término de “criterios diferenciadores” es tomado del jurista italiano Norberto Bobbio, quien en sus estudios sobre la igualdad, menciona como característica principal de la misma el hecho de que esta corresponda a un concepto relacional, en tanto siempre que se hable de si una situación es o no igual, se debe realizar un ejercicio comparativo respecto de otra situación y a la luz de una variable común, o “*tertium comparationis*” como también ha sido descrita por la Corte Constitucional en repetidas ocasiones. Para ello, véase: C- 789 del 2009, C- 015 del 2014, C-601 del 2015, C-104 de 2016 y C-085 del 2016.

pronunciamientos, que permitiese realizar un ejercicio comparativo enriquecedor, para que con ello, la selección de la sentencia definitiva fuese mucho más objetiva.

- iii. La ausencia de investigación jurídica en las posibles variables que serían seleccionadas; ello, en razón a que la presente investigación tiene por objetivo auscultar, precisamente aquellos temas y escenarios que no han sido objeto de un análisis profundo, por lo tanto fueron seleccionadas de manera preferente variables en donde no se evidenciase un trabajo de investigación jurídica fuerte, de cara claramente, al escenario de las pensiones; pues es claro que estas variables, objetivamente analizadas sí podrían estar ampliamente desarrolladas, pero no así respecto del escenario propuesto.

A la luz de estos tres criterios principales, inicialmente fueron seleccionadas las siguientes variables: la edad, el género, el ingreso base de cotización, el ingreso base de liquidación y la pensión de sobrevivientes. Claramente, estas variables fueron seleccionadas en atención a que desarrollan debates bastante interesantes en el marco del escenario de las pensiones. A continuación, se citan las sentencias que fueron analizadas en cada una de estas variables:

1. Edad.

En esta variable fueron analizadas 8 sentencias, a saber, las siguientes: C-410 de 1994, C-093 del 2001, C- 227 del 2004, C-451 del 2005, C-540 del 2008, T-777 del 2009, T-439 del 2012, y T 443 del 2014.

2. Género.

En esta variable fueron analizadas 4 sentencias, a saber, las siguientes: C-410 de 1994, C-026 de 1996, C-622 de 1997 y C-540 del 2008.

3. Pensión de sobrevivientes.

En esta variable fueron analizadas 6 sentencias, a saber, las siguientes: C- 1255 del 2010, C-389 de 1996, C-451 del 2005, T-917 del 2009, T-098 del 2010, y T-439 del 2012.

4. Ingreso Base de liquidación.

En esta variable fueron analizadas 8 sentencias, a saber, las siguientes: C-168 de 1995, C-608 de 1999, T-169 del 2003, T-1225 del 2008, C-258 del 2013, T-523 del 2013, Consejo de Estado- Sentencia del 2 de mayo del 2013, y la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto del 2010.

5. Ingreso base de cotización.

En esta variable fueron analizadas 4 sentencias, a saber, las siguientes: T- 714 del 2011, T-063 del 2013, T-892 del 2013 y C-540 del 2008.

En ese sentido, en total fueron analizadas 30 sentencias con fundamento en un estudio integral, teniendo como principal pauta de análisis la manera en que estas abordaron, en su desarrollo, el derecho fundamental constitucional de la igualdad. Para seleccionar las variables que serían objeto de un análisis más profundo mediante el “Test de proporcionalidad”, resultó ser necesario el desarrollo de la siguiente etapa, en donde se realizó un estudio pormenorizado de cada una de las sentencias citadas en las líneas anteriores.

A continuación, se detallarán las etapas constitutivas del estudio individualizado practicado a cada sentencia.

5.3.2. ETAPA DE SELECCIÓN DE LAS SENTENCIAS A LAS CUALES SE LES APLICARÍA EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.

Una vez fueron seleccionadas las variables, se realizó una auscultación jurisprudencial, en donde se recolectaron las decisiones más relevantes²⁴¹ en las cuales se hacía más tangible la discusión respecto del derecho fundamental constitucional de la igualdad. Posteriormente, culminada esta etapa, se continuó con la selección de las sentencias que serían analizadas de manera individual, a través – fundamentalmente- de una lectura de los hechos y el debate jurídico planteado por la Corte. Este análisis fue realizado en dos fases, una (2.1) preliminar y otra (2.2) de selección de individualización concreta de las sentencias. A continuación, se detallarán cada una de estas fases:

2.1 Fase preliminar.

En la fase preliminar, se analizó la potencialidad de cada sentencia seleccionada para que, a partir de sus hechos y argumentos, se desarrollase un debate mucho más completo, teniéndose como principal criterio de análisis la relación de los hechos con el derecho fundamental constitucional de la igualdad. Así mismo, esta etapa fue vital para identificar cuáles serían los criterios definitivos a los cuales se les aplicaría la metodología del “Test de proporcionalidad”.

Así mismo, esta primera fase se desarrolló en tres etapas concretas, a saber: (a) una etapa en donde se realizó un análisis individualizado de cada sentencia, (b) una siguiente, en la cual se condensó la información obtenida por cada variable y se realizó una línea jurisprudencial y, para finalizar, (c) una última, en donde se implementó una modalidad metodológica denominada “el árbol de los argumentos”, por medio del cual se realizó una concatenación muy sintética de los argumentos principales bajo los cuales se falló en cada sentencia; todo ello, analizado siempre de cara al derecho constitucional fundamental a la igualdad. A continuación, se expondrá cada una de estas etapas de manera más detallada.

a. Primera etapa: Análisis individualizado de cada sentencia.

El análisis individualizado de cada sentencia fue abordado a la luz de un esquema metodológico que respondía a preguntas claves de cara a la identificación del origen, argumentación y tratamiento de la desigualdad en cada caso concreto. En ese sentido, a continuación, se expone un formato que recoge las preguntas bajo las cuales fueron analizadas cada una de las sentencias:

241 Las sentencias estudiadas no tienen una fuente común, en tanto con el objetivo de enriquecer más el análisis a través de las diferentes posturas jurídicas que se pueden encontrar en las Altas Cortes (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia), se consideró que era más apropiado abordar las providencias con total indiferencia de su fuente; por esa razón, en esta etapa preliminar fueron abordadas, sentencias de cada uno de estas Altas Cortes.

Tabla 14. Formato de individualización de contenidos.

Identificación de la providencia.	
Breve referencia de los hechos.	
¿Hay o no desigualdad? ¿Por qué?	
¿Es o no justificable la desigualdad? (Argumentos)	
¿Qué tratamiento se le da a esa desigualdad?	
¿Cuál es el origen de la desigualdad?	<input type="checkbox"/> En la Ley. <input type="checkbox"/> En la aplicación de la Ley <input type="checkbox"/> Vía de hecho.
¿Contiene la Constitución alguna mención expresa que dé cuenta de una forma de protección a los derechos en disputa o es indiferente frente a estos?	<input type="checkbox"/> Si protege. <input type="checkbox"/> No protege. <input type="checkbox"/> Es neutra.

Fuente: Elaboración propia.

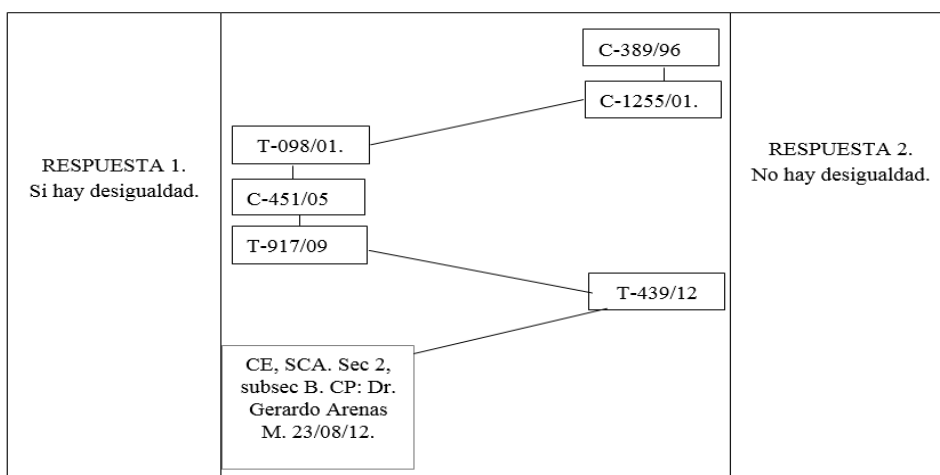
a. Segunda etapa: Realización de una línea jurisprudencial.

En esta etapa, se realizó una línea jurisprudencial que recapitulaba todas las sentencias estudiadas en cada una de las variables o criterios diferenciadores, en donde además se tuvieron en cuenta, los aspectos básicos de cada sentencia en materia del reconocimiento o desconocimiento de la igualdad; para ello, tal análisis se realizó a través de las siguientes dos preguntas: (1) ¿existe o no en el régimen pensional un trato diferenciado en virtud del criterio diferenciador? y (2) si ¿existe o no un trato desigual en razón del criterio diferenciador examinado?

A continuación, se muestra un ejemplo de cómo fue llevado a cabo tal análisis. Para este ejemplo, se tomó la variable de la “Pensión de sobrevivientes”.

- **Primera pregunta:** ¿se reconoce o no la existencia de una desigualdad en materia de pensión de sobrevivientes?

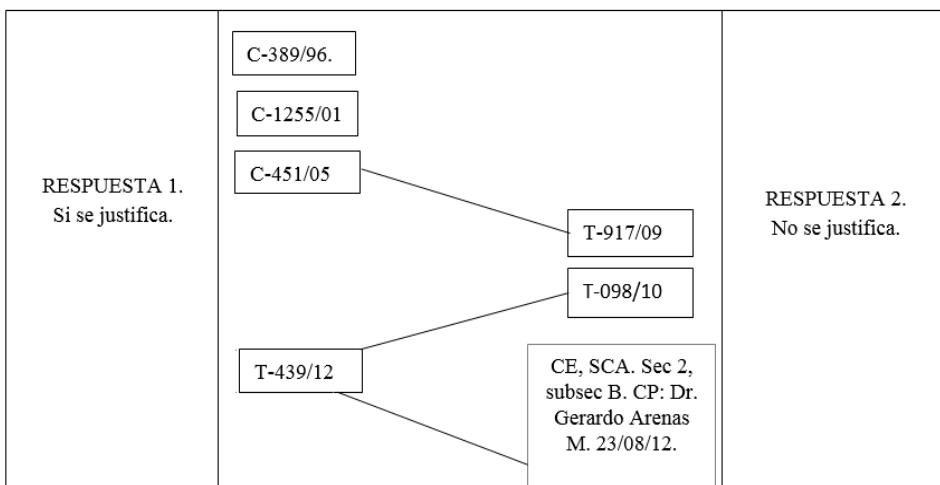
Gráfico 9. Herramienta metodológica de análisis jurisprudencia 1.



Fuente: Elaboración propia.

- **Segunda pregunta:** razones o argumentos- ¿es justificable o no ese trato diferenciado? esto es, ¿hay una “razón razonable” para impartir ese trato diferenciado en materia de pensión de sobrevivientes?

Gráfico 10. Herramienta metodológica de análisis jurisprudencia 2.



Fuente: Elaboración propia.

Metodología del “árbol de argumentos”.

En esta última etapa de la fase preliminar, se concatenaron de manera muy sintética los principales argumentos que ampararon las decisiones en cada una de las variables seleccionadas; ello implicó que las 30 sentencias trabajadas fueran discriminadas en los grupos de las “variables”, para realizar un análisis global respecto de la línea argumentativa de cada una de estas. De igual manera, esta metodología, se esquematizó mediante la formulación de las preguntas abordadas en el paso “a.”, a saber, el paso en donde se individualizó y analizó cada sentencia por separado. A continuación, se expone, a manera de

ejemplo el “árbol de argumentos” de la variable pensión de sobrevivientes, siguiendo el ejemplo con la misma variable que se trabajó en la fase anterior.

SÍNTESIS ARGUMENTATIVA.
CRITERIO DIFERENCIAL: P. SOBREVIVIENTES.

¿Hay o no desigualdad?

SI.

NO

SE JUSTIFICA.
ARGUMENTOS

NO SE JUSTIFICA.
MEDIDAS CORRECTIVAS

SENTENCIA C-451/05.

- La persona que supera los 25 años no está en una situación de indefensión o vulnerabilidad que justifique incluirla como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.
- La situación fáctica del hijo capaz y mayor de 25 años, indica que no es injusto que deje de recibir el beneficio de la pensión. Lo injusto y contrario a la solidaridad, sería un actuar contrario.

SENTENCIA T-439/12.

- Una persona razonable a la edad de 25 años ya tiene independencia económica, al contar con un nivel de capacitación suficiente para trabajar y procurarse su propio sustento.
- El hijo mayor de 25 años que no pueda seguir siendo beneficiario de la pensión de sobrevivientes, no queda desamparado y sin seguridad social, pues habiendo adquirido a esa edad un grado de formación intelectual debe estar en capacidad de incorporarse a la vía laboral y contribuir al sistema de seguridad social.

SENTENCIA T-098/10.

Argumento: Es completamente desajustado a la Constitución actual, y violatorio del derecho a la igualdad, el actuar de la entidad demandada, quien pretendía erróneamente que aun después de la Constitución de 1991 se continuara aplicando una disposición que discrimina, por razones morales, a las mujeres que libremente habían decidido formar una familia sin casarse.

Medida: (1) Revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, y su lugar conceder el amparo de los derechos a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital; y (2) ordenar a Seguros Bolívar S.A. a que reconozca y pague a María Luisa Bautista Díaz la sustitución pensional a que tiene derecho por haber sido compañera permanente de Hernando Cuadros Esteves, incluyendo también los pagos de manera retroactiva.

SENTENCIA T-917/09.

Argumento: La declaración de nulidad de los enunciados normativos, en los cuales se basaba la respuesta de la entidad demandada, nugatoria de los derechos de las accionantes, permite concluir que para el acceso a la pensión de sobrevivientes, en el caso de los hijos de 18 años o más años de edad y hasta 25, sólo se requiere de la acreditación de la calidad de estudiante, mediante certificación auténtica expedida por el establecimiento de educación, aprobado por el MEN.

Medida: La Corte decide (1) revocar las sentencias de los jueces de instancia y, en su lugar, tutelar los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso administrativo y al mínimo vital. Y (2) ordenar al I.S.S. a que incluya incluir en nómina de pensionados a estos jóvenes.

SENTENCIA C-389/96.

- El factor determinante para establecer quien tiene derecho a la sustitución pensional es el “compromiso de apoyo afectivo y la comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”.
- En virtud de la libertad que le ha sido conferida al legislador en materia pensional, bien pudo estimar la condición de la procreación de uno o más hijos con el causante de la pensión de sobrevivientes como un requisito alterno, completamente equiparable con respecto al requisito del tiempo de convivencia.

SENTENCIA C-1255/01.

- El actor realizó la demanda de inconstitucionalidad sin hacer un análisis sistemático, pues de haberlo hecho hubiese advertido que de ninguna manera se está excluyendo como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los familiares del pensionado por accidente de trabajo, sino que tal situación se encuentra regulada en otras normas, pues “...El ordenamiento colombiano en general, y la disposición acusada en particular, no están excluyendo de la sustitución pensional a los familiares de los pensionados por accidente de trabajo o enfermedad profesional sino que, por razones sistemáticas, regula su situación, no en la disposición acusada sino el libro de la Ley 100 de 1993 dedicado al sistema de riesgos profesionales...”

fundamental constitucional a la igualdad, fueron seleccionadas cuatro de las cinco variables con las inicialmente se acometió el estudio. Las variables seleccionadas fueron: el género, la edad, el ingreso base de cotización y el ingreso base de liquidación.

Como se puede observar, la variable “pensión de sobrevivientes” fue excluida; ello, en atención a los criterios que fueron expuestos inicialmente, pues una vez se realizó el estudio de las 8 sentencias que conformaban esta variable, se observó con claridad que se trataba de un tema que había sido bastante trabajado no solo a nivel jurisprudencial, sino doctrinal; así mismo, pese a que en estas sentencias se desarrollaban interesantes debates, estos no presentaban una contraposición estricta de principios, razón por la cual esta variable fue descartada en la aplicación del “Test de proporcionalidad”.

5.3.2.1 Fase de selección concreta de las sentencias.

Con base en todo el trabajo realizado en la etapa anteriores, se pasó a seleccionar una sentencia por cada variable o “criterio diferenciador”, a la luz de los siguientes dos criterios:

- i. La riqueza de la sentencia en lo que respecta al abordaje y tratamiento del derecho fundamental constitucional a la igualdad, pues es claro que, al ser esta la materia principal de la presente investigación resultaba imperativo que también fuese un tema central en la sentencia seleccionada.
- ii. La potencialidad de la sentencia para plantear una discusión interesante alrededor de la oposición o contradicción de dos principios constitucionales. Este criterio fue analizado teniendo en cuenta de manera particular, el aspecto factico de la sentencia, para lo cual se analizaron los hechos de diferentes sentencias, con el objetivo de identificar en cuales de estas se podía evidenciar con claridad una tensión entre dos o más principios constitucionales.

Atendiendo a estos criterios, se seleccionaron las siguientes sentencias para cada variable: para el criterio de edad, la sentencia C-451 del 2005, para el de genero la C-410 de 1994, para el ingreso base de cotización, la Sentencia del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, y para la variable del ingreso base de liquidación, la sentencia C-258 del 2013.

A continuación, se expondrán las razones por las cuales fue seleccionada cada sentencia. Así mismo, se hará una breve síntesis de los resultados obtenidos con la aplicación del “Test de proporcionalidad” en cada una de estas.

1) Variable edad.

La sentencia seleccionada para analizar esta variable correspondió a la Sentencia C-451 del 2005. Esta sentencia fue seleccionada en razón a que, pese a que no presentaba de manera clara y directa una tensión entre dos principios, al leer con mayor detenimiento su contenido y los hechos descritos en la misma, si era posible inferir una interesante colisión.

Además, se seleccionó en razón a que en su contenido, incluía elementos de la discusión sobre la variable “pensión de sobrevivientes”, por lo cual se consideró que esta sentencia podría ser un escenario muy oportuno para realizar un análisis integral de la variable “edad”, involucrando, aunque fuese de manera indirecta, el criterio ya descartado de la “pensión de sobrevivientes”.

2) Variable Genero.

La sentencia seleccionada para analizar esta variable correspondió a la Sentencia C-410 de 1994. Esta sentencia fue seleccionada en razón al ser la sentencia “hito” en materia de

argumentación y justificación de las razones del por qué debe haber una diferenciación en el tratamiento entre hombres y mujeres, concretamente en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez.

Así mismo, es claro que -como será expuesto a profundidad en el acápite especial de la variable “genero”- aunque el tema de la edad también es abordado en esta sentencia, el núcleo de la discusión se focaliza en el debate sobre el por qué las mujeres merecen un tratamiento diferenciado en el escenario de las pensiones; por ello, esto es, en razón a su gran riqueza y aportes en el debate sobre la “igualdad de género”, es que esta sentencia fue seleccionada.

3) Variable Ingreso base de cotización.

La sentencia seleccionada para analizar esta variable correspondió a la sentencia SU-230 de 2015. Esta sentencia fue seleccionada en razón a que expone un álgido debate sobre la interpretación de los factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Además, es de destacar que esta providencia, se presenta como un cierre final respecto de la línea jurisprudencial promulgada por la Corte Constitucional; por lo cual se consideró bastante pertinente abordar esta discusión jurídica, no con el ánimo de solucionarlo, pues es claro que no existen respuestas correctas, pero si con la intención de ofrecer una lectura del mismo, a la luz del derecho fundamental constitucional a la igualdad.

4) Variable Ingreso base de liquidación.

La sentencia seleccionada para analizar esta variable correspondió a la C-258 de 2013. Esta sentencia fue seleccionada, en tanto dentro de los muchos elementos que se desarrollaron en la misma, existe uno que merece especial atención, al comportar una factura de importantes principios fundamentales del Estado Constitucional, como lo son la seguridad jurídica, la confianza legítima, la buena fe y el respeto por los derechos adquiridos; ello, en perjuicio además del derecho fundamental constitucional a la pensión.

En ese sentido, - como se observará con más claridad al dar una lectura a la medida legislativa juzgada- esta sentencia ofrece un rico debate, en donde se evidencia con bastante claridad la contraposición de varios principios, lo cual facilitó la realización del “Test de proporcionalidad”.

CAPITULO VI. ¿ES EL GÉNERO UNA VARIABLE QUE ORIGINA DESIGUALDAD?

6.1 ESCENARIO DE CONTEXTO EN EL ANÁLISIS DEL COMPONENTE GÉNERO.

Ciertamente, - y como ya ha sido expuesto en líneas precedentes (concretamente en el acápite X) - en el universo de las pensiones, se encuentran en juego un conjunto concreto de variables, cuya combinación, - realizada con base en las particularidades de la vida laboral de cada sujeto- permite la materialización del mecanismo de protección básico del Sistema de SS, a saber, el canal de las pensiones. Estas variables- edad, número de cotizaciones, género, ingreso base de cotización e ingreso base de liquidación-, resultan ser de suma importancia, pues la alteración en alguna de estas, comporta un cambio trascendental en el resultado final del monto de la mesada pensional. Es de destacar que, al ser estas variables tan significativas en la “ecuación” de las pensiones, tanto la ley en su promulgación, así como los jueces, en su aplicación, deben tener sumo cuidado. Por ello, los creadores de la ley deben cuidarse de estructurar tales categorías de manera errónea, con unas raíces viciadas por la desigualdad, puesto que esto comportaría una desigualdad injustificada en el texto mismo de la ley; y de otro lado, los jueces deben abstenerse de aplicar tales categorías de manera desigual, sin justificación alguna, pues ello traería consigo tratamientos discriminatorios, prohibidos en nuestro Estado Constitucional. Por todo lo anterior, no resulta errado afirmar que detrás de estas categorías, en realidad es posible encontrar unos claros “eslabones de desigualdad”.

Dentro de dichos eslabones, merece especial mención, el “género”. Esta variable suele ser analizada y defendida bajo clásicos argumentos que suelen acudir a la discriminación histórica de las mujeres, como principal- y hasta único- argumento en pro de su existencia como elemento determinante del Sistema de SS colombiano; pero que, a decir verdad, no ofrecen una verdadera justificación. De cara a lo anterior, el presente texto tendrá por objetivo ahondar en el análisis de este “eslabón de desigualdad”, pues indudablemente éste amerita un estudio mucho más detallado, que vaya desde su génesis misma, hasta su concreción al escenario particular de la seguridad social en Colombia. Por ello, y para lograr cumplir a cabalidad tal objetivo el presente texto se estructurará de la siguiente manera: (1) se describirá el marco en el cual se encuentra ubicada la categoría de “género”, como un elemento característico del discurso de la igualdad. Posteriormente, (2) se expondrán los principales momentos “hito” dentro de la estructuración del movimiento feminista, ubicando sus principales raíces y fundamentos hasta la consagración actual del “Derecho fundamental a la igualdad de género”. Y, (3) para finalizar, se materializará todo lo expuesto en los puntos anteriores, en el contexto del sistema de seguridad social colombiano, con el objetivo de identificar concretamente cual es el “estado de cosas actual” del mercado laboral y del escenario de la seguridad social, a la luz de la variable del género.

6.1.1. EL GÉNERO COMO UN CRITERIO FUNDAMENTAL EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD.

Hoy en día al hablar del Derecho Fundamental a la igualdad de género, se hace referencia a la igualdad que debe existir entre hombres, mujeres, y entre un tercer grupo de personas que no se sienten identificadas con estas dos tradicionales categorías de clasificación del ser humano. Para comprender el contenido y las repercusiones concretas de tal derecho fundamental, primero se realizará una conceptualización del mismo y de la discriminación en sentido genérico, y posteriormente se conectarán dichos conceptos con la variable del género.

¿Qué se entiende por igualdad y por discriminación?

El concepto de la igualdad ha venido siendo trabajado desde las más antiguas corrientes de pensamiento, desde los estoicos hasta el cristianismo primitivo, teniendo una importante cúspide de conceptualización en las declaraciones de los derechos humanos de finales del siglo XVIII, hasta hoy, en donde es posible identificar una formulación casi que unívoca del mismo, la cual consagra que “Todos los hombres son o nacen iguales²⁴²”. Esta máxima expresa que los hombres²⁴³, deben ser considerados y tratados como iguales respecto de una serie de categorías, que, según diferentes concepciones, constituyen la esencia del mismo, esto es, sus características definitorias, como lo son su capacidad jurídica, el libre uso de la razón, la libertad de poseer, la dignidad²⁴⁴, etc.

En ese sentido, - y siguiendo lo estipulado por el jurista Bobbio- , es claro que el concepto de la igualdad, corresponde a un concepto eminentemente comparativo y relacional, pues para que se pueda predicar la existencia de esta, es necesario establecer con respecto a qué y sobre qué recae; esto implica que no se puede hablar de igualdad si no se está en condiciones de responder a las siguientes dos preguntas: ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad entre qué?²⁴⁵ Esta última pregunta, da cuenta de los llamados “criterios justificadores” o de justificación de las diferencias. En ese sentido, es claro que “...*el concepto y el valor de la igualdad presuponen para su aplicación la presencia de una multitud de entes de los que se trata de establecer qué relación existe entre ellos...*²⁴⁶”.

No obstante lo anterior, la aplicación del principio de la igualdad no está exenta de errores, que suponen el uso indebido de los llamados “criterios justificadores”, sin razón alguna. En estos casos, se realiza una lectura y aplicación del principio de la igualdad, con base en prejuicios, o intolerancia, hacia un miembro de un grupo determinado, motivada solo por su pertenencia a dicho grupo²⁴⁷.

²⁴² BERGHEZAN, Claudia Cristina. El tratado de Ámsterdam y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral. Madrid: Rario Legis, 2012. p. 23.

²⁴³ Vale la pena significar que en estas primigenias declaraciones siempre se hacía alusión expresa y exclusiva al hombre, omitiéndose la expresión literal de la “mujer”; ello, en atención al contexto de una etapa histórica que pese a ser bastante revolucionaria, era bastante rezagada en el reconocimiento de la mujer como un ser completamente autónomo e independiente del hombre.

²⁴⁴ BERGHEZAN. Op. Cit. p. 23.

²⁴⁵ BOBBIO. Op. cit., p. 52.

²⁴⁶ BERGHEZAN. Op. Cit. p. 25.

²⁴⁷ Ibid., p. 29

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia, especialmente del siglo XX, se han encargado de elaborar un complejo conjunto de conceptos jurídico-políticos tendientes a delimitar cuando se está o no en presencia de acciones u omisiones²⁴⁸ que comportan tratos desiguales no justificados²⁴⁹, y que traen como consecuencia una ruptura con este principio materializada en tratos discriminatorios.

El derecho europeo, en aras de estructurar mecanismos eficaces de identificación de aquellos tratos discriminatorios, ha establecido una tipología especial de discriminación, diferente a aquella que consagra el origen de la discriminación en una acción u omisión. Esta tipología clasifica los actos de discriminación en dos tipos: directos, e indirectos. A continuación, se citan las definiciones de dichos conceptos contenidos en la directiva 2002/73 del 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo:

“... A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

“discriminación directa”: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo²⁵⁰. —

“discriminación indirecta”: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios...²⁵¹”.

Resulta de mayor interés auscultar un poco más en las implicaciones que trae consigo la implementación de la discriminación indirecta, pues como se desprende de la definición citada, la discriminación directa corresponde a la tradicional forma de concebir aquellos actos que generan tratos discriminatorios. Así pues, la discriminación indirecta implica que se juzgue como nugatoria del principio de la igualdad, una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio, práctica o un producto o servicio, que pese a que en apariencia se presentan como neutros, pueden ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otra; siempre que, objetivamente dicha diferenciación no corresponda a una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. *Grosso modo*, es esta la conceptualización de la discriminación indirecta contenida en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

²⁴⁸ Es de resaltar que una discriminación no solo es producto de una acción positiva, sino que también puede tener su origen en una conducta omisiva del autor. Pero, además de ello, y con independencia de si la conducta- origen de la discriminación es o no una acción u omisión, se debe tener claridad sobre el hecho de que es posible que una conducta discriminatoria tenga por origen una conducta puesta en ejecución sin la intención de generar un trato discriminatorio, pero que indirectamente lo podría llegar a generar. Lo anterior, es conocido en la doctrina y normatividad europea como la “discriminación indirecta”, la cual también merece especiales medidas de corrección, pues también puede ser fuente generadora de tratos discriminatorios.

²⁴⁹ BERGHEZAN. Op. cit., p. 26.

²⁵⁰ La discriminación directa que suele ser la clásica concepción de la desigualdad, tiene sus raíces más claras en el Título VII del Civil Rights Act de 1964 de Estados Unidos, mediante el cual se prohibió la diferencia de trato por razones de raza, color, sexo, religión o nacionalidad. BERGHEZAN, Op. cit., p. 33

²⁵¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. Directiva 2002/73 del 23 de septiembre de 2002.

Un ejemplo claro de la aplicación de la discriminación indirecta, se puede observar en la sentencia del 20 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia Europeo, en donde se declaró la ausencia de legitimidad constitucional de una norma austriaca en materia de seguridad social, la cual, pese a que no consagraba una discriminación directa- dado que, se aplicaba indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras- si conllevaba indirectamente a la exclusión injustificada de las mujeres, de una medida de actualización de las pensiones. En tal decisión, se expresó con claridad que el hecho de que las mujeres tengan en promedio una mayor esperanza de vida no podía considerarse como un argumento suficiente para justificar su exclusión de aquella medida que tenía por objeto garantizar el poder adquisitivo de las pensiones²³⁰.

En suma, es de destacar los valiosos aportes de las normativas europeas en la construcción de un concepto de discriminación que vaya más allá de aquella conducta positiva o negativa promovida con la intención directa de discriminar; máxime cuando en el día de hoy, pese a que existe un fuerte discurso en contra de la vulneración del principio de igualdad de género, es claro que aún es posible observar sutiles prácticas y acciones, las cuales, aunque *prima facie* no comportan un trato discriminatorio, esconden tras de sí consecuencias negativas y discriminatorias que recaen sobre grupos determinados de hombres o mujeres.

Papel de la categoría del “género” en el discurso de la igualdad”.

Antes de iniciar el análisis necesario para establecer los vínculos existentes entre en género y la igualdad, es necesario partir de una definición de la palabra “género”. Ciertamente, el género corresponde a un concepto ligado a una construcción cultural y no a hechos naturales o biológicos²⁵²; en otras palabras, el género obedece a una construcción ideológica de la sociedad sobre aquello que se considera “femenino” y aquello que se considera “masculino”. Estas “connotaciones” de feminidad o masculinidad son atribuidas a la mujer y al hombre casi que, de manera automática, estableciéndose, a guisa de ejemplo, que la mujer es la encargada de la maternidad, la educación de los hijos, el cuidado de los enfermos, la atención a los ancianos o la estabilidad de la familia²⁵³; y, que el hombre casi que de manera exclusiva, tiene la única tarea de ser el “proveedor” del hogar.

Lo anterior, esto es, los “linderos”, con los que se delimitan bruscamente los contenidos de la feminidad y la masculinidad, son un resultado claro de la dicotomía entre lo público y lo privado. Esta dicotomía supone que la mujer debe ser la administradora del espacio privado, asignándosele la tarea de ser la guardiana de la unidad más básica de la sociedad: la familia, y más concretamente la familia patriarcal. De otro lado, el espacio público es aquel en donde el hombre resulta protagonista, el importante, aquel en donde se toman las decisiones trascendentales.

Los entrecruzamientos entre lo público y lo privado son tan solo tangenciales. La mujer pese a que puede- y prácticamente debe- participar en el mercado laboral, no suele ocupar espacios decisivos; y el hombre solo tiene acercamientos sutiles a la vida privada, como lo muestra “...el lenguaje coloquial usado por los maridos solícitos: ¿te ayudo a poner la mesa? ¿Quieres que traiga el pan? ¿Qué quieres que haga? La que decide que hacer siempre es ella, la que manda en los asuntos menores...²³³”.

²⁵² BERGHEZAN. Op. cit., p. 56.

²⁵³ CAMPS, Victoria. El siglo de las mujeres. Madrid: Ediciones Cátedra, 2013. p. 23.

Es de destacar, además, que esta dicotomía publico/privado resulta de pasar por alto la marcada e innegable desigualdad natural entre los hombres y las mujeres pues para nadie es un secreto que, tradicionalmente, se suele asignar al hombre el único rol de trabajar, mientras que la mujer debe dividir su tiempo, su cuerpo y su mente en tres roles fundamentales, a saber: el rol reproductivo, el rol de la economía del cuidado, y el productivo. Siendo el primero, un rol que por naturaleza solo puede ser desarrollado por la mujer, y el segundo, un rol que, pese a que podría ejercerse paritariamente entre hombres y mujeres, resulta ser asignado con exclusividad, de manera forzosa y por el peso de la tradición, a las mujeres.

El primero de los roles, a saber, el de la reproducción, resulta tener una importancia vital para el desarrollo de la humanidad pues aunque resulta ser el desarrollo de una relación entre un hombre y una mujer, es esta última quien toma la mayor responsabilidad al albergar en su cuerpo la nueva vida, y sufrir con ello, las consecuencias que esto trae sobre su cuerpo, de las que naturalmente está exento el hombre. Por ello, resulta urgente la búsqueda de "... una perspectiva de la mujer, con su valorización del tiempo reproductivo (...) aceptando que se trata de una perspectiva tan universalizable como la del hombre con su valoración exclusiva del tiempo productivo...²⁵⁴". El segundo de los roles, el de la economía del cuidado, nace de la idea que postula la naturaleza femenina como "cuidadosa" o "cuidadora"²⁵⁵, y tiene dos dimensiones principales: la del hogar en estricto sentido, y la de la mujer como un bombero "apagadora de los incendios" dejados por un Estado de Bienestar insuficiente e incapaz. En la primera dimensión "... la mujer tiene, de algún modo, el poder sobre la vida doméstica: organiza la crianza y el cuidado de los hijos, tiene incluso más poder de decisión sobre temas como la educación, las escuelas o la asistencia médica. Pero su poder se limita a aquellas cuestiones que el hombre no juzga complejas o trascendentales...²⁵⁵".

La segunda dimensión, de la economía del cuidado desarrollada por la mujer, tiene por génesis la crisis del Estado de bienestar, en donde el Estado ya no puede garantizar una efectiva satisfacción de todas las necesidades, y debe, por ello, acudir a la mujer como la "redentora" que, desde siempre, ha desempeñado estos servicios, abnegada y gratuitamente, y, lo que es peor, sin reconocimiento alguno²⁵⁶. Esto conlleva, a que haya menos guarderías, menos residencias de ancianos, y menos formación de las mujeres, pues ellas deben enfocarse en llegar a donde el Estado no llega.

El tercero de los roles, el productivo, resultan innegables los esfuerzos llevados a cabo para que la mujer gane terreno en el escenario del actual fragmentado mercado laboral. Sin embargo, es claro que "... no solo la política, la mayoría de los trabajos cualificados demandan un estilo de conducta y un ritmo de vida que solo conviene a quien no ha tenido otra obligación que la laboral...²³⁸", y esta última, no es la realidad de las mujeres, quienes- como ya se vio- deben asumir diferentes roles. Lo cierto es que, como consecuencia de ello, pese a que las mujeres suelen tener participaciones significativas en el campo de la administración, apenas intervienen en la legislación y son pocas las que ocupan cargos realmente decisivos²³⁹.

En suma, es innegable que la balanza de la distribución de las tareas esta notablemente desequilibrada en contra de las mujeres. En efecto, el peso de sus tres roles fundamentales hace que la báscula se incline contra la mujer. En ese sentido, es claro que "...los problemas de la

²⁵⁴ Ibid., p. 36.

²⁵⁵ Ibid., p. 56

²⁵⁶ Ibid., p. 45.

vida privada, esa nula distribución del trabajo no remunerado, exigen soluciones políticas. Pero al mismo tiempo hay que entender y reconocer que el poder de la vida privada es también poder político. Que es injusto despreciar y no valorar debidamente el tiempo de la reproducción, el tiempo de las mujeres...²⁴⁰”

Esto, aunado al hecho de que evidentemente la mujer es un ser más vulnerable, “... la ley protege a la mujer contra los malos tratos, despenaliza parcialmente el aborto, persigue ciertas formas de prostitución pornografía, (...) afectado así la posibilidad de autoestima de la mujer- una de las condiciones de la igualdad y la justicia según Rawls- es que la mujer puede ser maltratada, procrear sin quererlo, ser objeto de prostitución. Puede serlo, porque lo es de hecho...²⁵⁷”.

En ese orden de ideas, resulta claro que, de un lado, a la mujer le ocurren cosas que no suele ocurrirle al hombre²⁵⁸, y que, además, tiene que soportar una carga de roles sociales mucho mayor respecto de la de aquel. Por eso, necesita una protección especial, una protección que responda a las desigualdades naturales que hay entre hombres y mujeres, y que materialice la aplicación efectiva del Derecho Fundamental a la igualdad de género.

Ahora bien, una vez delimitado someramente el vínculo del “genero” con el principio de la igualdad, resulta interesante rastrear las primeras declaraciones en donde se hizo tangible un intento por el reconocimiento del Derecho Fundamental a la igualdad de género. Uno de los principales antecedentes, se encuentra en épocas algo remotas, en las que se podría considerar extraño encontrar alusiones a la necesidad de garantizar la igualdad de género, como lo son los años de las revoluciones liberales (Siglo XVIII, con la revolución americana y la revolución francesa), en donde el foco de atención principal se centraba en la reivindicación de las más básicas garantías sociales, como lo son la libertad, el derecho de voto (claramente limitado al sufragio masculino²⁵⁹), la propiedad, etc.

Sin embargo, en el texto *Las cartas de un burgués de New Haven a un ciudadano de Virginia*, publicado en 1787, por el gran filósofo francés Condorcet, es posible rastrear el primero y más solemne reconocimiento de los derechos de la mujer²⁶⁰. En tal texto se menciona que: “...No hay verdad más flagrante, más evidente del principio de la igualdad que la que resulta del hecho de que ‘la mitad del género humano’, sea objeto de un tratamiento injustamente discriminatorio, por propia civilización hasta el punto de que se trate de una constante histórica en todos los ordenamientos jurídicos...²⁶¹”.

De las anteriores palabras, muestra de la temprana propuesta del Condorcet, resulta interesante resaltar la explicación que él daba al fenómeno de la discriminación femenina, al considerar que el núcleo esencial del debate se encontraba en la exclusión en la que se encontraban las mujeres en el orden privado y público, pues además de que en aquella época pululaban las leyes discriminatorias y opresoras de la igualdad de género, es claro que las costumbres e instituciones relativas a la familia también juegan un papel trascendental, pues atribuían a la

²⁵⁷ Ibid., p. 60.

²⁵⁸ Ibid., p. 60.

²⁵⁹ Ciertamente, el liberalismo reivindicó una serie de libertades con repercusión exclusiva sobre los hombres, excluyéndose a la mujer del reconocimiento público de una conciencia individual distinta de la de algún hombre. En ese sentido, Victoria Camps señala como en el siglo XIX, James Mill considera una redundancia el derecho de mujer a votar ¿para que si ya votan sus maridos? En: CAMPS. Op cit., p. 23.

²⁶⁰ Ibid., p. 46.

²⁶¹ CONDORCET, Jean Nicolás. *Las cartas de un burgués de New Haven a un ciudadano de Virginia, s.d., 1787.*

mujer un rol tradicional que la vincula exclusivamente con las tareas sociales, y la excluía del escenario público y de la vida ciudadana²⁶².

Sin embargo, la lucha del filósofo Condorcet no fue solitaria, pues también es posible identificar otros importantes hombres en búsqueda del reconocimiento del Derecho Fundamental a la igualdad de género, como lo fue el filósofo inglés John Stuart Mill, quien junto con su esposa Harriet Taylor, construyeron una relación que se prolongó más allá de lo afectivo, colaborando desde el punto de vista intelectual en sus constantes esfuerzos por los derechos de las mujeres. Una muestra clara y conmovedora de aquellas tempranas ideas feministas proclamadas por Stuart Mill, se encuentra recogida en una breve carta en la que éste le propone matrimonio a Taylor, renunciado a los derechos que le eran conferidos como varón, mediante los cuales podría ejercer un poder cuasi total sobre su esposa. A continuación, se cita un pequeño fragmento de tan especial e histórica declaración de matrimonio:

“ si tengo la dicha de obtener su consentimiento (...) de entrar en relación de matrimonio; y siendo todo el carácter de la relación matrimonial (...), algo que tanto ella como yo conscientemente desaprobamos, entre otras razones porque la ley confiere a una de las partes contratantes poder legal y control sobre la persona, la propiedad y la libertad de acción de la otra parte, sin tener en cuenta los deseos y la voluntad de ésta; yo, careciendo de los medios para despojarme legalmente a mí mismo de esos poderes odiosos, siento que es mi deber hacer que conste mi protesta formal contra la actual ley de matrimonio en lo concerniente al conferimiento de dichos poderes;(…) Y en la eventualidad de que llegara a realizarse el matrimonio entre Mrs Taylor y yo, declaro que es mi voluntad e intención, así como la condición del enlace entre nosotros, el que ella retenga en todo aspecto la misma absoluta libertad de acción y la libertad de disponer de sí misma y de todo lo que pertenece o pueda pertenecer en algún momento a ella, como si tal matrimonio no hubiera tenido lugar”²⁶³.

Sin embargo, lo anterior es solo una pequeña muestra de las revolucionarias ideas proclamadas por el filósofo inglés, pues fueron muchos los textos escritos por él, en donde se hacía una crítica al modelo de sociedad patriarcal y discriminatorio de la época. Mill señalaba que colocar a la mujer en una posición de sumisión y de subordinación era tarea fácil, que “...surgió del simple hecho de que desde el primer crepúsculo de la sociedad humana, toda mujer (debido al valor que le otorgaban los hombres, combinado con su inferioridad en fortaleza muscular) se encontró en estado de cautiverio de algún hombre...²⁶⁴”; situación que después fue avalada por leyes y sistemas políticos que convirtieron un mero hecho físico- la desigualdad natural de los hombres y las mujeres- en un derecho legal de los primeros sobre el género femenino. En opinión de Mill: “...el principio que regula las actuales relaciones entre los dos sexos, la subordinación legal de un sexo al otro es injusto en sí mismo, y es actualmente uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad; y que debe reemplazarse por un principio de perfecta igualdad, sin admitir ningún poder o privilegio para un sexo, ni ninguna incapacidad para otro...²⁶⁵”.

Stuart Mill, en sus textos, señalaba como la humanidad, ha optado por una forma de organización y entendimiento de los sexos facilista y discriminatoria, en la cual “... se somete

²⁶² BERGHEZAN. Op. Cit. p. 46.

²⁶³ STUART MILL, John. El sometimiento de la mujer. En: MACHADO, Antonio. Ensayos sobre la igualdad de los sexos. Madrid: Editorial Cátedra, 2000. p. 144.

²⁶⁴ STUART MILL, John. La Sujeción de la Mujer. Editorial Cátedra, Colección Feminismos. Madrid: Editorial Cátedra, 2001, p. 162.

²⁶⁵ STUART MILL. El sometimiento de la mujer. Op. Cit. p. 145.

a la mujer totalmente al dominio del hombre, sin concederle la más mínima participación en los negocios públicos, y obligada en nombre de la ley, en la vida privada, a obedecer al hombre con quien ha unido su destino...²⁵⁰”. Todo ello, con el objetivo de reducirla a un estado de cautiverio de algún hombre, que lamentablemente encontraba abrigo y sustento en las leyes de la época que avalaban tal situación, y que concebían que la naturaleza única de la mujer era “vivir para los otros”: renunciar completamente a sí misma y no tener más vida que sus afectos, dedicados al hombre con el que está unida o a sus hijos. Visión, que pareciera aun tener vigencia, pues hoy en día algunas mujeres siguen conformando su subjetividad en torno a un modelo hipotecado de identidad: una identidad dependiente de la dependencia de los demás²⁶⁶.

Resulta casi que imperativo destacar los también valiosos aportes de la esposa de Stuart Mill, Harriet Taylor Mill, quien, de su mano, logró consolidar importantes aportes en materia de la germinación del Derecho Fundamental de la igualdad de género. En el texto “La emancipación de la mujer”, Harriet expone que:

“Es preciso recusar la creencia de que la mujer, es incluso hoy en día, inferior en inteligencia al hombre. Hay mujeres que igualan en inteligencia a cualquier hombre de los que han existido; y si comparamos a las mujeres comunes con los hombres comunes, los variados, aunque insignificantes detalles que componen la ocupación de la mayoría de las mujeres originan probablemente una habilidad mental tan grande como la uniforme rutina de las tareas que constituyen la ocupación habitual de la mayoría de los hombres...²⁶⁷”.

De lo expuesto hasta este punto, resulta claro el largo camino recorrido por todos aquellos y aquellas convencidos en el importante valor del Derecho Fundamental a la igualdad de género. Sin embargo, debe destacarse que esta lectura no debe hacerse en el sentido de generar una identidad con los hombres o de perseguir una búsqueda de poderes idénticos a los que ellos poseen, sino de que ambos géneros tengan las mismas oportunidades. Para lograr cumplir a cabalidad tal objetivo, es necesario que toda mujer sea reconocida como un ser completamente autónomo e independiente; que tiene derecho a participar y liderar todos aquellos asuntos sociales que hacen parte de la vida pública.

6.1.2. PRINCIPALES MOMENTOS “HITO” DENTRO DE LA ESTRUCTURACIÓN DEL MOVIMIENTO FEMINISTA, UBICANDO SUS PRINCIPALES RAÍCES Y FUNDAMENTOS HASTA EL DÍA DE HOY.

Detrás de la lucha feminista se encuentran cientos de años y cientos de personajes trascendentales, los cuales, con su trabajo conjunto, permitieron que la reivindicación de los derechos de las mujeres, bajo la consigna de la “igualdad de género”, haya podido concretizarse, con el paso de los años, en el Derecho Fundamental a la igualdad de género. A continuación, se describirá dicho recorrido a través de las siguientes tres etapas: (1) aquella comprendida entre las revoluciones liberales y la segunda guerra mundial, (2) los años de lucha feminista que tuvieron ocasión con posterioridad a la primera segunda mundial, hasta los años

²⁶⁶ GIL RUIZ, Juana María. John Stuart Mill y la Violencia de Género: las trampas de la educación diferencial. Granada: Universidad de Granada, 2006. p. 84. [En línea].

²⁶⁷ TAYLOR MILL, Harriet. La emancipación de la mujer. En: MACHADO, Antonio. Ensayos sobre la igualdad de los sexos. Madrid: Editorial Cátedra, 2000. p. 134.

60 y 70 de la “Revolución femenina”, y, para finalizar, (3) los años siguientes a la década de los 90 hasta nuestros días²⁶⁸.

6.1.2.1. Primera época: desde las revoluciones liberales hasta la segunda guerra mundial.

Para poder entender el escenario marco en el cual se llevaron a cabo las primeras reivindicaciones por la igualdad de género es necesario retomar la dicotomía de lo “público” y de lo “privado”. Esta diferenciación comienza a tomar forma en el siglo XVIII como una herramienta eficaz para excluir a la mujer de los beneficios que traían consigo las ideas de la Ilustración²⁶⁹, encasillándose a la mujer en el sector “privado”, aquel de lo personal, de lo íntimo, del hogar. En este espacio, que se por si se consideraba subvalorado, no había poderes a repartir, solo roles asignados y de forzosa aceptación, como lo eran la construcción del hogar; el cuidado por lo demás y la reproducción. En el otro extremo, se situaba el espacio “público”, aquel mejor valorado, pero que a su vez, le estaba vedado a la mujer. Este espacio, se caracterizaba por ser el espacio del reconocimiento, en donde se materializa el principio de la individualización y se distribuye el poder²⁷⁰.

Sin embargo, ya en el siglo XVIII había quienes comenzaban a poner en duda la legitimidad de aquella dicotomía. Un antecedente trascendental, en esa dirección, lo constituye la “Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana”. Ciertamente, en 1789, en plena revolución francesa se redacta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por parte de la Asamblea Constituyente francesa, prefacio de la Constitución de 1791. Lo cierto, es que esa declaración, consistía en leyes exclusivamente para los hombres (es decir, no se tomaba la palabra “hombre” como un sustituto de la palabra “ser humano”). Por ello, en 1791 Olympia de Gouges escribió la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana entrando las mujeres, por lo menos a través de un documento no oficial, a la historia de los derechos humanos.

En este documento, Olympia reclama para las mujeres la igualdad que defiende la Revolución Francesa, y denuncia la manera en que ésta, después de aprovecharse de su participación en eventos como la toma de la Bastilla, busca devolver a las mujeres a sus roles domésticos y a los espacios privados, olvidándose de incluirlas en el proyecto igualitario por el que han luchado.

Concreta su idea de igualdad en el concepto de participación ciudadana: tanto hombres como mujeres pueden y deben participar en la construcción de la ley, un punto trascendental, pero del que más alejadas estaban las mujeres, pues los hombres eran conscientes de que no podían incluir las ideas de las mujeres en la fijación de las “reglas de juego” de la sociedad, pues esto rompería su modelo bipartito y estigmatizante del género. Por ello, Olympia, considera la democracia como el medio adecuado para lograr la igualdad de oportunidades en el acceso de las mujeres a los espacios de poder público, reivindicando el derecho al voto y el

²⁶⁸ Esta categorización tiene como fuente: ROCHEFOR, Florence. Femmes-hommes: penser l'égalité-Féminismes et égalité des sexes, approche socio-historique (XIX^e - XXI^e siècle). París: La Documentation Française, 2012. p. 19.

²⁶⁹ BERGHEZAN. Op. cit., p. 57.

²⁷⁰ Ibid., p. 57.

reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, legitimando el derecho de las mujeres a acceder a la educación y a la propiedad libre de la tutela jurídica del hombre²⁷¹.

Esta declaración constituyó una importante herramienta con un fuerte valor simbólico, pues, lamentablemente, aunque las mujeres participaron activamente en la Revolución, fueron objeto de una doble discriminación: como mujeres y como trabajadoras²⁷², pues no solo debían de asumir la tradicional carga discriminatoria que llevaban como un lastre, y que por demás fue reforzada por el Código de Napoleón de 1804, que incluía en su articulado menciones abiertamente nugatorias del derecho a la igualdad de las mujeres, sino que también comenzaron a jugar un rol importante en el mundo asalariado.

Este nuevo “rol” de la mujer, implicaba que esta cambiase el hogar por la fábrica como espacio de trabajo; sin embargo, es claro que “...su presencia resultaba problemática, porque la nueva ubicación rompía la identidad con la etapa preindustrial entre las dos esferas en que las mujeres desarrollan su vida: la productiva y la reproductiva. Esto acarrea problemas materiales por la necesidad femenina de atender a dos tipos de empleo muy diferentes y a tiempo completo...”²⁷³.

Sin embargo, de manera paralela se comenzaron a desarrollar importantes avances en pro de la igualdad de género, como lo son el primer Congreso de la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT), de 1886, en donde se aprobó una Resolución relativa al trabajo profesional femenino. Esto, sumado a la constitución de movimientos feministas liderados por Clara Zetkin y Rosa Luxemburgo, conllevaron a finales del siglo XIX, a las más prematuras acciones positivas en materia de protección de la mujer, en su calidad de tal, como lo fueron la reducción de la jornada laboral a 12 horas, o la prohibición de los trabajos más pesados y dañinos para la mujer²⁷⁴.

De manera paralela, se construía la que constituye una de las más importantes manifestaciones de la lucha por el Derecho Fundamental a la igualdad de género: el derecho al sufragio igualitario. El movimiento del sufragismo desarrollado principalmente a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX en Europa y EE. UU., recogió de la vindicación del sector de las feministas ilustrada que perseguían la apelación a un universalismo ético que proclamaba la universalidad de los atributos morales de todas las personas²⁷⁵, y que, por ende, debía desembocar en la participación igualitaria de las mujeres en el escenario de la toma de decisiones políticas. En este aspecto, cabe destacar las sufragistas británicas de principios del siglo XX y, en concreto, de Emmeline Pankhurst y sus hijas Sylvia y Christabel, que, en 1903 crearon, junto a otras mujeres afiliadas al Partido Laborista Independiente, la Unión Social y Política de las Mujeres y el periódico *Votes for Women*, que más tarde se denominaría *The Suffragette*²⁷⁶.

Posteriormente, fue la guerra, quien de manera paradójica constituyó una herramienta indirecta en el proceso de reivindicación de la igualdad de género. Cristina Berghezan afirma que “...para las mujeres, la guerra comportó una experiencia de responsabilidad y lo más importante para su libertad, por la misma valoración del trabajo femenino (...), por la fuerza

²⁷¹ GOUGES, Olimpya. Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana. *s.l.*, 1791.

²⁷² BERGHEZAN. Op. cit., p. 59.

²⁷³ BERGHEZAN Op cit., p. 60.

²⁷⁴ *Ibíd.* p. 63.

²⁷⁵ SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina. Genealogía de la vindicación. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 39 y 40

²⁷⁶ AGUILERA, Samara. Una aproximación a las teorías feministas. Madrid: Universidad Carlos Tercero de Madrid. Revista de Filosofía, Derecho y Política, enero de 2009. p. 53

de la necesidad, la guerra elimina las barreras que separan los trabajos femeninos de los masculinos. La mayor parte de las trabajadoras toman conciencia de su nueva independencia económica y de sus capacidades, durante el trabajo desarrollado en las fábricas de armamento donde estaban muy bien pagadas...²⁷⁷”. Lo cierto es que la guerra, y el consecuente proceso del ascenso de la actividad femenina, trajo consigo importantes reconocimientos como la protección de la maternidad y la regulación del trabajo nocturno de las mujeres, entre otros; los cuales tuvieron la fortuna de ser apoyados por la institución de la OIT, la cual, de manera contemporánea a la primera guerra mundial, (más exactamente en 1919), aparece en la escena política y jurídica mundial. Una de sus primeras conferencias tuvo por objetivo aconsejar la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres²⁷⁸.

6.1.2.2. Segunda época: desde la segunda guerra mundial hasta los años 60 y 70 de la “Revolución femenina”.

Una vez, finalizada la primera guerra mundial parecía que aquella época de importantes avances en materia de igualdad de género era nada más que un espejismo, pues la sombra del fascismo oscureció de nuevo el panorama- hasta el momento bastante prometedor- de las mujeres, retomando las antiguas ideas en las cuales se debía de encarcelar de nuevo a las mujeres en la “jaula” del espacio privado. Para ese entonces, se imponía una imagen de una mujer “... *feliz en su hogar, porque tiene aparatos que le hacen todas las tareas de la casa; y como Benito Mussolini afirmaba la mujer debe obedecer. Por lo que se refiere a su papel en el Estado, estoy en contra de todo feminismo...*”²⁷⁹”. La mujer, gracias al fascismo fue cosificada, y solo “recuperó” su valor hasta después de superada la segunda guerra mundial²⁸⁰.

Indudablemente, el final de la segunda guerra mundial comportó el punto de partida de una nueva época, en la que el modelo de Estado democrático se impuso sobre gran porcentaje del globo terráqueo, como la mejor forma de organización jurídico- política del Estado. En ese contexto surgen un cúmulo de importantes eventos que dieron un vuelco radical a la concepción de la mujer como ser “apéndice” del hombre, y que le significaron el reconocimiento de su individualidad e independencia. Dentro de estos eventos se encuentran “...el descubrimiento, la comercialización y la popularización de los nuevos métodos anticonceptivos, que van a permitir la separación entre la sexualidad y la procreación, verdadero punto de arranque de la autonomía femenina...”²⁸¹”.

Lo anterior, sumado a la proliferación de importantes obras en materia de construcción de una teoría fuerte del feminismo como el libro “El segundo sexo” de Simone de Beauvoir en 1949, y el libro “la mística de la feminidad” de Betty Friedan en 1963²⁸². Simone, en su obra principal, estudia la condición de la mujer en las sociedades occidentales desde la perspectiva de la filosofía existencialista. La frase «no se nace mujer, se llega a serlo» inicia una nueva etapa del feminismo. Es la primera en conceptualizar el género y en diferenciar lo biológico de lo cultural. A continuación, se cita un fragmento que significó un antes y un después en el movimiento feminista: - “...No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana;

²⁷⁷ BERGHEZAN. Op cit., p. 67.

²⁷⁸ Ibid. p. 69.

²⁷⁹ Ibid., p. 70.

²⁸⁰ Ibid., p. 70.

²⁸¹ Ibid., p. 72.

²⁸² Ibid., p. 72.

es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. Únicamente la mediación de otro puede constituir a un individuo como un Otro...²⁸³”.

Frases como la anterior, abrieron la puerta a una nueva concepción del feminismo: el feminismo radical. Esta corriente es necesaria para la transformación del espacio privado, pues no basta con ganar espacio en lo público, ya sea trabajo, educación, derechos civiles. Con el lema «lo personal es político», se quiere señalar que existe una dimensión política en la vida personal. Estas cuatro palabras rompieron con el paradigma que alimentó por siglos una miope visión del mundo que suponía el divorcio entre la esfera de la reproducción y la producción, lo doméstico y lo público, lo individual y lo colectivo, lo personal y lo político. La autora de esta frase, la feminista Kate Millett, buscaba expresar “...que la subordinación de las mujeres no se sostiene sólo en su exclusión de las instituciones políticas y de los poderes fácticos o en la explotación económica que tiene lugar en el mercado laboral, sino que tiene raíces muy profundas y aparentemente invisibles que hacen muy difícil desmontar las estructuras de opresión de las mujeres. Estas hondas raíces se encuentran en la familia patriarcal, en las relaciones de pareja y en todas las tareas de cuidados y reproductivas que desarrollan las mujeres gratuitamente en el ámbito familiar...²⁸⁴”.

Todas estas manifestaciones políticas e ideologías en pro del reconocimiento del Derecho Fundamental a la igualdad de género, generaron frutos en la arena jurídica, en la cual resulta importante destacar significativos instrumentos jurídicos que sirvieron de cimientos jurídicos de este fuerte movimiento feminista, como lo son los artículos 117 y 119 del Tratado de Roma de 1957, que consagraba la obligación de los Estados de garantizar condiciones equitativas para hombres y mujeres, o la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

6.1.2.3. Tercera época: desde los años 90 hasta nuestros días, un vuelco a la concepción bipartita del género.

El género, como una construcción cultural no se trata de una categoría estática, completamente blindada del cambio natural de la sociedad, sino que, por el contrario, obedece a una reconstrucción constante de sus contenidos. Precisamente, y en respuesta a la explosión de los fenómenos que reivindican la necesidad de reconocer que el concepto de género va más allá de las dos clásicas y herméticas categorías de lo “femenino” y lo “masculino”, es que el concepto de género ha venido adoptando diferentes facetas. Todo ello de cara a una sociedad actual, en donde resulta innegable el hecho de que algunos seres humanos no se sienten identificados con la idealización tradicional del “hombre” o de la mujer”.

Todo este proceso de expansión del concepto de género ha tenido como principal fuente la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, que tomó un auge importante en la década de los 90 y que, a lo largo de su desarrollo, ha obtenido significativos logros. Para el caso concreto del movimiento de reivindicación de los derechos de las personas homosexuales en nuestro país, es posible identificar bastantes decisiones jurisprudenciales que han abierto las puertas a la consolidación de un nuevo “acápito” en el contenido del Derecho Fundamental a la igualdad de género. Muestra de ello, son- solo a manera enunciativa- las siguientes sentencias: la sentencia T504 de 1994 en donde se reconoció el derecho al cambio

²⁸³ BEAUVOIR, Simone. El segundo sexo. Bogotá: Editorial de Bolsillo, 2013. p. 207.

²⁸⁴ COBO BEDIA, Rosa. Aproximaciones a la teoría crítica feminista. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres. 2014. p. 26. [En línea].

de sexo en el documento de identidad; la sentencia T-290 de 1995 en la que se consagró el derecho a adoptar por parte de personas homosexuales, o las sentencias T-618, T-1426 y T-999 del 2000, trascendentales en materia de reconocimiento del derecho fundamental de la Seguridad social en parejas del mismo sexo; así como la sentencia T-349 del 2006, que permitió la extensión de los beneficios de la sustitución de la pensión a parejas del mismo sexo; la sentencia C-811 del 2007, que reconoció el derecho a la afiliación a salud como beneficiario de compañero/a permanente del mismo sexo: la sentencia T372 del 2013, que reiteró el derecho a la visita íntima en establecimiento carcelario, por parte de parejas homosexuales, entre muchas otras decisiones van en el mismo sentido y que han sido reiteradas continuamente.

No obstante lo anterior, cabe anotarse que el proceso de constante cambio y reestructuración del concepto de “género” no se agota en lo expuesto hasta este punto, pues son muchas más las transformaciones que ha desarrollado este concepto, y que merecen especial atención, como lo es la reciente “Teoría Queer”. La teoría Queer²⁸⁵, es susceptible de ser definida como “...una lucha contra los reduccionismos y las dicotomías (masculino/femenino, activo/pasivo, etc.) porque estas imponen una violencia a la realidad al obligar al sujeto a elegir entre lo blanco y lo negro, dos extremos que resultan poco atractivos en su pureza: de resultas, la elección siempre va contra uno mismo y su pluralidad y alumbra una realidad donde se encuentran ausentes la mayor parte de los colores del arco iris...”²⁷¹.

La lectura del género, realizada por esta corriente, evidentemente se trata de una lectura dinámica, que se opone radicalmente a la estatidad en las formas, los gustos los deseos, pero que concretamente ataca dos frentes principales, a saber: una crítica al orden mundial sexual heterosexual, pues retomando las palabras de la escritora francesa Monique Wittig “vivir en sociedad es vivir en heterosexualidad”, una “heterosexualidad” que “...está siempre presente en todas las categorías mentales (...), y que se ha colado en el pensamiento dialectico o pensamiento de las diferencias como su categoría principal...”²⁸⁶; Sin embargo, sus planteamientos críticos no se acaban allí, pues esta teoría también como ataca el movimiento llevado a cabo por los sectores homosexuales de la sociedad actual, en contra de la dominación heterosexual. Ciertamente, “...en opinión de los teóricos queer, esas pretensiones de homogeneidad de la identidad gay y lesbiana son excluyentes, pues no cobijan a múltiples individuos, que pese a considerarse a sí mismos como gays y como lesbianas no comparten muchas de las características que son fijadas como características de esa identidad...”²⁷³.

La filósofa estadounidense Judith Butler expone sobre este punto que todas las categorías de identidad ya sean las normalizadoras u opresoras como la categoría de “heterosexual”, o las “liberadoras” como la de “lesbiana”, apuntan en últimas al mismo objetivo: crear y perpetuar regímenes regularizadores, de allí entonces que “...los vocablos “gay” y “lesbiana” no brindan

²⁸⁵ De manera algo sintética, es posible caracterizar la “Teoría Queer” en los siguientes cinco postulados: (1) la orientación sexual, la identidad sexual o de género es resultado de una construcción social, (2) se debe rechazar el uso de las categorías de identidad que clasifican a los individuos (mujer, hombre, heterosexual, homosexual, lesbiana), generando regímenes regularizadores y excluyentes, (3) es necesario desnaturalizar la identidad sexual para situarla como una categoría cultural disponible y no como un atributo esencial de la persona, (4) se debe hacer una oposición radical a los regímenes de lo normal, en materia sexual y otros ámbitos, y (5) en últimas, la teoría Queer, se trata de un movimiento intelectual que se resiste a cualquier intento definitorio. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RESTREPO, Eduardo. *Teoría y Sociología Jurídica en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p. 52.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 54.

ninguna revelación transparente, sino que existen por la necesidad de representar un sector político oprimido...²⁸⁷”.

Como respuesta a lo anterior, con la “Teoría Queer” nace una desconfianza por los movimientos homosexuales y una búsqueda urgente por la reconstrucción de las identidades de género, a través de la negación de la polaridad hetero/homo. Esta restructuración del contenido del género amerita un especial estudio, pues a su vez comporta una transformación en el contenido y la aplicación del derecho fundamental a la igualdad.

En ese sentido, el planteamiento actual del Derecho Fundamental a la igualdad de género, debe dar respuestas concretas a estos seres humanos que parecen no sentirse representados por las categorías de “hombre/mujer” o “heterosexual/homosexual”, pues en nuestro actual Estado Constitucional, sería inadmisibles dejar de garantizar este derecho fundamental a algunos sujetos, con la excusa de que estos no se encuentran “adscritos” a las herméticas categorías que tradicionalmente llenaban de contenido el concepto del “género”.

Concretamente, el escenario del derecho laboral y de la seguridad social no puede ser ajeno a tales cambios, o asumir una actitud indiferente respecto de tales transformaciones fácticas y conceptuales del concepto del “género”, sino que por el contrario debe proponer soluciones concretas a estos nuevos retos. Una muestra clara y reciente de la manera en que se ha manifestado esta re conceptualización del género, y su consecuente debate en el marco de nuestro Estado Constitucional, se encuentra en la sentencia T-063 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana, en donde se tutelaron los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y la personalidad jurídica, de una mujer transgénero. En aquella ocasión, se debatió sobre la negativa de la Notaría 12 del Círculo de Medellín para autorizar el cambio del sexo de la mujer, inscrito en su registro civil de nacimiento y demás documentos de identidad, como la cédula de ciudadanía y el pasaporte colombiano²⁸⁸. Ello, en razón a la falta de correspondencia entre su fisonomía y su identidad de género. En tal sentencia la Corte mencionó que:

“...El Estado como garante de la pluralidad de derechos, debe (...) garantizar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todos los individuos. La

‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (pene, vagina, masculino, femenino), incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. Estas modificaciones son conocidas como “tránsitos”) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar, los modales, y, en general, diversas formas de externalizar la identidad...²⁸⁹”.

²⁸⁷ Ibid., p. 48.

²⁸⁸ Los argumentos expuestos por la Notaría 12 para negarse a la solicitud de la mujer transgénero, versaban sobre el hecho de que en su opinión el asunto analizado planteaba una situación sobreviniente como lo era la reafirmación de sexo mediante un procedimiento quirúrgico, por lo que debía acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria en el cual se ordenará mediante decisión judicial, el cambio pretendido. Sin embargo, sus argumentos fueron desestimados por la Corte Constitucional, quien en su parte resolutiva ordenó a la notaría a que protocolizara por escritura pública el cambio de nombre y la corrección del sexo que consta en el registro civil de nacimiento de la accionante.

²⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063 de 2015. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

Conservando una *ratio*, similar a la expuesta en el párrafo precedente, en la sentencia T-099 del 2015, la Corte Constitucional estableció que las mujeres transgénero no son destinatarias de la ley de servicio militar obligatorio²⁹⁰; pero sumado a esto, exhortó al Congreso a que promulgase una ley de identidad de género que proteja los derechos de las mujeres y hombres transgénero.

Las decisiones anteriores son una muestra fehaciente de que, a pesar de que la reconceptualización del género comporta complejos retos jurídicos, si es posible encontrar soluciones ajustadas a nuestra Carta Política y a los derechos fundamentales consagrados en esta. Lo cierto, es que decisiones como esta, deben permear otros escenarios como el del Sistema de la Seguridad Social, en aras de que allí también se garantice para todos y todas el Derecho Fundamental a la igualdad de género.

6.1.3. “ESTADO DE COSAS ACTUAL” DEL MERCADO LABORAL Y DEL ESCENARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA LUZ DE LA VARIABLE DEL GÉNERO.

Hasta este punto ha sido analizada la necesaria relación que debe existir entre el género y el principio de la igualdad, como un vínculo vital para predicar la existencia del Derecho Fundamental a la igualdad de género. Pero, más allá de la interesante información expuesta en líneas anteriores, concretamente ¿Para qué ha servido la lucha feminista? ¿Se han o no superado las barreras ideológicas que impedían concebir a la mujer como un ser para el hombre, y merecedora de los mismos derechos? ¿Qué se ha hecho hasta el momento para lograr esto? ¿Las medidas tomadas corresponden efectivamente a una aplicación de la pretensión de corrección, que debe perseguir todo sistema jurídico constitucional- o solo resultan ser “pañitos de agua tibia” para aletargar o adormecer la lucha por la igualdad de género? Ahora, corresponde preguntarse por la efectiva materialización, de las consignas de los movimientos feministas en nuestra sociedad actual.

Para dar respuesta a todas las preguntas formuladas en el párrafo precedente, resulta imperativo, situar el contexto marco en el que se desarrollan todas las tensiones y fenómenos generadores de las disputas y debates sobre la igualdad de género, a saber, un planeta tierra que pareciera cargar sobre su espalda como característica definitoria: la cruz de la desigualdad. Una desigualdad de recursos y oportunidades, que permea todos los sectores de la sociedad, como la educación, la salud, el bienestar general, la política, el trabajo y la seguridad social.

En nuestro país, las cifras no pueden esconder la lamentable desigualdad que afrontan millones de colombianos. Así, el índice de Gini – indicador encargado de medir hasta qué punto la distribución del ingreso se aleja de una distribución perfectamente equitativa- corresponde a 0,522, uno de los más altos del mundo. Lo cierto, es que este fenómeno no es ajeno al resto de los países latinoamericanos en donde el coeficiente suele oscilar entre el 0,4 y el 0,5 %. Con base en esta información, la CEPAL afirma que “...en América Latina el alto grado de heterogeneidad estructural se manifiesta en una elevada desigualdad de la distribución de ingresos...”²⁹¹

²⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-099 del 2015. M.P. Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado.

²⁹¹ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit., p. 46.

En este escenario marco de una sociedad desigual, es en el que se entretajan y desarrollan los intentos por materializar el Derecho Fundamental a la igualdad de género. En aras de analizar más concretamente la manera en que se ha venido desarrollando la mujer en este escenario desigual, en las líneas siguientes se expondrá su desarrollo en los tres aspectos que a lo largo del texto se han presentado como los más representativos de su recorrido en la lucha por la igualdad, a saber: (1) el escenario productivo (concretamente el escenario del mercado laboral), (2) el escenario de “ lo público” o de la vida política, y (3) el escenario de lo que se conoce bajo la “economía del cuidado”.

6.1.3.1. Escenario productivo: la mujer en el contexto del mercado de trabajo segmentado.

Para hablar del lugar de la mujer colombiana en el mercado del trabajo, es necesario situarse primero en América Latina, un continente en donde la estructura productiva está fuertemente segmentada, y marcada por barreras que impiden la aplicación nítida de la igualdad entre hombres y mujeres. La CEPAL, caracteriza estas barreras como brechas internas y externas, y afirma que “...Existe un importante rezago relativo que se revela en la “brecha externa” que separa a la región de la frontera internacional en términos de acceso a capacidades tecnológicas. También existe una “brecha interna”, que expresa los diferenciales de productividad entre los distintos sectores y dentro de cada uno de ellos, configurando profundas asimetrías y desigualdades en la estructura productiva...²⁹²”.

Estas brechas de productividad se traducen en desigualdades en los mercados de trabajo: los empleos en sectores de alta productividad representan todavía espacios muy reducidos, y los empleos en sectores de baja productividad corresponden a una proporción mayoritaria de la fuerza laboral, sumado a la gran cantidad de empleos informales, la inestabilidad laboral, la falta de institucionalidad, la falta de acceso a tecnología y mercados, y el desempleo que se mantiene en niveles muy preocupantes, afectando a aproximadamente 18 millones de latinoamericanos. La combinación de estos elementos trae como consecuencias inevitables el acceso estratificado a la protección social contributiva y la construcción inconsciente de barreras para integrarse a redes de seguridad social, impuestas a significativos sectores de la población²⁹³.

Ahora bien, respecto de la participación de las mujeres en el escenario productivo, se puede observar que pese a que estas se han venido incorporando activamente al mercado laboral, rompiendo de esta manera con los imaginarios y estereotipos que las excluían de la vida productiva, aun son muchas las manifestaciones concretas de desigualdad a las que deben enfrentarse. Así, para el caso general de Latinoamérica, se puede observar con claridad que “...las tasas de participación laboral femenina de la región se mantienen todavía bastante por debajo de los parámetros de los países desarrollados y algo similar ocurre con las tasas de ocupación...²⁹⁴”. Ciertamente, en todos los países de la región la tasa de pobreza de las mujeres es más alta que la de los hombres; según la CEPAL, el índice de feminidad de la pobreza para las personas de entre 20 y 59 años de edad indica que la tasa de pobreza de las mujeres excede en un 30% o más a la de los hombres de edad similar. De otro lado, a medida que la pobreza disminuye en la región, las diferencias entre hombres y mujeres tienden a profundizarse, así

²⁹² Ibid., p. 24.

²⁹³ Ibid., p. 24 y 25.

²⁹⁴ Ibid., p. 25.

que la superación de la pobreza no se está traduciendo efectivamente en el avance de las mujeres²⁹⁵.

Para el caso concreto de nuestro país, en materia de participación en el mercado laboral "... es clara, aunque leve la tendencia que presenta la brecha de género en materia de ocupación en Colombia. Según cifras presentadas por el DANE, para el año 2008, un total de 6.806.857 mujeres se encontraban ocupadas, mientras que en el 2013, un total de 8.842.299 mujeres se hallaban activas en el mercado. Esto representa un incremento del 22.1% en los últimos 5 años. Sin embargo, la diferencia respecto de los hombres en materia de participación y ocupación sigue siendo notable: para el 2013, la tasa global de participación fue de 78.8% para los hombres y 53.9% para las mujeres, y la tasa de ocupación fue de 69.3 % y 47 % respectivamente...²⁹⁶".

Lo anterior significa que, pese a que la mujer paulatinamente se ha abierto espacios en el segmentado mercado laboral colombiano, sigue estando unos cuantos- pero muy importantes- pasos atrás respecto de la ocupación y la participación en el escenario productivo, respecto del hombre. Esta tendencia no es fluctuante, y continúa presente; en esa dirección, el DANE emitió los siguientes datos correspondientes al trimestre de febrero a marzo, respecto del "mercado laboral por sexo²⁹⁷":

- Para el trimestre móvil febrero - abril 2016, la tasa global de participación²⁹⁸ para los hombres fue 74,4% y 54,3% para las mujeres.
- La tasa de ocupación para hombres fue 68,8% presentando una disminución de 0,9 puntos porcentuales y para mujeres la tasa de ocupación se ubicó en 47,4%.
- La tasa de desempleo de las mujeres se situó en 12,7% y la de los hombres en 7,5%.

La información expuesta hasta el momento da cuenta de que los hombres ofrecen más su fuerza laboral en el mercado respecto a las mujeres. Así mismo, en el resumen ejecutivo del 10 de marzo de 2016 el DANE afirmó que para el trimestre móvil noviembre 2015 a enero 2016, el 34,9% de la población en edad de trabajar se encontraba inactiva, y que de ese porcentaje el 66,1% de la población económicamente inactiva era femenina²⁹⁹. De acuerdo con esta información, respecto a la situación general del empleo se encuentra que al comparar la proporción de la población en edad de trabajar (PET) de hombres y mujeres, ellas tienen la mayor participación, pero tienen una menor proporción dentro de la denominada población económicamente activa (PEA), es decir de la población empleada o que está buscando empleo.

²⁹⁵ CENTRAL UNIARIA DE TRABAJADORES. La situación laboral de las mujeres: entre lo invisible, lo precario y lo desigual. Bogotá: CUT, marzo de 2015. [En línea].

²⁹⁶ ESCUELA NACIONAL SINDICAL. De cuidados y descuidos: la economía del cuidado en Colombia y perspectivas de política pública. Medellín, 2015. p. 97.

²⁹⁷ La información relacionada se encuentra recogida en: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Mercado laboral por sexo. Bogotá, 13 de junio de 2016.

²⁹⁸ La tasa global de participación (TGP), se obtiene al comparar la población económicamente activa (PEA) y la población en edad de trabajar (PET), a través de una operación matemática de división de la segunda variable en la primera. La TGP se encarga de cuantificar el tamaño relativo de la fuerza de trabajo. Obtenido en: DANE. Preguntas frecuentes. [El línea].

²⁹⁹ DANE. Resumen ejecutivo: inactividad. Trimestre móvil noviembre 2015 - enero 2016.

Sumado a las anteriores conclusiones, se debe destacar con base en las cifras arrojadas por el informe del DANE del primer trimestre de 2016, que las mujeres presentan mayores tasas de desempleo, siendo el desempleo femenino superior por un 5,2 %. Este fenómeno, que constituye una constante en las estadísticas recientes, pues para finales del 2016 la tasa de desempleo para el total nacional se ubicó en 8,2%, donde la tasa de las mujeres (11,2%), fue superior en 5,2 puntos porcentuales a la registrada por los hombres (6,0%). Aunque las cifras de desempleo para las mujeres presentan una discreta tendencia a la baja, se presenta muy por encima del promedio nacional y es mayor que la registrada en América Latina donde es del 7,9%, mientras que los hombres tienen una tasa del 5,6%³⁰⁰.

Sin embargo, estas son estadísticas globales que tienen un enfoque de lectura principal sobre el sector urbano; pero de otro lado, respecto del sector rural, es de destacar que las cosas no cambian, sino que por el contrario la desigualdad se agudiza aún más. En ese sentido, en el quinto informe presentado por la CEPAL y las Naciones Unidas al Departamento Nacional de Planeación, y la Dirección de Desarrollo Rural, en diciembre del año 2014, en donde afirma que "...mientras los hombres presentan en promedio una tasa de participación de 76% entre 2001 y 2013, sólo 36% de las mujeres en edad de trabajar participó en el mercado laboral. Esto se debe a una mayor proporción de la población económicamente activa (PEA) en los hombres, pero también a las dinámicas de los hogares rurales en los que las mujeres realizan en mayor medida trabajos domésticos, no remunerados y de cuidado que en su mayoría no entran en la definición tradicional de trabajo..."³⁰¹.

Lo anterior es una muestra fehaciente de la fragilidad de la mujer en el mercado laboral; sin embargo, no se puede perder de vista que este es solo un pequeño esbozo respecto de la complejidad que se esconde tras el segmentado mercado laboral colombiano. Para finalizar este punto, resulta importante hacer referencia a tres manifestaciones concretas de la desigualdad de género en el contexto productivo, como lo son: la desigualdad en los ingresos en las actividades desarrolladas por hombres y mujeres en las situaciones de desempleo y la manera en que el subempleo ataca de manera diferenciada a cada género.

Respecto del primer elemento, se debe señalar que de 2012 a 2013 la brecha de género en materia de ingresos se redujo en 2.4 puntos porcentuales; sin embargo, a 2013 las mujeres ganaban 18 % menos que los hombres, y para el año 2015 ganaban alrededor del 21 % menos respecto de los hombres³⁰². Esto, sumado al hecho de que las mujeres trabajan 10 horas remuneradas a la semana menos que los hombres y laboran 20 horas no remuneradas a la semana más que los hombres. Es decir, que a la semana las mujeres trabajan 10.8 horas más que los hombres. Con lo cual, es claro que los hombres trabajan 4 semanas mensuales, mientras las mujeres trabajan 5³⁰³. Lamentablemente esta resulta ser una tendencia mundial, pues "...se

³⁰⁰ CEPAL. Mujeres en la economía digital: superar el umbral de la desigualdad, 2013. [En línea].

³⁰¹ CEPAL y ONU. La protección social de la población rural en Colombia: diagnóstico, necesidades de ajuste y líneas de política. Bogotá, 15 de diciembre de 2014. [En línea].

³⁰² MINISTERIO DEL TRABAJO. La penosa brecha laboral entre hombres y mujeres, 15 de abril de 2013. [En línea].

³⁰³ Ibid.

estima que a escala mundial la brecha entre la remuneración entre hombres y mujeres es de un 22.9 %; en otras palabras, las mujeres ganan el 77.1 % de lo que ganan los hombres...³⁰⁴”.

En atención al segundo de los elementos, a saber el hecho de que aún se sigue conservando la idea de que quien es más apto para estudiar es el hombre, y quien es más hábil para el cuidado del hogar es la mujer, el DANE en sus estadísticas expone que la población económicamente inactiva masculina se dedicó principalmente a estudiar (56,4%), mientras que la población económicamente inactiva femenina se dedicó principalmente a oficios del hogar (58,5%)³⁰⁵; lo cual da cuenta de que la asignación de los tradicionales roles en los que se encasilla a la mujer, parece no ser exclusivamente una debate del pasado, sino que aun y en el año 2016 se trata de una problemática latente. En ese sentido, vale anotar que “...la dedicación de los hombres inactivos a los oficios del hogar se reduce entre el 2009 y el 2013 en un 14.3 % y para las mujeres en un 7.7%; de otro lado, la dedicación a la educación se reduce para ellos en un 2.2 %, mientras que para la mujer en un 3 %...³⁰⁶”.

Respecto del último elemento, a saber, el del subempleo, resulta preocupante el hecho de que este fenómeno pareciera afectar de manera preferente a las mujeres. Muestra de ello es que “...para el 2013, la tasa de informalidad en las mujeres es del 52.5 %, disminuyendo 2.4% respecto del 2012; mientras que en el caso de los hombres esta tasa es de 46.7 % para el 2013. Así las cosas, más mujeres que hombres subsisten en la informalidad...³⁰⁷”.

En suma, pese al constante descenso del desempleo en la región en los últimos años y a la mayor participación de las mujeres en el trabajo remunerado, estas aún presentan mayores tasas de desempleo que los hombres, lo que indica que tienen más dificultades para encontrar empleo y que su situación en el mercado laboral no logra equipararse con la de los hombres, ni siquiera en contextos de crecimiento económico. En tal sentido, toda esta información da cuenta de manera fiel de que, lamentablemente, el escenario laboral colombiano no es el más prometedor en materia de “igualdad de género”. Ello ha sido además corroborado por importantes organizaciones internacionales como la OIT, la cual en una observación realizada al Gobierno colombiano en el año 2012³⁰⁸, solicitó que se enviase información sobre los resultados concretos de la implementación del Plan Nacional por la Equidad Laboral con Enfoque Diferencial de Género para las Mujeres en la aplicación del principio del Convenio de igual remuneración por trabajo de valor igual y su impacto en la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

6.1.3.2. Escenario público: inmersión de la mujer en los asuntos públicos.

Como ya fue expuesto en acápites precedentes, la mujer está saliendo del escenario privado, con el objetivo claro de ingresar y permear hasta los más pequeños rincones de la vida pública. Lo cierto, es que este proceso, aunque ha tenido valiosos avances, aún está a mitad de camino, pues curiosamente en este espacio, aunque la mujer tiene participación, no logra escalar con facilidad en los espacios más importantes y decisivos³⁰⁹.

³⁰⁴ ESCUELA NACIONAL SINDICAL. Op cit., p. 100.

³⁰⁵ DANE. Resumen ejecutivo: inactividad. Op cit.

³⁰⁶ ESCUELA NACIONAL SINDICAL. Op cit., p. 104.

³⁰⁷ Ibid., p. 108.

³⁰⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Recomendación a Colombia sobre el Convenio N° 100, de 1951 sobre la igualdad de remuneración. 2012.

³⁰⁹ CAMPS. Op cit., p. 47.

Una muestra clara de ello es el “Informe sobre la participación femenina en el desempeño de cargos directivos en la administración pública colombiana del año 2014”, en donde se señala que

“...En promedio el 59.7% de las entidades en todo el país cumplieron con el porcentaje establecido por la Ley 581 de 2000 (Ley de cuotas), al vincular mujeres en los cargos de alta dirección, con una participación de las mujeres del 30% o más. De igual forma, en promedio, el 46% de los cargos públicos provistos en la alta dirección son ocupados por mujeres. En el Orden Nacional del total de las 186 entidades que reportaron la información en el Máximo Nivel Decisorio, 103 cumplen con el 30% o más de participación femenina, lo que equivale a un 55,37%. (...) Pero, con respecto a los cargos provistos en el orden nacional en el Máximo Nivel Decisorio de los 1.732 cargos reportados por las entidades, 623 están ocupados por mujeres, lo que equivale a un 35,96%...”³¹⁰

Como reconocimiento de la importancia de la participación de la mujer en la vida pública, en la recomendación del 2012 que versaba sobre el Convenio 111 de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación), la OIT expresó al Gobierno la necesidad de que le enviase información sobre el impacto y los resultados concretos de los programas y medidas adoptadas en el marco de la ley núm. 1496 de 2011 y del Programa Mujer Rural. Sumado a lo anterior, la OIT analizó información suministrada por el Gobierno según la cual, “...de un total de 7.785.503 trabajadores en el sector público y privado, 3.148. 805 son mujeres (40 por ciento). En el sector público, las mujeres representan el 51 por ciento de la fuerza de trabajo...”³¹¹”.

Según dichas estadísticas, persiste la situación de segregación ocupacional ya que las mujeres siguen estando escasamente representadas en los sectores tradicionalmente desempeñados por los hombres, tales como la construcción, la electricidad, la agricultura y la minería.

3.3 Escenario de la “economía del cuidado”: la mujer “cuidadora” del siglo XXI.

La economía del cuidado- expuesta en páginas anteriores- lamentablemente, y pese a que ha tenido la pretensión de ser renovada y transformada dentro del nuevo siglo, ha sido tal vez uno de los aspectos ligados a la cultura patriarcal, más renuentes al cambio. Muestra de ello, es que “...al observar la estructura laboral en América Latina aparece que el 44,6% de las mujeres ocupadas se desempeña en el sector de los servicios, mientras que solo el 20,5% de los hombres se desempeña en ese sector; por otro lado en la construcción y la agricultura, trabajan uno de cada cuatro hombres, pero apenas una de cada diez mujeres...”³¹²”. Y esto no cambia para el caso concreto de nuestro país, pues “...en Colombia, casi tres millones son empleadas del sector de servicios sociales, comunales y personales (en total 32 % de las ocupadas), donde la participación de los hombres es únicamente del 11%; de este el 68 % de las personas empleadas en este sector, son mujeres...”³¹³”.

³¹⁰ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA. Informe sobre la participación femenina en el desempeño de cargos directivos en la administración pública colombiana del año 2014-2015. p. 46.

³¹¹ OIT. Recomendación a Colombia sobre el Convenio N° 111 de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 2012.

³¹² ESCUELA NACIONAL SINDICAL. *De cuidados y descuidos*. Op. Cit., p. 101.

³¹³ *Ibíd.* p. 101

Muestra de la importancia del buen manejo del concepto de la “economía del cuidado”, se refleja en la observación realizada por la OIT al Gobierno colombiano en el año 2012³¹⁴, en la cual le solicitó que se regulase de manera concreta la situación laboral algo incierta de las madres comunitarias, en razón a que para la fecha no eran reconocidas como trabajadoras y percibían un salario inferior al mínimo.

6.1.4.ACÁPITE CONCLUSIVO: ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DEL ESCENARIO DE LA DESIGUALDAD DESCRITO, EN MATERIA DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS MUJERES?

Sin duda alguna, el vínculo estrecho entre empleo y protección social tiene una larga historia en la sociedad contemporánea. Esta articulación supone trabajar de la mano de variables como la capacidad de modernización de la estructura productiva y el dinamismo económico necesarios para acercarse al pleno empleo, mayoritariamente formalizado y con contribución a la seguridad social, con períodos breves de entrada y salida, y los aportes del gasto público social. Lo cierto es que desde las bases nuestro sistema de distribución de los recursos es inequitativo, lo cual genera que no se pueda contar con tales variables que hacen del sector productivo un sector fructífero y equitativo, sino que, por el contrario, y como consecuencia de la inequitativa distribución de los recursos, se genera una desigualdad en el mercado de trabajo, que termina por afectar de manera especial a las mujeres.

Según datos de Fedesarrollo, solo una de cada cinco mujeres logra pensionarse³¹⁵, y esto es algo que es de esperar, pues las mujeres no cuentan con las mismas garantías laborales de las que goza el hombre: no tiene acceso a los mismos empleos, pues ya quedó demostrado que aun en el año 2016, la visión patriarcal de la economía del cuidado se sigue imponiendo, por lo cual el abanico de trabajos a los cuales podría acceder, se reduce notablemente; a su vez, no puede cotizar al Sistema de SS, con la misma regularidad con la que cotiza un hombre, pues esta propensa a la maternidad, la crianza de los hijos, etc.; sumado al hecho de que- como fue expuesto- recibe menos ingresos, y se encuentra más propensa a la informalidad laboral.

Estas aseveraciones son corroboradas con las encuestas de hogares realizadas por el DANE, específicamente, la Encuesta de Calidad de Vida, la cual muestra que para el año 2013, la tercera medida corresponde al porcentaje de la población en edad de pensionarse que efectivamente recibe una pensión era apenas de 23,4% (27,4% para el caso de los hombres y 20,0% para el de las mujeres).

Por todo lo anterior, se hace evidente que aun hoy en día, la mujer sigue siendo discriminada, por su condición de tal; y que, por ello, merece un tratamiento especial que garantice una compensación a los tres roles que debe asumir en la sociedad contemporánea, y, con ello, una efectiva protección de su Derecho Fundamental a la igualdad de género.

³¹⁴ OIT. Recomendación a Colombia sobre el Convenio N° 100. Op cit.

³¹⁵ FEDESARROLLO. Informe mensual del mercado laboral en Colombia. Enero de 2016. p. 7. [En línea].

6.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA VARIABLE DE GENERO: SENTENCIA C – 410 DE 1994.

Para realizar el juicio de proporcionalidad de la sentencia C-410 de 1994, se seguirá con fidelidad la estructura argumental expuesta por el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido en su libro “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En ese sentido, la hoja de ruta que se seguirá -a grandes rasgos- corresponde a determinar, en un primer momento, la medida legislativa acusada, para luego analizarla a la luz de los elementos medulares del juicio de proporcionalidad: la idoneidad, la necesidad y la estricta proporcionalidad.

MEDIDA LEGISLATIVA ACUSADA:

El ciudadano Vicente Pérez Silva, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad solicita a la Corte Constitucional la declaración de inexecutable de los artículos 33 parcial, 36 parcial, 61 parcial, 64 parcial, 65 parcial, 117 parcial y 133 parcial de la Ley 100 de 1993, por considerar que tal disposición vulnera el artículo 13 de la Constitución Política. A continuación, y en virtud de que las disposiciones normativas demandadas son bastante extensas, se transcribe solo el acápite en el que se centrará el debate, a saber, aquel que contiene una edad diferenciada para hombres y mujeres, como requisito para acceder a la pensión de vejez:

“... **ARTICULO 33.** Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco años (55) de edad si es mujer, o sesenta años (60) años de edad si es hombre.

(...)

PARAGRAFO 4. A partir del primero de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer y 62 si es hombre.

ARTICULO 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

A continuación, se seguirá el desarrollo del juicio de proporcionalidad, para lo cual resulta necesario realizar una delimitación de los principios que serán contrapuestos en el presente análisis, pues esto facilitará la posterior comprensión de todos los pasos subsiguientes. En ese sentido, se consideró que la medida transcrita en las líneas anteriores tiene por sustento el derecho fundamental de acceso a la pensión, fundamentado en la igualdad material; de otro lado, se considera que el otro principio contrapuesto, y que juega en sentido contrario, es el del derecho a la igualdad formal, tal como fue fundamentado en la demanda de constitucionalidad por parte del actor que demandó la inexecutable de la norma.

6.2.1. SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD.

Como ya fue expuesto con mayor amplitud, este principio pretende analizar la legitimidad del fin que fundamenta la medida acusada, que corresponde en el presente caso a los artículos de

la Ley 100 de 1993 transcritos en las líneas precedentes; para de manera posterior, exponer dicha relación y con ello, determinar cuan facilitadora es la norma para la consecución de los fines.

6.2.1.1 Legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental.

1.1.1 Identificación y clasificación de los fines perseguidos con la norma.

A continuación, se expondrá cual es el medio usado (medida legislativa acusada), y que será objeto de análisis en el presente texto, y los fines que el mismo persigue.

➤ **Medio.**

Los medios usados en el presente caso son los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la ley 100 de 1993, mediante la cual "*Se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*". Estos artículos guardan en común el hecho de establecer edades diferenciadas para los hombres y mujeres en lo que respecta al acceso a la pensión de vejez y el disfrute de la pensión sanción.

➤ **Fines inmediatos** ————— ➔ **Un Hecho.**

1. Compensar previas desventajas soportadas por las mujeres
2. Remediar la tradicional inferioridad de la misma en el ámbito social y en el mercado de trabajo.

➤ **Fines mediatos** ————— ➔ **Una norma.**

a. El primer fin mediato perseguido por la norma, al establecer una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción³¹⁶, así como para otros efectos pensionales; es hacer efectivo el segundo inciso consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que establece el concepto de "igualdad material", el cual introduce un mandato al Estado de promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" y de adoptar "medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

b. El segundo fin mediato de la norma, es hacer efectivo el mandato estipulado en el final del segundo inciso del artículo 53 de la Constitución Política, en donde se expresa que, al expedirse el Estatuto de Trabajo, éste deberá tener en cuenta como principio mínimo fundamental la *protección especial a la mujer*. Esta norma resulta ser de vital importancia, en razón a que guarda relación directa en materia pensional. Puesto que, aunque tal descripción normativa se refiera a asuntos atinentes al derecho del trabajo, y el debate presente gire en torno a una diferencia de edades en punto a asuntos relacionados con la pensión de vejez, estas dos materias conforman una unidad, como se confirmará de manera posterior.

Por lo tanto, al introducir el artículo 53 constitucional un imperativo de "protección especial a la mujer" en el Estatuto del trabajo, se convierte en una norma propulsora de la igualdad material, que bien podría ser realizada y desarrollada a través de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la ley 100 de 1993, los cuales establecen

³¹⁶ Entendida bajo el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 como aquella figura jurídica que obliga al empleador a asumir el pago de la pensión del trabajador no afiliado al sistema de pensiones siempre que, haya sido despedido sin justa causa y que haya trabajado por un tiempo no mayor a 15 años y no menor a 10.

edades diferenciadas para los hombres y mujeres en lo que respecta al acceso a la pensión de vejez y el disfrute de la pensión sanción.

1.1.2 Corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

A continuación, y teniendo como base las delimitaciones conceptuales desarrolladas en las líneas precedentes, se analizará si los fines inmediatos y mediatos, están o no prohibidos (análisis desde la concepción negativa expuesta en ut supra., páginas 14 y 15) expresa o tácitamente por la Constitución Política.

Fin inmediato- “Compensar previas desventajas soportadas por las mujeres y remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo”

Tal y como fue extraído de la sentencia objeto de análisis, el fin inmediato de la norma acusada de inconstitucional es: de un lado, compensar la carga de inferioridad que ha tenido que afrontar la mujer a través del tiempo y; de otro lado, remediar la tradicional inferioridad de la mujer en un contexto concreto como lo es el mercado de trabajo y en el ámbito social. Se tiene, entonces, que la medida pretende corregir espacio-temporalmente el rol que ha sido impuesto a la mujer en el pasado –cuando se refiere a compensar- y en el presente –cuando alude a remediar-.

Aclarado esto, en las siguientes líneas se pasa a exponer las razones por las que el fin inmediato se encuentra legitimado constitucionalmente, las cuales corresponden a (i) la idea de justicia como corrección, concretizada en los mandatos de distribución y compensación; (ii) la obligación del Estado de redistribuir los recursos y (iii) el derecho fundamental a la igualdad de género. Estas se pasan a exponer a continuación:

(i) Justicia como corrección

Más allá de considerar el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas pertenecientes a un sistema jurídico determinado, la evolución en la teoría del derecho ha dado origen a nuevas tesis que introducen nuevas categorías jurídicas, que merecen especial atención, entre ellas se encuentra, la pretensión de corrección desarrollada por Robert Alexy.

Luego de abandonar, la primacía jerárquica de la legalidad en el derecho como punto de referencia normativa, se ha vuelto la mirada sobre la triada validez-justicia- eficacia (que nos explicaba Norberto Bobbio)³¹⁷, haciendo especial referencia a la justicia y el debate que surge de ella entre el derecho y la moral.

En este sentido, Robert Alexy considera que el ordenamiento jurídico más allá de estar conformado por normas con cierto umbral de injusticia pero que gozan de alguna probabilidad de eficacia, también se compone de “los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”³¹⁸

Para satisfacer la pretensión de corrección debe hacerse referencia al contenido de la misma, pues ello permite concretar la propuesta de Alexy. En esa vía, se tiene que la pretensión de corrección se encuentra estrechamente conectada con la justicia y con la seguridad jurídica y

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. Justicia, Validez y Eficacia. En: Teoría General del Derecho, Bogotá: Editorial Temis, 2007. p. 20-39.

³¹⁸ GAIDO, Paula. El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy. Granada: s.n., 2011. p. 263

cuando se focaliza la atención sobre la justicia se encuentra que está constituida esencialmente por la distribución y la compensación, es decir y en términos de Alexy, “...*El objeto de la justicia no es todo el ámbito de la moral, sino solo la parte que se ocupa de la distribución y la compensación...*”³⁰⁶.

Entre la justicia distributiva y la conmutativa existen interacciones complejas; por eso, pueden presentarse situaciones en la vida práctica en las que es difuso establecer si se trata de un problema de justicia de una categoría, de la otra o las dos. Sin embargo, es importante poner de relieve que al referirse a justicia conmutativa, el jurista Alexy lo hace en un sentido amplio, es decir, ella comprende como justicia en el intercambio, así como también justicia correctiva y punitiva.³⁰⁷ Y al referirse a justicia distributiva supone la correcta distribución de los bienes. Ello supone la intervención de un agente que distribuya: el Estado.

Ahora bien, esa distribución de bienes no viene determinada según el arbitrio exclusivo del Estado, pues los bienes materiales de una sociedad se encuentran condicionados esencialmente a las relaciones que surgen entre trabajo y salario, obra y pago, mercancía y precio.³¹⁹ Esas relaciones no son perfectas, pues no siempre distribuyen correctamente los bienes, la mano invisible que controla el mercado no está determinada por la justicia, y es allí donde el Estado adquiere protagonismo como corrector de desigualdades proporcionando una justa distribución de bienes.

Estas dos categorías de la justicia –distribución y compensación– permiten materializar la pretensión de corrección a las realidades en concreto. En el estudio en desarrollo, el fin inmediato satisface tanto la compensación como la distribución en cuanto que, en primer lugar, se quiere resarcir la situación de histórica desigualdad que han soportado las mujeres como grupo subordinado, puesto que la balanza ha estado inclinada hacia un lado, proporcionando una carga que las mujeres injustamente han tenido que soportar y, en segundo lugar, quiere reparar esa situación por medio de una redistribución de bienes: el trabajo y la pensión de vejez.

(ii) Redistribución: entre las funciones del Estado.

Como consecuencia de la evidente necesidad de intervención estatal en los mercados en los Estados liberales, el Estado bienestar y actualmente el Estado Social de Derecho, encontró y encuentra necesario intervenir en algunas de las relaciones económicas establecidas entre sus gobernados, ello para asegurar precisamente una adecuada distribución y hacer efectiva la pretensión de corrección, especialmente en su perspectiva de justicia como distribución y compensación –pues también hay que entender que la pretensión de corrección se compone de seguridad jurídica–.

El alcance de la intervención estatal en la seguridad social no ha sido estático, por el contrario, ha fluctuado entre niveles de protección absoluta a través de completos sistemas proteccionistas, característica propia del Estado Bienestar, hasta niveles más flexibles en donde el Estado por medio de acciones pro-mercado permite que este intervenga en la prestación de servicios públicos, que desarrollan y hacen efectiva la función estatal de tutela de derechos tal como la vida digna y el trabajo.

Ahora bien, en punto a la correcta distribución de recursos como función estatal, se encuentra en su realización la distribución justa a todos sus gobernados incluyendo los grupos históricamente sometidos. Y bajo ese enfoque y antes de continuar, es preciso aclarar una doble

³¹⁹ ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 50

connotación que ha portado la prestación de servicios públicos a las mujeres bajo el estado de bienestar.

Si bien es cierto que el Estado de bienestar ha favorecido a las mujeres, ellas han sido vistas como objeto en sus políticas, situación que produce un efecto negativo no deseado: que las medidas del estado de bienestar sean vistas como una actuación paternalista hacia las mujeres reforzando la estructura patriarcal contra la que precisamente se está luchando. Hacer a la mujer dependiente del estado no contribuye positivamente a realizar materialmente el derecho a la igualdad, del que después se hará alusión, sino por el contrario permite vislumbrar las estructuras patriarcales sobre las que está cimentado el Estado de bienestar.³²⁰

Es posible continuar con la variación que ha tenido en materia de protección, la intervención estatal. La laxitud propia de los Estados Liberales transportada a los estados sociales no ha sido pacífica, pues las dinámicas propias del mercado han hecho que el Estado intervenga con mayor ímpetu como recuperador del equilibrio en algunas circunstancias determinadas.

Concretamente, la redistribución de los bienes como función estatal es posible corroborarla en el mercado de pensiones, puesto que dicho mercado reproduce desigualdades, entre las que se destaca el acceso a la pensión de vejez a través de diferentes vías: el sistema de aseguramiento privado, sistemas formales de seguridad económica en la vejez respaldados por políticas gubernamentales y sistemas públicos.³²¹ En la estructura de los sistemas públicos de protección, el Estado interviene redistribuyendo los recursos a través de la aplicación del principio de solidaridad³²², sin embargo, dicha intervención no se produce con la misma intensidad en los otros sistemas.

(iii) Derecho fundamental a la igualdad de género.

Teniendo clara la función estatal de redistribución de los bienes para materializar la justicia, se considera necesario pasar a analizar la manera en que el principio de igualdad de género resulta ser una de las modalidades en las que se corporiza la llamada “igualdad material”. En ese sentido, en un primer momento, resulta pertinente referirse a la igualdad, como un contexto marco que sentará las bases para que posteriormente se pueda abordar al derecho fundamental a la igualdad de género.

Para esbozar los puntos sustanciales del derecho a la igualdad material a la luz del fin inmediato, a saber, compensar y remediar el histórico de la medida objeto de estudio, es pertinente partir desde su consideración en su fase general, y para ello su máxima “todas las personas son iguales ante la ley”³²³ merece especial atención. Este mandato general de igualdad está referido no solo a los órganos administrativos o jurisdiccionales que aplican la ley –como parece percibirse– sino también se encuentra en la creación del derecho, es decir a sus legisladores.³²⁴

Ahora bien, la interpretación que pueda dársele a tal mandato presenta dos disyuntivas diferentes, en primer lugar, es posible entender este mandato desde un aspecto formal que no

³²⁰ CAMPS. Op cit., p. 62.

³²¹ Para ampliar el contexto general de los sistemas destinados a proveer seguridad económica en la vejez en la actualidad ver: BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Op. cit.

³²² Ver referencia al principio de solidaridad en el juicio de proporcionalidad en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-540 de 2008. 20 de mayo del 2008. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

³²³ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. 1789. Artículos 1 y 6.

³²⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.p. 350

considere el contenido de las normas, en cuanto a la forma del tratamiento igualitario, los sujetos de tal tratamiento y sus propiedades.

Desde esa posición no resulta relevante la sustancialidad del supuesto que pretenda ser regulado, por ello, no se hace ninguna consideración con relación a la pretensión de corrección; la compensación y distribución del género como grupo históricamente sometido no tiene lugar bajo esta interpretación. Por esta razón, la aplicación desde esta perspectiva no parece ofrecer ninguna solución sobre “cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades”³²⁵ y da vía libre para discriminaciones. En términos de Alexy: “...Si el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible...”

En segundo lugar, este mandato resulta realizado cuando se logra comprender desde una vinculación material tanto en la aplicación como en la creación de la ley. Pues desde allí, es posible por medio de juicios de igualdad, verificar la igualdad respecto a formas, sujetos y propiedades comparadas.

Robert Alexy destacaba en punto a este tema, la imposibilidad de comparar en todas sus propiedades bien sean individuos o situaciones y establecer una igualdad desde todos los puntos de vista, pues los juicios de igualdad producen como resultado igualdades fácticas parciales, por eso, para poder aplicar el mandato de igualdad general es necesario ejercer una valoración que permita entender dos situaciones. La primera, la fundamentación de tratos diferenciados en virtud de igualdades o desigualdades fácticas parciales, y; la segunda, la fundamentación de la igualdad valorativa a determinados tratos teniendo en cuenta que “si no lo fuera, no podría explicarse por qué dos personas que, desde un punto de vista, tienen que ser tratadas igualmente, no han de ser tratadas igualmente, desde todos los puntos de vista”³²⁶

En conclusión, la valoración en términos de igualdad de las propiedades de los entes objeto de comparación, es el sustento de los juicios de igualdad parcial. Ahora bien, ¿cuál es la valoración correcta? He allí el problema principal del principio general de igualdad.³²⁷

El jurista Robert Alexy descompone dicho problema en dos preguntas: la primera se cuestiona por la medida de fundamentación racional de un juicio de valor que se realiza en el marco del principio de igualdad; y la segunda se pregunta por la competencia de quien formula los juicios de valor: el legislador o el tribunal constitucional.³²⁸ Este tribunal, plantea solucionar el problema valiéndose de dos conceptos: arbitrariedad y esencial. Estos, ayudan a comprender las prohibiciones establecidas al legislador, en virtud de la fórmula clásica “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” a saber:

1. Tratar desigualmente a lo igual
2. Tratar desigualmente a lo esencialmente igual
3. Tratar arbitrariamente desigual a lo esencialmente igual³¹⁸.

³²⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Op cit., p. 351. Citado de: Cfr.C. Starck, “Die Anwendung des Gleichheitssatzes”, págs.58 s.; O.Weinherger, « Gleichheitspostulate » en *Id.*, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín 1979, p. 159.

³²⁶ ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit., p. 353.

³²⁷ *Ibid.*, p. 354.

³²⁸ *Ibid.*

Para el desarrollo argumentativo del fin inmediato de compensar las desventajas soportadas por las mujeres y remediar la tradicional inferioridad de la misma en la sociedad y el mercado de trabajo. Se encuentra que este fin constituye la razón suficiente (no arbitraria) para otorgar un trato jurídico desigual de las mujeres frente a los hombres en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de vejez puesto que en el juicio de igualdad se encuentra que entre mujeres y hombres, en el mercado de trabajo, no existe una igualdad fáctica parcial que permita una igualdad en el trato en el acceso de la pensión de vejez (como consecuencia necesaria de la participación en el mercado de trabajo), pues la realidad es que dicho mercado está atestado de tratos desiguales. Este contexto que no permite que exista una igualdad fáctica parcial entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, será expuesto a continuación.

✓ **Fines mediatos- Igualdad material y protección especial a la mujer en el trabajo**

Los fines mediatos que están definidos a través de una norma (medida legislativa acusada) y no en hechos (contenidos en los fines inmediatos) están orientados en dos sentidos, de un lado la igualdad material contenida en el artículo 13 constitucional, y de otro, la protección especial a la mujer en el trabajo contenida en el artículo 53 constitucional.

La constitucionalidad de las normas referidas es producto de la inserción nacional de toda una corriente jurídica mundial que se decantó en la especial importancia que tuvo en la historia reciente, la igualdad formal como una de las reivindicaciones abanderadas en las revoluciones liberales y que ahora sirve como punto de apoyo para lograr otras reivindicaciones. Pues no es oculto que para el momento histórico en que la igualdad en la ley era una de las máximas causas de lucha, se tiene hoy en día la necesidad de su superación, a través de nuevas causas como la igualdad material.

La doctrina, como uno de los mecanismos impulsores de semejante evolución, ha aportado profundidad en el estudio de la igualdad en cuanto desarrolló y sigue desarrollando teorías que fundamentan el trato diferencial justificado y el importante rol que juega el Estado como agente protector de fines tales como la no discriminación y la creación de medidas que hagan eficaz la igualdad material, mediante las acciones afirmativas y garantizando el principio de no discriminación. Teniendo en cuenta el rol estatal, resulta conveniente preguntarse, ¿cuál sería la relación en el cumplimiento de dichos propósitos estatales con la eficacia del mandato general de igualdad contenido en la constitución política?

La respuesta a esa pregunta está determinada fundamentalmente en el concepto de igualdad, pues conforme a Mac Crudden³²⁹, el concepto de discriminación depende íntimamente de la igualdad en cuanto que “una discriminación es una ruptura de la igualdad por un motivo prohibido”. Aquí se encuentran Mac Crudden y Robert Alexy cuando comparten que puede existir un tratamiento desigual entre dos sujetos siempre que se encuentre razonadamente justificado. Este tratamiento evidencia que el derecho a la igualdad se compone de dos aspectos sustanciales que no pueden ser separados. Una de las caras de la moneda de la igualdad es la posibilidad de efectuar tratamientos diferenciados siempre que se encuentre un motivo lo suficientemente fundamentado, y la otra cara es la consecuencia inmediata de la primera proposición, a saber: la prohibición de una diferencia de trato cuando no exista razón (medida arbitraria) para ello, en cuanto constituye una medida discriminatoria.

³²⁹ BERGHEZAN. Op. cit., p. 25.

Esos tratos diferenciados que se encuentran razonadamente justificados constituyen una discriminación inversa, entendida esta como:

*“Cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro”*³³⁰

Esas medidas, han sido denominadas en Europa como *acción positiva*, y en “Estados Unidos y en cuatro países anglófonos, Alemania, Suecia, Luxemburgo y Gran Bretaña se conoce como *acción afirmativa (affirmative action)*”³³¹

Dichas acciones materializan la igualdad sustancial, y constituyen el instrumento preciso para detener y corregir las desigualdades que perduran a través del tiempo, tal como lo ha sido la situación de la mujer en materia laboral.

Desde este punto, es pertinente exponer el contexto laboral que sigue siendo fuente de desigualdades para las mujeres, y, con ello, la legitimidad de la medida constitucional adoptada que actúa como acción afirmativa que configura el mecanismo necesario para proteger a las mujeres como grupo históricamente discriminado.

A pesar de existir toda una corriente que apoye la reivindicación de derechos en favor de las mujeres y luego de un poco más de medio siglo de haber sido reconocido el derecho al voto (suceso que marcaría el inicio de una época feminista), hoy en día las reivindicaciones logradas son necesarias pero insuficientes³³².

Los escenarios donde interactúan las mujeres están marcados por profundas desigualdades que tienen variables diferentes; sin embargo, el trato desigual que actualmente enfrentan las mujeres está precisamente, en su condición de mujeres. La discriminación en razón del sexo se puede comprobar en donde mejor se desarrolla: el mercado de trabajo.

Allí, se encuentran múltiples factores que se encuentran relacionados entre sí, y que producen referida desigualdad, y en general, una cadena de desigualdades. Entre ellos se destacan, los que la CEPAL ha denominado *eslabones de desigualdad*, ellos son fundamentalmente tres, (1) la estructura productiva, (2) el empleo y (3) la protección social. Estos eslabones operan en dos dimensiones: la desigualdad de género y la desigualdad intergeneracional.³³³ Dimensiones que hacen parte de la estructura productiva que se traslada al empleo y en consecuencia a la protección social, en otros términos, los efectos de la desigualdad estructural se desplazan al empleo que actúa como bisagra entre la estructura productiva, como punto de partida, y a la protección social como punto de llegada³²⁴.

El modelo clásico del trabajo determinado por las estructuras productivas propias de la revolución industrial, requiere de una transformación que tenga en cuenta el cambio que ha surgido en el contexto del trabajo, puesto que conceptos como *protección* han variado, significativamente, desde una concepción surgida por la sujeción de la mujer al hombre como

³³⁰ Ibid., p. 38. Cita a BARRERE UNZUETA, A.M., “La Acción Positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 9/2003, 2003, 4.

³³¹ BERGHEZAN. Op. cit., p. 39.

³³² CAMPS. Op. cit., p. 13

³³³ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit., p. 18.

³²⁴ Ibid., p. 19.

sustento de la familia hasta una que tenga en cuenta la transformación en la composición de las familias, el descenso en la fecundidad, el masivo acceso de las mujeres al mercado laboral y el aumento en la expectativa de vida³³⁴.

A pesar de que el acceso de las mujeres al empleo ha permitido que algunas desigualdades se reduzcan, nuevas formas de desigualdades han aparecido, este fenómeno nos lleva a pensar que en la estructura productiva persisten desigualdades y, además, se combinan con nuevas formas de discriminación³³⁵.

No es desatinado afirmar que la tasa de participación de las mujeres ha aumentado, “entre 1990 y 1998, confirmando esa tendencia histórica, la tasa de participación femenina se incrementó desde el 39% al 44,7% (lo que corresponde a un aumento anual de 4,9%), mientras la masculina se estabiliza en niveles cercanos al 75%”³³⁶, actualmente dicha tasa se encuentra en 74,1% para los hombres y 54,2% para las mujeres³³⁷. No obstante, a pesar de haberse incrementado la tasa de participación de las mujeres, su inserción en el mercado laboral ha sido más representativa en algunos sectores respecto a otros.

Como posibles causas de este fenómeno se encuentra que desde la infancia las mujeres se han enfrentado a una *segregación educativa*³³⁸, entendida esta como aquella educación fundada en estereotipos que adjudican a la mujer características en su personalidad, determinadas por cualidades tales como: la ternura, el cuidado, la delicadeza, etc. Estos rasgos en la personalidad determinan en las niñas su rol en la sociedad, puesto que crecen concientizadas de que su función está limitada a la maternidad y el cuidado.

De este modo, se produce una acción en cadena que conecta la *segregación educativa* con la *segregación profesional*³³⁹, iniciada desde la selección de carreras universitarias –jóvenes inclinadas al servicio de las personas, tal como se produce en las ciencias de la salud, asistencia, ciencias humanas y enseñanza- y terminada en la repartición de funciones que se producen en la esfera pública a partir de la asignación de funciones en la esfera privada. En la esfera privada, a las mujeres se les tiene asignado el cuidado de los otros y la asistencia como materia fundamental en su competencia. De allí que la apertura del mercado laboral se de en los sectores encargados de la ayuda a domicilio, ayuda con los servicios domésticos, maternidad, enseñanza, entre otros.³³⁹

Ahora bien, a pesar de que las reivindicaciones en favor de la mujer en el mercado laboral llevan un poco más de medio siglo, ¿“Por qué la división sexista del trabajo no ha desaparecido y la vida privada sigue siendo exclusivamente de y para las mujeres”³⁴⁰?

³³⁴ Ibid. p. 21.

³³⁵ MILEWSKI, Françoise. Chapitre 7. Égalité dans l’emploi : un demi-siècle de progrès et des reculs. En: ROCHEFOR, Florence. Femmes-hommes: penser l’égalité, Paris: La Documentation Française, 2012. p. 83.

³³⁶ OCTAVA CONFERENCIA REGIONAL SOBRE LA MUJER DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE.

Equidad de género en el mundo de trabajo en América Latina. Avances y desafíos 5 años después de Beijing. Tasa de participación: rápida incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, en especial de las pobres. Lima. [En línea].

³³⁷ DANE. Encuesta Continua de Hogares. Mercado laboral según sexo. Información del trimestre marzo 2016-mayo 2016. [En línea].

³³⁸ MILEWSKI. Op cit., p. 94.

³³⁹ Ibid. p. 85.

³⁴⁰ CAMPS. Op. cit., p. 24.

El filósofo Condorcet piensa que es debido, de una parte, a la configuración de la ley que establece tratamientos discriminatorios, y de otra a, “las costumbres e instituciones relativas a la familia cuya consecuencia es la atribución a la mujer de una función que vincula el papel de ese sexo y sus tareas sociales, y que se refuerza con la distinción entre lo público y lo privado”³⁴¹.

Las costumbres como prácticas habituales de una comunidad no significan inequívocamente que posean un contenido justo y la razón por la cual la costumbre ha asignado tal rol a la mujer se explica sin más argumentos, según Harriet Taylor, que en la fuerza física. Puesto que, ha sido ella la que ha regido el mundo a través de las grandes guerras de conquistas.³⁴²

Volviendo a la división sexista del trabajo, como se refiere la filósofa contemporánea Victoria Camps, se encuentra que adicionalmente a las costumbres como razones que fundamentan tal división, está el Estado como aquel que tiene a cargo la protección en general y la promoción y eficacia de políticas públicas de cuidado; sin embargo, las circunstancias han demostrado algo distinto. Ante esa realidad, las mujeres han sido quienes han asumido esa función, en cuanto que han sido quienes han asumido el compromiso de prestar los servicios asistenciales a la población mayor y a los niños, en mayor medida de la ayuda que presta el Estado, ya que la asistencia estatal se muestra insuficiente.³⁴³ Esta situación acentúa aún más, la percepción que la ética del cuidado deba ser dejada exclusivamente a las mujeres, y dificulta su acceso al mercado laboral bajo el modelo clásico, propio de la sociedad industrial, es decir, aquel paradigma del trabajo (1) vinculado a una profesión, (2) de tiempo completo y (3) que al llegar el fin de la edad laboral se contempla una jubilación.³⁴⁴

Este modelo clásico, soportado bajo la premisa de que son los hombres los únicos proveedores del sustento económico de las familias se debilitó significativamente durante los últimos años, no solo por la influencia de las mujeres en la esfera laboral, sino también por el cambiante sistema económico que modifica las relaciones de producción. Hoy día, mantener las relaciones laborales por medio de trabajo a tiempo completo, representa un desafío para los empleadores, la agilización en las relaciones y en la inserción de la tecnología en los sistemas de producción ha generado una nueva ola en la definición del trabajo. La tercerización laboral, como mecanismo eficaz de reducción de costos y especialización laboral, lleva consigo otro fenómeno propio de la actual globalización: el trabajo a medio tiempo.

La atenuación del modelo clásico de trabajo refleja también que “el crecimiento de la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo se debilita”³⁴⁵, ello porque son las primeras perjudicadas cuando el sistema económico se transforma. Puesto que aun habiendo ingresado al mercado laboral (situación que representa una gran reivindicación en los derechos de las mujeres), su desempeño en el mismo se encuentra cargado de desigualdades.

Entre ellas, las más representativas son: el hecho que la “escasez de trabajo castiga mayormente a las mujeres”³⁴⁶, asimismo que “la mujer tiene que aceptar el trabajo parcial como una medida buena para ella y no para los demás”³⁴⁷ así como también, existen profundas desigualdades salariales entre mujeres y hombres.

³⁴¹ BERGHEZAN. Op. cit., p. 46.

³⁴² TAYLOR MILL. Op. cit. p. 134.

³⁴³ MILEWSKI. Op. cit. p. 93.

³⁴⁴ Ibid., p. 48.

Según una investigación de Fedesarrollo realizada en el 2012, se encontró que a lo largo del periodo de 1984 a 2006 se registró una tendencia decreciente en la brecha salarial entre mujeres y hombres³⁴⁵, según la Gran Encuesta Integral de Hogares (GEIH) 2008-2014, el promedio ingreso salarial total por hora en el grupo de los asalariados en 2014, corresponde a 27.144 y a 26.412 en hombres y mujeres respectivamente, asimismo, el promedio ingreso salarial total en 2014 corresponde a 1.298.614 a los hombres asalariados y a 1.129.519 a las mujeres asalariadas³⁴¹.

Sin embargo, a pesar de la disminución de la brecha salarial entre mujeres y hombres, no hay que olvidar que en 1986 la brecha era de “1,489, lo que significa que los hombres ganaban cerca del doble que las mujeres.”³⁴⁶

Estos fenómenos, brevemente resaltados, esbozan el contexto laboral desigual en el que se encuentran las mujeres. Todas estas circunstancias manifiestan la inferioridad en la que se encuentra la mujer en términos laborales y pone en evidencia la necesidad de superar esta condición por medio de medidas (en este caso legislativas) que compensen y distribuyan la situación de histórica discriminación que han tenido que soportar las mujeres. De hecho, tal mandato de protección especial a la mujer encuentra normas análogas en el articulado constitucional que refuerzan la intensión del constituyente de ubicar a la mujer en una posición diferenciada respecto del hombre, algunos de estos son: el inciso 7 del artículo 40, los incisos 1 y 2 del artículo 43 y el artículo 53.

Con base en todos los elementos expuestos en las líneas anteriores, es posible concluir que los fines mediatos son constitucionalmente legítimos pues no representan medidas improvisadas sino, por el contrario, tanto el constituyente como el legislador han tenido en cuenta que la igualdad material se ve realizada en la protección especial de la mujer en el trabajo y por su capital importancia merecieron ser consagradas en la norma de normas.

1. *2.1 Identificación de la idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato.*

Claramente, para poder desarrollar este análisis, es necesario, traer a escena de nuevo al fin inmediato:

“Compensar previas desventajas soportadas por determinados las mujeres y remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo.”³⁴³⁽ⁱ⁾

Ahora, se deben tomar las normas acusadas, a saber, los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993, para analizarlas de manera conjunta, respecto al fin inmediato.

Al hacer tal análisis, se pone de presente la evidente idoneidad de las mismas para dar efectivo cumplimiento a su finalidad. Esto se afirma, en razón a que tales artículos al otorgar un tratamiento diferenciado a las mujeres en punto a la edad de acceso de la mismas a la pensión de vejez permiten compensar o resarcir a estas por la carga histórica de sujeción y sometimiento que han tenido que soportar; dentro de la cual, como es bien sabido, la posición de la mujer ha sido prácticamente estática e inmóvil, asignándosele siempre labores que la han aprisionado en un rol clásico de inferioridad respecto al hombre. En términos de la Corte Constitucional: “La situación de la mujer en materia laboral ha estado marcada por una profunda desigualdad frente

³⁴⁵ SABOGAL, Adriana. Brecha salarial entre hombres y mujeres y ciclo económico en Colombia. Bogotá: Fedesarrollo, 2012. [En línea].

³⁴⁶ Ibid.

al hombre. Esto, sin lugar a duda, guarda estrecha relación con los roles tradicionalmente adjudicados a uno y otro sexo, y a la exclusión social, política y económica a que han sido sometidas las mujeres a lo largo de la historia”³⁴⁷.

Como fue señalado precedentemente en la argumentación del fin inmediato, se encuentra que la medida configura una estrategia compensatoria de la justicia, acogida en la teoría de juristas contemporáneos, como es el caso del alemán Robert Alexy, quien afirma que “...son correctas y por tanto justas las normas para la distribución y la compensación a las que todos darían su aprobación en un discurso ideal...”³⁴⁸. Siguiendo la línea argumentativa propuesta por el jurista alemán, es claro que la idea de aplicar medidas compensatorias no resulta absurda para una gran mayoría, por lo cual tampoco es incoherente afirmar que todos en un discurso ideal aprobarían el hecho de que a la mujer se le reconociera un trato diferenciado que la beneficiase, a manera de compensación, por todo aquello que ha tenido que soportar, a lo largo de la historia, una historia excluyente y escrita por y para hombres

Por todo lo anterior, es claro que la intervención legislativa si es idónea, más aún si se tiene en cuenta que este primer análisis en punto a la idoneidad debe hacerse en un sentido “débil”; lo cual dificulta aún más la posibilidad de negar que la medida no contribuye de ningún modo a la realización del fin.

En ese sentido, y siguiendo la línea argumentativa propuesta por el jurista Carlos Bernal Pulido, es posible afirmar que: la expresión “*Haber cumplido cincuenta y cinco años (55) de edad si es mujer, o sesenta años (60) años de edad si es hombre, del numeral primero de artículo 33 de la Ley 100 de 1993*”, y las otras disposiciones que, junto con esta conforman un conjunto armónico con miras a la defensa del mismo objetivo, expresado por la norma citada, guardan una relación de causalidad positiva con el fin inmediato que persigue, pues conduce a un estado de cosas en el que la realización de dicho fin se ve aumentada en relación con el estado de cosas que existía antes de la existencia de esta norma. Por esta razón, si tal expresión normativa no existiera, no se produciría un aumento en la realización del fin inmediato; dicho esto en sentido contrario, la expedición de esta norma legal probablemente determine un aumento en la realización de dicho fin inmediato³⁴⁹.

SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD.

Del estudio de la idoneidad de la medida acusada –norma que diferencia entre la edad pensional en razón del sexo- fue posible concluir que los fines que ella persigue son constitucionalmente legítimos, pues entrañan la justificación de una medida que pretende corregir un trato históricamente discriminado de sometimiento de las mujeres hacia los hombres.

En esa vía, resulta pertinente para el juicio de proporcionalidad continuar con el análisis de la norma frente al sub principio de necesidad. Dicho análisis, implica la confrontación de la medida legislativa con otras medidas hipotéticas que presenten algún grado de idoneidad para compensar y remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, es decir, para satisfacer el fin inmediato; por ello, el primer paso del análisis en punto al sub- principio de necesidad, se corporiza en tal ejercicio de creación, representación y

³⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-540 de 2008. Op cit.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Op. cit., p. 62.

³⁴⁹ Modelo argumentativo propuesto por el Jurista Carlos Bernal Pulido en su texto “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 920.

posterior suposición de escenarios, en los cuales las medidas alternativas hipotéticas sean aplicadas, con miras a determinar cuan idóneas son.

Teniendo en cuenta lo anterior a continuación, se analizarán dos medios alternativos, a saber:

- A.** Pago de una pensión familiar a partir de la suma de las cotizaciones de cónyuges o compañeros permanentes³⁵⁰
- B.** Igualar las edades en punto al acceso a la pensión de vejez y otorgar de manera simultánea a la aplicación de esta medida, un bono de maternidad por cada uno de los hijos que garantice sus cotizaciones por un año, después del nacimiento de cada hijo³⁵¹.

A continuación, se expone el análisis detallado de las dos medidas alternativas propuestas.

2.1 Análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos.

Una vez han sido creados los medios alternativos es necesario situarlos en un escenario práctico en donde se debe de analizar – en términos hipotéticos- su eficacia, el tiempo en el que tardaría en producir efectos, su nivel de facilitación en los que respecta a la realización de otros aspectos relativos al fin y la probabilidad de éxito del mismo.

2.1.1 Estudio del medio alternativo A.

Pago de una pensión familiar a partir de la suma de las cotizaciones de cónyuges o compañeros permanentes

- *Eficacia:* La medida alternativa “A” no resulta eficaz en la satisfacción del fin inmediato, puesto que no compensa ni remedia la histórica inferioridad a la que han sido subordinadas las mujeres, únicamente ofrece una alternativa a aquellas mujeres que tienen o cónyuge o compañero permanente al unir esfuerzos en las cotizaciones que han sido aportadas a lo largo de su vida laboral. Quedan por fuera de esta pensión aquellas mujeres que no tengan pareja
- *Perspectiva temporal:* con respecto a la perspectiva temporal, la pensión familiar como medida alternativa no anticipa ni retarda de ninguna manera el reconocimiento de la pensión de vejez, debido a que, para que ella se configure, es necesario que se cumplan los requisitos de la edad de los cónyuges o compañeros permanentes, que resulta ser tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad, 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.
- *Realización del fin:* en punto a la eventual contribución para la realización de otros aspectos relativos al fin, el medio alternativo no ofrece una perspectiva que beneficie la posición subordinada en la que han permanecido las mujeres como grupo históricamente discriminado.

³⁵⁰ La pensión familiar es una realidad en Colombia desde la promulgación de la ley 1580 de 2012 y su posterior reglamentación con el decreto 288 de 2014. La primera pareja colombiana acogida bajo esta nueva forma pensional lo hizo en 2015, ver más en: <http://www.eltiempo.com/economia/finanzas-personales/pension-familiar-en-queconsiste/16077744>

³⁵¹ Esta medida alternativa corresponde a la propuesta realizada en el mes de enero del presente año por la Asociación de Fondos de Pensiones (Asofondos). Sobre ello más información en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/asofondos-apoya-igualar-edades-jubilacion-y-crearbonoarticulo-540261>).

- *Probabilidad*: en lo que respecta a la probabilidad de que el medio alternativo contribuya con mayor seguridad que las normas acusadas de la ley 100 de 1993, para la obtención del fin inmediato, no es posible aseverar con certeza la existencia de una mayor “potencialidad” para asegurar la compensación y/o remedio de la situación de inferioridad de las mujeres respecto a los hombres en el mercado de trabajo ni tampoco en el ámbito social, puesto que, la pensión familiar actúa en beneficio no solo de la mujer sino también del hombre que conforman una sociedad bien sea conyugal o patrimonial y que por alguna vicisitud no cumplen individualmente con los requisitos para obtener la pensión de vejez por un sistema u otro.

En otros términos, el hecho de que la pensión familiar proteja a una pareja constituida sin consideración de una posición diferenciada que beneficie a la mujer, no genera la probabilidad de satisfacer el fin inmediato.

2.1.2 Estudio de la medida alternativa B.

“Igualar las edades en punto al acceso a la pensión de vejez y otorgar de manera simultánea a la aplicación de esta medida, un bono de maternidad por

cada uno de los hijos que garantice sus cotizaciones por un año, después del nacimiento de cada hijo³⁵².”

- *Eficacia*: es claro que la medida alternativa “B” no resulta ser tan eficaz como la medida legislativa, en lo que respecta a la consecución del fin inmediato pues no logra compensar a la mujer el estado de subordinación que estas históricamente han tenido que soportar. Esto se afirma en razón a la evidente equiparación que la medida hace entre la situación de las mujeres y la de los hombres, siendo estas totalmente disímiles, pues es claro que el hombre, de un lado no ha tenido que soportar el peso de la etiqueta de la “inferioridad” que sí ha debido ser sufrido por las mujeres; y de otro lado, no es él quien desempeña aquella labor de maternidad, ni quien, como ocurre usualmente, - debe asumir un doble trabajo: aquel en donde tiene una relación laboral o contractual, y aquel otro en donde debe desempeñarse como “gerente del hogar”, siendo este último trabajo no remunerado.

- *Perspectiva temporal*: evidentemente, la medida alternativa reduce de inmediato la posibilidad con la que contaban las mujeres de- en ejercicio del principio de la igualdad material- recibir su pensión de vejez a los 55 años, estos es, con 5 años de anterioridad respecto de los hombres; siendo evidente el hecho de que, de llegar a aplicarse esa medida, igualándose las edades entre hombres y mujeres, en lo que respecta al acceso a la pensión de vejez, se postergaría la edad de acceso a las mujeres.

- *Realización del fin*: en lo que respecta a la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, se pone de relieve que la medida alternativa no ofrece mayores virtudes, pues si lo que se propendía en últimas con la medida legislativa era “retribuir o compensar” es claro que al implementar la medida “B” se haría una implementación ciega del principio de la

³⁵² Esta medida alternativa corresponde a la propuesta realizada en el mes de enero del presente año por la Asociación de Fondos de Pensiones (Asofondos). Sobre ello más información en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/asofondos-apoya-igualar-edades-jubilacion-y-crearbonoarticulo-540261>

“igualdad formal”, considerando como iguales situaciones fácticas que distan bastante de ser tal cosa.

En este punto, resulta acertado enmarcar esta medida como una discriminación inversa, entendida como, “la situación en que una disposición, criterio o practica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición criterio o practica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha disposición, criterio o practica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”³⁵³.

Sumado a lo anterior, ciertamente el medio alternativo lejos de proporcionar beneficios para la realización de aspectos relativos al fin, lo que realiza en realidad es un condicionar el reconocimiento de un “trato diferenciado” a un hecho incierto, como lo es el ser madre, pues solo cuando la mujer decida ser madre, podrá gozar de tal “bono de maternidad”, convirtiendo evidentemente esta solución, en una solución patriarcal.

Es claro, que con esta medida alternativa no se está dando ningún beneficio a la mujer, como ser humano representante del género femenino, sino que solo se está otorgando un reconocimiento condicionado a aquellas mujeres, que encuadren dentro de uno de los clásicos roles asignados a las mujeres: el de ser madre, como si el no serlo, no fuese un hecho susceptible de ser reconocido como particular y diferente, o como si la mujer solo fuese susceptible de ser definida en términos de “madre”.

De aplicar la medida alternativa B se llegaría al absurdo de aceptar que la posición de inferioridad en la que se ha puesto a la mujer históricamente solo sería reconocida una vez ella decida ser madre – satisfaciendo así las demandas de quienes consideran que la mejor manera de hacerse reconocer como mujer es teniendo hijos- y, en sentido contrario, en el eventual caso de que aquella decida no serlo, prácticamente se esfumaría automáticamente esa carga histórica.

- *Probabilidad*: la posibilidad de que el medio alternativo contribuya con igual o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato, no es ni si quiera tangible, en razón a que, de llegar a aplicarse el medio alternativo, el fin inmediato se vería completamente reducido y aminorado.

2.2 Búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado.

Para proceder al desarrollo de este segundo paso del sub-principio de necesidad, es necesario traer a colación los derechos argüidos por los demandantes como conculcados en el caso concreto, a saber:

“...Los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993, establecen una diferenciación de la edad entre hombres y mujeres que, en manera alguna corresponde al ordenamiento del artículo 13 de la Constitución Política que rige en la actualidad.

Si como queda dicho, todas las personas son iguales ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, los artículos antes determinados resultan claramente violatorios del mencionado artículo constitucional.

³⁵³ BERGHEZAN. Op. cit., p. 31.

De acuerdo con esta suprema norma, es evidente que no puede existir discriminación de edad por razón de sexo. En consecuencia, los citados artículos materia de esta acción, en sus textos y apartes pertinentes, son inconstitucionales...”.

Según lo descrito en las líneas precedentes, el artículo aducido por el actor como conculcado por la medida legislativa, es el artículo 13 constitucional, el cual expone lo siguiente:

“...ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...”.

Es claro que este artículo constitucional se alimenta de una perspectiva formal y sustancial del concepto de igualdad, como ha sido reconocido en múltiples jurisprudencias de la Corte Constitucional³⁵⁴, y que ha sido comprendido como “... una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción ésta que supera así la noción de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente reglamentación a supuestos distintos...”³⁵⁵.

No obstante, al comparar lo dicho por la Corte Constitucional, con los argumentos esgrimidos por el actor pareciera que aquel olvidase por completo la concepción actual del Estado Constitucional en donde la igualdad material viene a ser una de sus principales bases; por el contrario, el actor omitiendo intencionalmente que desde el año 1991 se llegó a un acuerdo sobre arquitectura jurídica que cobijaría a los colombianos – el Estado Social y Democrático de Derecho-, prefiere situar sus argumentos en el escenario del antiguo Estado liberal, ya que argumenta siempre con miras a defender el principio de la igualdad formal, característico de esta forma de organización jurídica.

Desde este punto de vista, el accionante al argumentar su ataque hacia la medida legislativa (los variados artículos de la ley 100 de 1993 acusados), realiza una lectura descontextualizada e incompleta del artículo 13 constitucional, pues solo toma el primer inciso que consagra la igualdad formal, pero omite la segunda dimensión del principio de igualdad característica de nuestro Estado Constitucional, a saber el de la igualdad material que se encuentra consagrada en los incisos 2° y 3° del citado artículo de acuerdo con los cuales, se confía al Estado la obligación de promover la igualdad real y efectiva.

³⁵⁴ Solo a manera enunciativa, dentro del enorme universo de sentencias de la Corte Constitucional que han trabajado el concepto de “igualdad material”, encontramos las siguientes: T-262/ 09, T-387/12, C-475/03, T291/09, entre muchas otras.

³⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 del 2003. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Por lo anterior, es claro que las peticiones del actor en punto a la defensa de la igualdad formal, no haya sustento constitucional actual. Sin embargo, y en aras de realizar de manera completa el segundo paso del sub- principio de necesidad, en las líneas siguientes se expondrá cuan benignas son las medidas alternativas con el presunto derecho afectado por la medida legislativa, a saber, el derecho de la igualdad formal.

- ***Análisis respecto de la medida A:***

La medida “A”, no resulta benigna con la igualdad formal, en cuanto que al otorgar la pensión familiar a una pareja –cónyuges o compañeros permanentes- se establece una diferenciación a todas luces justificada, puesto que precave la vicisitud de la vejez y protege la familia como núcleo fundamental de la sociedad. La igualdad formal se limitaría a establecer los requisitos para acceder a la pensión, sin consideración de circunstancias fácticas que pueden eventualmente llegar a obstaculizar dicha aspiración.

- ***Análisis respecto de la medida B:***

A pesar de los reparos ya expuestos sobre las implicaciones que traería consigo la aceptación e implementación de la medida alternativa “B”, lo cierto es que no se puede negar sus virtudes en lo que respecta al ser fiel reflejo de una visión igualitarista, en donde se da un lugar privilegiado a la igualdad formal, pues se termina por situar a hombres y mujeres en una misma situación: los dos se pensionarían a la misma edad.

2.3 Importante sub- regla del sub-principio de necesidad.

“El juez constitucional NO puede imponer al Congreso la destinación de sumas exorbitantes del presupuesto para adoptar medios alternativos a las medidas legislativas³⁵⁶”.

Esta regla será analizada a la luz de cada una de las medidas alternativas propuestas:

2.3.1 Medida A:

El análisis en punto a esta regla, al ser la pensión familiar una realidad en el sistema pensional colombiano resulta interesante en cuanto que se ha mencionado que dicha pensión logra dos objetivos principales, uno en términos de sostenibilidad y otro en términos de equidad. Respecto a la sostenibilidad se ha dicho que es un incentivo para seguir cotizando a aquellas personas que habían perdido la esperanza de acceder a la pensión de vejez, este argumento fue señalado por el senador Jorge Ballesteros en los siguientes términos:

“Esta ley, además de incrementar la cobertura pensional en el país, impactará positivamente en los otros dos pilares del sistema: sostenibilidad y equidad, por cuanto incentivará la cotización de aquellas personas que han dejado de hacerlo, por varios motivos –a abril de este año, según datos de la Superfinanciera, los inactivos en el sistema sumaban 68 por ciento, en el Régimen de Prima Media, y 45 por ciento, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad–, y les dará a nuestros adultos mayores la posibilidad de gozar de una mejor calidad de vida en el último tramo de sus vidas.”³⁵⁷

³⁵⁶ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op. cit., p. 940.

³⁵⁷ PORTAFOLIO. Beneficios de la pensión familiar. Sección opinión 17 julio de 2012. [En línea].

A *prima facie*, la medida no parece ser un reto fiscal puesto que no se disminuyen las cotizaciones, así como tampoco se otorgan beneficios individuales a partir de una sola cotización. En este sentido, al establecer un monto máximo de jubilación – Salario mínimo legal mensual vigente- no pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones. Puede verse en términos facticos la reunión de requisitos a través de dos personas, pero en términos fiscales resulta ser sinalagmática: semanas cotizadas (independientemente de su(s) cotizantes) y como contraprestación una sola pensión de vejez (independientemente de su(s) beneficiario(s)).

2.3.2 Medida B.

Al evaluar de manera objetiva las ventajas de la medida B, en lo que respecta a un análisis financiero, se tiene de manera evidente que la viabilidad en términos económicos de esta medida resulta ser bastante atractiva, pues al igualar las edades, tanto las mujeres como los hombres tendrían que cumplir con el requisito de edad.

3. SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

3.1 Modulación de la intensidad en el control de proporcionalidad en sentido estricto.

La intensidad de los argumentos usados en el análisis de la sentencia C-410 de 1994 debe encuadrarse dentro del “control de evidencia o leve”. Esta afirmación será sustentada en las siguientes premisas:

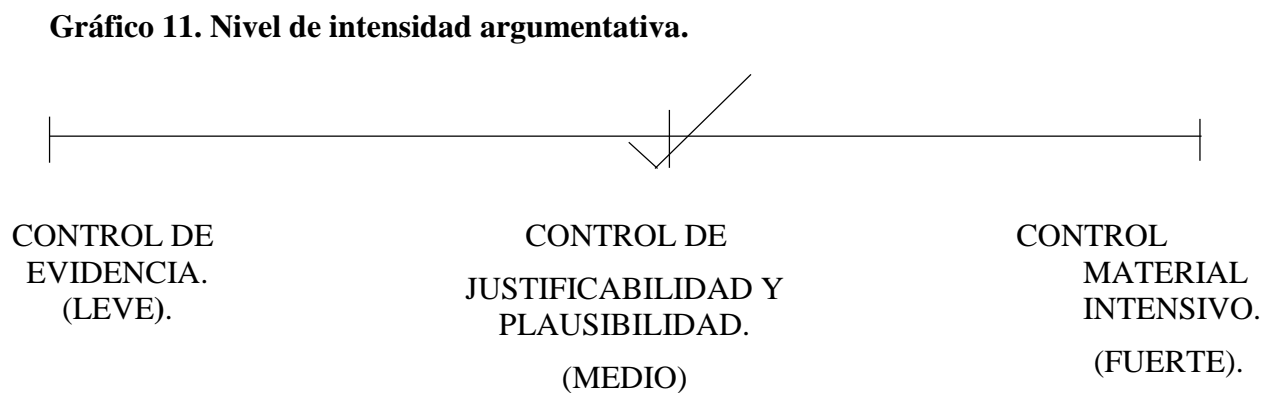
Premisa 1: La presunta afectación a los derechos fundamentales en la sentencia C-410/94, se da en términos de una posible vulneración al artículo 13 constitucional en sus perspectiva formal, esto es, en lo que respecta a la igualdad formal, la cual, si bien es una de las vertientes de la concepción actual del principio de la igualdad, no es la más representativa, ni mucho menos la que debe prevalecer en nuestro Estado Constitucional, es una representación fiel del Estado Liberal, y no de nuestra arquitectura jurídica actual. Si bien representó capital importancia en ese momento histórico, ahora no significa que no deba ser tomada en cuenta, sino que la igualdad formal es la base que soporta la igualdad material, es decir, una no excluye a la otra, pero actualmente una se sirve de la otra en tanto que se tiene que el campo construido por la igualdad formal permite la realización de la igualdad material.

Premisa 2: La intervención en los derechos fundamentales que se aducen como afectados por el actor, es mínima o muy reducida, pues en ningún momento la medida legislativa (los artículos de la ley 100 de 1993 acusados) están trasgrediendo uno de los principios rectores o bases del Estado Social y Democrático de derecho, ya que la igualdad formal no puede ser concebida como tal. Por el contrario, se está haciendo fiel aplicación del principio de igualdad material, el cual sí es uno de los más característicos rasgos definitorios del Estado Constitucional que rige nuestro actual sistema jurídico.

Conclusión: En el presente caso al no presentarse una intervención exacerbada o amplia por parte del legislador en los derechos fundamentales, se debe de tener como medida de la identidad de los argumentos, un control leve; según el cual “Una intervención leve debe ser declarada constitucional a menos que sea evidente que las premisas que acreditan su proporcionalidad en sentido estricto, sean falsas (...) de allí

que exija, solo un mínimo grado de certeza a las premisas que otorgan fundamento a la medida legislativa y un máximo grado de certeza a las premisas que el Tribunal Constitucional invoque para la declaración de inconstitucionalidad de la ley...³⁵⁸”; Permitted in the last an ample margin of action to the legislator, because it is considered that its intervention affects in a reduced way the fundamental rights.

It is possible to graph in the following way, the location of the level of intensity of the arguments that will be developed in the present exercise of weighing:



Fuente: Elaboración propia.

³⁵⁸ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. cit., p. 68.

3.2 ESTRUCTURA CONCRETA.

La estructura concreta de análisis del sub- principio de proporcionalidad en sentido estricto será desarrollada en las líneas siguientes.

1.3.2. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA REALIZACIÓN DEL FIN LEGISLATIVO EN LOS NIVELES ANALÍTICO- NORMATIVO Y EMPÍRICO.

En este aparte se desarrollará el análisis respecto a la magnitud de la importancia de los objetos normativos que se ven afectados, de acuerdo con el clásico concepto del “peso”³⁵⁶; peso, que se otorgará según la magnitud que tengan dichos objetos normativos en la ponderación, y con base en los “criterios” analítico- normativos y empíricos.

A. Criterios que operan en el nivel analítico- normativo.

A.1 Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo.

En punto a este análisis son varias las reglas argumentativas existentes³⁵⁹, pero para efectos prácticos solo se usarán las que, previo un análisis de pertinencia, se consideraron relevantes para abordar la situación del caso concreto.

- “Cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectada por la intervención legislativa, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá otorgarse al derecho fundamental en la ponderación (...) esta regla implica que (...) por ejemplo, la intervención legislativa en el derecho fundamental deba ser considerada como intervención más intensa cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho en cuanto elimina solo algunas de ellas...³⁶⁰”.

Para comenzar con el análisis de esta regla, se debe traer a colación al presunto derecho intervenido o afectado por la medida juzgada, a saber, la igualdad formal.

Al analizar el caso concreto a la luz de la regla fijada en las líneas anteriores, se tiene que los artículos 33 parcial, 36 parcial, 61 parcial, 64 parcial, 65 parcial, 117 parcial y 133 parcial de la Ley 100 de 1993 no eliminan todas las posibilidades adscritas del derecho de la igualdad formal, pues- como ya ha sido demostrado- la interpretación del accionante no es afortunada, en cuanto limita el contenido del derecho a la igualdad.

- “La fundamentalidad de una posición con respecto a su función”, que expone que “...cuanto más importante sea un determinado fin legislativo inmediato para que el fin legislativo mediato- el principio constitucional que respalda la intervención- pueda desempeñar sus funciones, mayor será la fundamentalidad de aquel, y por lo tanto mayor será el peso del principio constitucional en la ponderación ...³⁶¹”

³⁵⁹ Criterios que se encuentran descritos en el texto “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, del jurista Carlos Bernal Pulido, pp 971- 976.

³⁶⁰ Ibid., p. 972.

³⁶¹ Ibid., p. 973.

Es claro que esta regla también es aplicable al caso concreto, en tanto que el fin inmediato si es fundamental para que se desarrolle en fin mediato. A manera de causa –efecto, es posible entender que la compensación de las previas desventajas soportadas por las mujeres, en aras de remediar la tradicional inferioridad de la misma, en el ámbito social y en el mercado de trabajo, si permite que el principio de la igualdad material (artículo 13 constitucional) y de la protección especial a la mujer (artículo 53 constitucional) se hagan plenamente efectivos, de manera completa e integral.

Así mismo lo ha expuesto la Corte Constitucional, al afirmar que

“...a partir de la lectura del párrafo segundo del artículo 13 superior resulta palmario que las y los constituyentes no permanecieron indiferentes ante la situación de desigualdad material en que se hallan tantas mujeres y no se les escapó que “los derechos en abstracto pueden”, en efecto, “no ser suficientes para definir la situación concreta de las mujeres (...); justamente por ese motivo determinaron que – con independencia de la ideología que profese el Gobierno de turno - el Estado debe intervenir mediante el diseño de políticas públicas para que la igualdad entre varones y mujeres deje de ser meramente formal y pase a ser una igualdad real y efectiva...³⁶²”.

En ese mismo sentido apunta, el jurista español Manuel Carlos Palomeque, al afirmar que “la desigualdad sustancial entre hombres y mujeres deriva de una comprobación empírica elemental: la persistencia de una desigualdad real manifiesta que perjudica a las mujeres en todos los ámbitos de su actividad, a pesar del pleno reconocimiento jurídico de la igualdad formal ante la ley...³⁶³”.

➤ “Cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el derecho fundamental sobre otros principios constitucionales, mayor será su fundamentabilidad y, por lo tanto, mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación al principio constitucional al que se adscribe...³⁶⁴”.

Siguiendo lo dispuesto por esta regla, es claro que al ponderar los efectos sobre los “otros principios constitucionales” - sobre los cuales tienen influencia de un lado (a) el fin inmediato, y (b) de otro lado, los derechos fundamentales aducidos como conculcados o la posición *ius* fundamental afectada- es el fin inmediato quien tiene mayores efectos sobre otros principios constitucionales, ya que no solo permite el efectivo cumplimiento del principio a la igualdad material; sino que también permite la realización en un escenario determinado de la igualdad a la protección social, materializada en la pensión de vejez. De hecho, tal mandato de protección especial a la mujer encuentra normas análogas en el articulado constitucional, que refuerzan la intención del legislador, de ubicar a la mujer en una posición diferenciada³⁶⁵, respecto del hombre, algunos de estos son: el inciso 7 del artículo 40, los incisos 1 y 2 del artículo 43 y el artículo 53.

De igual modo envía un mensaje a la sociedad en torno a las medidas que deben ser adoptadas no solo en materia pensional sino también en el mercado laboral, escenario que parte de

³⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-804 de 2006. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁶³ PALOMEQUE, Carlos. La igualdad efectiva de hombres y mujeres. Salamanca: Ratio Legis, 2011. p. 42.

³⁶⁴ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. cit., p. 975.

³⁶⁵ VALCÁRCEL, Amelia. El concepto de igualdad. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 2014. p. 32.

estructuras productivas desiguales, en donde se encuentra la desigualdad de sexo como una de las más sobresalientes.

A.2 Criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

Al igual que en el desarrollo de los criterios anteriores, solo se tomarán los que para el caso concreto resulten pertinentes³⁶⁶.

Con base en la regla 64, denominada “Sobre la relación entre el derecho fundamental y la dignidad humana”, que expone que “...*cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación...*”³⁶⁷.

El derecho fundamental aducido por el accionante como conculcado es el de la igualdad formal que, aunque encuentra respaldo constitucional en el primer inciso del artículo 13, se presenta un vínculo claro, pero actualmente débil con el principio de la dignidad humana. De otro lado, la igualdad material- fundamento del trato diferenciado proporcionado por la medida legislativa en la presente ocasión- tiene un nexo directo, estrecho y actualmente fuerte con la dignidad humana. Esto ha sido plasmado en pronunciamientos de la Corte Constitucional como los siguientes:

“...La dignidad humana, como ya se estableció, es fundamento de la organización social, tiene entre sus desarrollos, el derecho a la igualdad. Toda persona tiene derecho a la igualdad de oportunidades, dentro de la relación individuo-sociedad. Sin embargo, en razón de esa misma igualdad se impone un trato compensatorio a aquellos grupos, que se encuentran en una situación particular de debilidad manifiesta, en cuanto éstos no pueden acceder fácilmente a los medios materiales que les permita hacer efectiva su dignidad en un marco de igualdad. ... Existe un derecho de las personas a vivir dignamente. Este es inherente, es decir, hace parte de su esencia y como tal es un elemento perfeccionante que no puede ser renunciado...”³⁶⁸.

B. Criterios empíricos: Análisis de la importancia de los principios desde su eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración.

➤ **Eficacia.**

Teniendo en cuenta que la eficacia se analiza a la luz de la magnitud que la intervención legislativa pueda causar impidiendo o dificultando el ejercicio de la posición *ius* fundamental, es posible mencionar que en el estudio concreto se encuentra una intensidad mayor en la realización del principio constitucional, a saber: igualdad material, puesto que la norma al contrario de dificultar el ejercicio del principio-derecho fundamental a la igualdad material es capaz de cumplir con el fin inmediato, referido a la compensación de previas desventajas soportadas por las mujeres así como también al remedio de la inferioridad tradicional tanto a nivel social como en el mercado de trabajo en el que aquellas se han visto afectadas. La medida es idónea, pues es una medida que aplica con suficiencia su propósito corrector de desigualdades en un ámbito donde claramente es posible evidenciar

³⁶⁶ Criterios que se encuentran descritos en: BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op. cit., p. 977- 980.

³⁶⁷ Ibid., p. 980.

³⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-124 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sala de revisión N° 9.

que el trato otorgado a la mujer es distinto al hombre. A pesar de ser una medida que está dirigida al escenario de la seguridad social, esta irradia al mercado laboral en razón del estrecho vínculo que existe entre ellos, no en vano la CEPAL refiere entrelazados los eslabones de la desigualdad, pues en la protección social y en el caso concreto de la pensión de vejez es la que refleja las desigualdades transportadas por el empleo.³⁶⁹

➤ **Rapidez.**

En cuanto a la prontitud que tenga la intervención legislativa para alcanzar el fin inmediato, se encuentra que al no constituir la norma una restricción temporal enmarcada a futuro sino por el contrario una diferenciación en la edad pensional, en virtud del género que se encuentra vigente, es una norma que puede bien ser catalogada como rápida en tanto que es instantáneo el momento en que se produce, de un lado, la configuración de la edad pensional en mujeres (diferente en relación con los hombres) como, de otro lado, el acceso anticipado al sistema pensional en relación con los hombres.

➤ **Probabilidad.**

La probabilidad con que la intervención legislativa pueda alcanzar el fin inmediato es alta si se tiene en cuenta que la norma fue prevista teniendo en cuenta las situaciones fácticas de las mujeres en situación de histórica subordinación. De igual modo, la medida diferenciada contenida en la norma funge como disposición compensatoria que, aplicada a las circunstancias fácticas, resulta de gran modo probable que sea alcanzando el fin para el que la norma fue creada, puesto que no deja al azar el cumplimiento del fin inmediato, sino que establece su alcance en una norma de orden público blindando su ejercicio so pena de las consecuencias de la vulneración de una norma de tal carácter.

➤ **Alcance.**

➤ La trascendencia que puede llegar a alcanzar la norma objeto de análisis no se agota en el fin inmediato contenido en aquella, debido a que, con la norma, no solo se llegan a proteger la condición de histórica discriminación de un grupo poblacional como lo son las mujeres sino también se está tutelando la igualdad material como uno de los principios del Estado Social de Derecho, superando por mucho la consecución de un solo fin y alcanzando la garantía de uno de los pilares constitucionales.

➤ **Duración.**

Al diferenciar la edad pensional entre mujeres y hombres, se tiene que su duración se encuentra atada a una modificación legislativa o a una exclusión del ordenamiento jurídico vía jurisdiccional mediante una acción pública de inconstitucionalidad, por tanto su duración es óptima en cuanto el fin inmediato se encuentra contenido en una disposición que para su modificación requiere un trámite legislativo extenso o una demanda de inconstitucionalidad que no permite

³⁶⁹ CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Op. cit.

su exclusión total del ordenamiento jurídico, puesto que algunas normas ya han sido examinadas y configuran cosa juzgada.

3.2.2 LA CONSTRUCCIÓN DE LA RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA ENTRE LOS PRINCIPIOS QUE SE PONDERAN.

3.2.2.1 Ley de la ponderación.

Llegado este punto, es pertinente recordar que:

*“La ponderación en sentido estricto consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla”*³⁷⁰. De allí, se sigue que para establecer una relación de precedencia condicionada, en donde se determine entre el derecho y el principio confrontados, cual debe adquirir prioridad en el caso concreto. (¿)

Ahora bien, para construir esa relación de precedencia es posible remitirnos al derecho constitucional fundamental que el demandante considera vulnerado y, para ello, nos apoyaremos en lo señalado en el *sub principio de necesidad* refiriéndonos que el derecho a la igualdad en su arista formal (artículo 13 constitucional) regida bajo la premisa “todas las personas son iguales ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo”. Esta constituirá una de las “caras de la moneda” en el presente estudio de precedencia. De otro lado, el derecho constitucional que fundamenta la norma legal que se controla es el del derecho al acceso a la pensión, fundamentada en la igualdad material, que puede evidenciarse en la protección especial a la mujer en el trabajo y, en consecuencia, en la pensión, que hace efectivo el derecho fundamental a la igualdad de género. Esta será la “otra cara de la moneda” que se examinará en la ponderación.

3.2.2.2. Fórmula del peso

Una vez determinada la importancia de los principios en colisión, es posible aplicar la fórmula del peso en el caso concreto, ello para poder llegar a establecer una regla de precedencia condicionada.

La fórmula del peso será analizada a la luz de los lineamientos fijados en el test de proporcionalidad realizado a la sentencia C-451 del 2005.

La fórmula del peso supone la intervención de tres variables para su desarrollo. La primera corresponde al análisis de la intensidad de las intervenciones en los principios en colisión, es decir, supone la evaluación del grado de no satisfacción o afectación de un principio frente al otro.

En ese sentido, y para efectos prácticos, el proceso de asignación de valores a cada uno de los principios según la tercera variable se hará conforme a lo expuesto inmediatamente anterior, y respecto a las dos primeras variables expuestas en el párrafo precedente, la asignación de valores se hará designando un número de 1 a 4 para cada análisis. Siendo el número 1 el indicado para las afectaciones o intervenciones más leves para cada variable, y el número 4 el que representa las afectaciones más graves.

Así pues, y con base en todo lo que ha sido analizado en las páginas anteriores, es posible hacer la siguiente asignación empírica de valores numéricos para este caso concreto:

³⁷⁰ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. cit., p. 990.

Tabla 15. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable del género.

Derechos- Principios contrapuestos.	<i>Variables.</i>		
	Importancia del grado de no satisfacción afectación del principio.	Importancia abstracta.	Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas.
Derecho a la igualdad formal	1	2	¼
Derecho al acceso a la pension, fundamentado en el principio de igualdad material de género.	4	4	1

Escenario de prevalencia del Derecho a la igualdad formal

↓
0,5 /16.
↓
0.03

Escenario de prevalencia del Derecho al acceso a la pension, fundamentado en el principio de igualdad material de genero

↓
16/ 0.5
↓
32.

Bajo este ejercicio, es posible concluir que el derecho fundamental a la igualdad de género ofrece un mayor beneficio en el caso concreto. Sin embargo, resulta necesario exponer brevemente las razones del porqué fueron asignados tales valores numéricos a cada variable.

➤ **Importancia del grado de no satisfacción o afectación del principio**

- **Derecho a la igualdad formal.**

Antes que nada, este primer paso de la ponderación está referido a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, es decir, a saber, cuál es el grado de no satisfacción o afectación del derecho fundamental a la igualdad formal en el caso concreto. Este derecho en condiciones iguales supone, *prima facie*, que tanto a mujeres como a hombres les sean exigidos los mismos requisitos para acceder a la pensión de vejez, en razón a que son seres humanos que se encuentran en igualdad de condiciones. La importancia de la satisfacción de este principio no es relevante para el caso concreto, pues de llegar a aplicarse esta visión formal de la igualdad, se terminarían por obviar las diferencias naturales e históricas existentes entre hombres y mujeres.

- **Derecho fundamental de acceso a la pensión, fundamentado en el principio de igualdad material de género.**

La importancia de la satisfacción del derecho fundamental de acceso a la pensión de vejez, soportado en el de la igualdad de género, es muy alta. Ello, en razón a que, como ha sido mencionado, esta desempeña una de las columnas base de la construcción del concepto de estado constitucional enmarcado en el Estado Social y Democrático de Derecho, en donde se evidencia la superación del Estado de Derecho y trasciende el contenido del derecho a la igualdad, proponiendo como una segunda dimensión del mismo, la igualdad material. Quedando de ese modo superada la concepción del derecho a la igualdad desde un punto de vista meramente formal, produciendo un igualitarismo en la ley, característica propia del Estado Liberal. Es por tal superación de la concepción del derecho a la igualdad formal y por la consideración del cambio de contexto que se ha venido forjando en la definición del Estado, que la igualdad material adquiere fundamental trascendencia y por ello no puede desconocerse ante el igualitarismo.

La Corte hace referencia a ella cuando menciona que:

“En el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.”³⁷¹

De igual manera, la satisfacción de este derecho fundamental ocasiona que el Estado cumpla con su función correctora de desigualdades, factor de capital importancia puesto que hace real y efectiva la igualdad en el mercado de pensiones. Es en este escenario y por medio de medidas como la acusada, en donde se pone fin a las múltiples desigualdades que están estructuradas en el mercado laboral.

¿La importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro?

Ante la valoración de la proporcionalidad de la primacía de un principio sobre otro, hay que tener en cuenta en el presente caso que resulta ajustado al ejercicio de ponderación, darle mayor importancia al derecho fundamental de acceso a la pensión, soportado sobre la igualdad de género, por encima del derecho a la igualdad formal, puesto que, bajo el contexto en el que nos

³⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064/01. M.P. Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

encontramos, esta medida resulta fundamental para la eficacia del Estado Social de Derecho y la superación del Estado de Derecho en donde la igualdad formal era suficiente y donde el acceso a la seguridad social y garantía del derecho fundamental a la pensión, bajo los mismos criterios entre hombres y mujeres resultaba ajustado al principio de legalidad.

➤ **Importancia abstracta de los principios**

- **Derecho fundamental a la igualdad formal.**

Partiendo de un análisis sin tener en cuenta situaciones fácticas determinadas, la importancia de la garantía del derecho fundamental a la igualdad formal es bastante significativa; en efecto, no es en vano que este aparezca consagrado en el primer inciso del artículo 13 constitucional. Sin embargo, al hacer una lectura del mismo, hoy día no puede entenderse que su acceso se hace con referencias a requisitos o condicionamientos que no tengan en cuenta el contexto concreto en que el trabajo y la protección social interactúan. Es por tal motivo que le fue asignada una importancia abstracta de 2, pues de un lado, no es trivial o de poca importancia para que merezca una asignación numérica de 1, y de otro lado, no es el derecho más importante del que goza el ser humano hoy en día, pues existe su importancia en tanto sea entendido de manera armónica y bajo el contexto constitucional que se desarrolla actualmente.

- **Derecho fundamental de acceso a la pensión, fundamentado en el principio de igualdad material de género.**

Como ya fue ampliamente desarrollado en la justificación de la legitimidad de los fines mediatos, la protección especial a la mujer en el trabajo y en conexión con las pensiones, termina haciendo real y efectivo el derecho fundamental a la igualdad de género; igualdad que constituye uno de los pilares del Estado Social de Derecho.

Razones como las profundas desigualdades ancladas en la estructura productiva del trabajo, la forma en la que el desempleo castiga en mayor medida a las mujeres, el hecho de que el trabajo a tiempo parcial sea la opción más viable para que la mujer pueda realizar las tareas que ancestralmente le han correspondido, la inestabilidad laboral que produce la tercerización del trabajo, la segregación educativa y profesional soportadas por las mujeres, la profunda brecha de desigualdad en los salarios entre mujeres y hombres, los estereotipos que siguen fundando decisiones en la elección de personal, la escasez del empleo producto de economías inestables, la incapacidad del Estado para soportar los retos de la cobertura de la seguridad social que debe cubrir la mujer, son solo algunos de los fundamentos que le dan razonabilidad a la norma constitucional para ejercer un trato diferenciado en el acceso a la pensión de vejez. La Constitución Política, al consagrar el derecho a la igualdad como fundamental para el desarrollo del ser humano, le asigna tal importancia que el valor a asignar no puede ser otro menos que 4.

➤ **Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas**

Como tercera variable que interviene en el desarrollo de la fórmula del peso es el nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas, se tiene que para el caso en estudio la medida analizada: la diferenciación de la edad pensional en razón del sexo, se tiene que es una medida con un grado de certeza mayor para el no acceso a la seguridad social - concretamente a la pensión de vejez- en igualdad formal respecto a hombres y mujeres, ello porque la medida consagra taxativamente un trato diferenciado entre sexos al enunciar que las mujeres tengan cierta edad para pensionarse, edad que resulta ser menor a la exigida a los hombres. Esa medida contenida en una norma (Ley 100 de 1993) no restringe, pero limita el acceso a la pensión de

vejez. Al ser cierta, es decir, tener un mayor grado de certeza para la no realización del derecho analizado en colisión, es posible mencionar que le será asignado un nivel intermedio de certeza, es decir, $\frac{1}{4}$.

Ahora bien, en cuanto al segundo principio en colisión: Derecho fundamental de acceso a la pensión, fundamentado en el principio de igualdad material de género, se tiene que con la medida existe certeza en la realización de la protección a la mujer y en con la eficacia de la igualdad material, puesto que es una medida que quiere compensar previas desventajas soportadas por las mujeres y remediar la tradicional inferioridad de la misma en el ámbito social y en el mercado de trabajo, en ese sentido, resulta garantizando la real eficacia del derecho a la igualdad, cumpliendo con su labor de corregir las desigualdades que se presenten. Es por ello que al poseer el grado mayor de certeza, también será posible asignarle el valor de 1.

3.2.2.2 Conclusión final- Regla concreta para el caso en términos de una “relación de precedencia condicionada”.

Una vez están relacionados y debidamente argumentados las variables expuestas para la determinación de la fórmula del peso y, en general del “Juicio de Proporcionalidad”, el resultado consiste en una relación de precedencia condicionada, en el sentido según el cual la mencionada regla “no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico”³⁷². Sin embargo, sí “determina una solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos”³⁴³⁷¹

En ese sentido, resulta acertado afirmar que la regla de precedencia condicionada para el caso en estudio es otorgada al derecho constitucional de acceso a la pensión, fundamentado en el principio de igualdad material de género, pues respalda la medida normativa que diferencia entre las edades de mujeres y hombres como requisito para acceder a la pensión de vejez. Es por ello, que la norma examinada adquiere validez definitiva por medio de la declaración de constitucionalidad.

³⁷² BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. cit.p. 1018.

³⁷¹ Ibid., p. 1018.

CAPITULO VII. ¿SE LE PUEDE ATRIBUIR UN TRATO DIFERENTE A LAS EDADES?

7.1 ESCENARIO DE CONTEXTO DE LA VARIABLE EDAD.

La complejidad de la noción de edad.

La articulación entre el derecho y la edad no es un tema que se reflexione e investigue con mucha frecuencia, como sí lo son los “trabajos e investigaciones sobre el tiempo: tiempo del derecho, tiempo y derecho... los cuales son numerosos; aquellos sobre la edad son demasiado raros, como si la edad en singular no fuera un concepto jurídico y que, conjugado en plural se redujera a unos umbrales, de datos cifrados útiles para fijar unas categorías, pero que no son lo suficientemente poderosas para entrar en definiciones, esto es, unos estándares que son menos que criterios...³⁷³”.

En el caso que se estudia sobre la valoración del principio de igualdad, en los escenarios de los regímenes pensionales, las categorías de edades y sus relaciones con el sistema normativo, no dejan de generar ambigüedades, interrogaciones y en ocasiones contradicciones, como lo expresa Brocas, al precisar que “...los empleadores quieren limitar el peso de financiamiento de las pensiones por eventuales medidas de retroceso de la edad de pensión; sin embargo continúan estimulando la salida de los trabajadores mayores, a través del uso de las medidas de la edad como modo de gestión de la mano de obra; los asalariados desean parar de trabajar cada vez de forma más temprana, pero demandan al mismo tiempo mantener un nivel de ingresos que satisfaga la pensión...³⁷⁴”.

No obstante, en el campo de las ciencias sociales, en expresión de Manson³⁷⁵ la cuestión de la edad - bien sea de un individuo o de una institución- aparece ontológicamente precipitada, dado que interroga la relación con el tiempo; aún más, este autor subraya que, en los primeros albores de la civilización, los interrogantes relacionados con el tiempo no hacían otra cosa que preguntar sobre la cuestión existencial de la condición humana.

En tal sentido, se ha de señalar que la relatividad del tiempo y su ambigüedad se ha valorado por las ciencias de la salud, la biología, la genética, la economía, la demografía, la filosofía y finalmente por el derecho; por ello, Manson acudiendo a la antigüedad señala que: “... la mitología de la Grecia antigua animaba una explicación, significando que el tiempo antes que un asunto de percepción, de verdad era una concepción³⁷⁶. Tres divinidades encarnaban esa

³⁷³ MORAND- DEVILLEN, Jacqueline. Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne. 2016, p 7.

³⁷⁴ BROCAS, Anne Marie. Secretaria General de l Consejo de Pensionados de Francia. Age et travail : un axe de réflexion essential pour l’avenir des retraites. Paris, 2001, o. 12.

³⁷⁵ MANSON, Stephane. Quel est l’âge de la décentralisation? Brèves remarques sur les temporalités d’une réforme. Age(s) et Droit (s), p. 33.

³⁷⁶ MANSON, citando a VIDAL NAGUET. “Temps de Dieux et temps de hommes- Essai sur quelques aspects de l’expérience temporelle, chez les grecs”. Reviste de l’histoire des religions. N° 157-1, 1960, p. 55.

relatividad: Cronos, que garantiza el tiempo continuo del reloj de arena o de la Clepsydra, Kairos que toma el tiempo del instante y Aion, que recicla aquello del eterno retorno...³⁷⁶”.

No obstante las diferentes aproximaciones a la noción de la edad, a través de la historia se han ido construyendo instrumentos y unidades de medida concretos que identifican los años, los meses, las semanas, los días, las horas, los minutos, los segundos, entre otros; todo ello, para facilitar la organización de las sociedades y su gobernanza. Así mismo, de estas nociones del tiempo y sus formas de medición se han extraído frecuentemente pautas a partir de las cuales es posible alcanzar o perder un objetivo o algún derecho *vr. g* cuando una persona alcanza los 18 años – entendidos como una clara unidad de tiempo-, se le otorgará la categoría de ciudadano y, con ello, se le reconocerán una serie de derechos y obligaciones específicas que se le otorgan solamente por alcanzar esa unidad temporal.

La necesaria articulación con el derecho.

Ahora bien, el derecho no es ajeno al fenómeno de la temporalidad, pues como lo agrega el profesor Manson, el derecho no puede permanecer insensible a esta invitación, pues el tiempo es también asunto de juristas; para ilustrar su afirmación, Manson “... *emplaza solamente a los autores de derecho público, Hauriou, por ejemplo, quien fundamenta su teoría de la institución sobre una relación estrecha con la duración. Para resumir, la institución de Hauriou se presenta inicialmente como una duración orientada por un ideal de obra a emprender*³⁷⁷...”. Igual reflexión, se hará con la obra del Decano Vedel, quien orientaba también parte de sus reflexiones hacia las relaciones del tiempo con el derecho.

En realidad, con el tiempo lo que se trata de hacer es satisfacer una necesidad social, de identificar las personas por sus edades, en el ciclo de su vida, y expresarla en categorías, materializando con ello la construcción social que sobre el tiempo han concebido las sociedades; al construir el derecho, difícilmente se ha de entender si en su configuración no aparece el tiempo, el cual se ha de constituir en garantía para el ejercicio de los derechos ciudadanos.

En ese sentido, Cafarelli manifiesta que la edad es “...*por esencia una noción que comporta una fuerte utilidad jurídica; es un instrumento privilegiado de delimitación de categorías de personas. Permite fijar unos umbrales más allá o de otro lado, en los cuales, sin otra justificación, sea posible aplicar o no un régimen jurídico determinado. En cambio, el envejecimiento remite a un proceso más difuso, menos delimitado, versátil, y difícil de definir de manera unívoca sobre el terreno jurídico...*³⁷⁸”.

La edad permite establecer unos mínimos temporales para trabajar pero, a su vez, también puede representar una unidad de tiempo para acceder al reconocimiento de un conjunto de derechos, entre ellos el derecho a la pensión. En ese contexto, para la construcción del “*iter*” de la vida, el ciclo de la vida y el ciclo de la vida activa, confluyen las ciencias de la salud y las ciencias jurídicas; pero a ello, habría que agregar que las sociedades- mediante la cultura- asignan roles específicos a los ciudadanos para cada etapa de ese proceso vital, al cual están abocados todos los seres humanos. Justo, es esa puerta la que se abre para los adultos mayores,

³⁷⁷ MANSON citando a HEBRAUD “La notion de temps dans l’œuvre du Doyen Maurice Hauriou” Les annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse” T. XVI, Fasc 2, 1968. P 179.

³⁷⁸ CAFARELLI, François. “La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement : vers une société inclusive. Age(s) et Droit (s): De la minorité à la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne, 2016. p 131.

- con mecanismos de protección o no, para “...asociarlos con degeneración, decadencia, disminución de facultades físicas, mentales o de algunas propiedades. Una connotación negativa que olvida frecuentemente todos los logros y riquezas que las personas mayores están en capacidad de aportar a la sociedad. El mismo derecho ha sido inicialmente el receptáculo de una concepción patológica y sectorial del envejecimiento, examinado a través de sus consecuencias deplorables, sobre las capacidades de las personas...”³⁷⁹”.

Este enfoque convocó a este profesor y a varios investigadores a proponer una visión renovada del envejecimiento que privilegiara una política pública transversal y universal que fuera recogida por el derecho. Y, en efecto, en el marco de la arquitectura jurídica de la Unión Europea, para superar ese enfoque de fragilidad, de vulnerabilidad de esta población, Francia tramitó y expidió una Ley que refuerza los derechos y libertades fundamentales de las personas mayores; en su artículo primero se establece:

- “... la adaptación de la sociedad al envejecimiento es un imperativo nacional, y una prioridad del conjunto de las políticas públicas de la Nación...”³⁸⁰”.

Se supone que mejorar las condiciones de existencia de los adultos mayores impone aplicar en su totalidad el principio de igualdad y el carácter no discriminatorio de normas o de acciones. Por ello, Cafarelli ha de subrayar que “... así entendida la garantía del principio de igualdad, exige identificar y suprimir **ab initio**, toda regla o medida cuya naturaleza producirá efectos discriminatorios...”³⁸¹”.

El estudio adelantado centraliza su reflexión sobre los mecanismos de protección para quienes han terminado su ciclo de vida laboral, donde la edad juega un papel fundamental para acceder a la pensión en un escenario de no discriminación; habría que agregar que la construcción y afirmación de ese derecho a la pensión va acompañado de la presencia de otros derechos fundamentales como la autonomía, el desarrollo de la personalidad, la libertad y la dignidad humanas. Así mismo, resulta conveniente advertir que en los escenarios de los regímenes pensionales la edad se convierte en un requisito legal para lograr la llamada “causalidad de la pensión”³⁸², requisito que debe ser cumplido de la mano de otros, para que se pueda predicar el goce efectivo del derecho fundamental a la pensión.

En atención a que este acápite tiene como propósito contextualizar el concepto de edad, de cara a los regímenes pensionales del sistema de seguridad social, es conveniente establecer una ruta de trabajo así: (1) se realizará un acercamiento al concepto, desde las ciencias sociales y de la salud, que faciliten una mejor comprensión de esta categoría en nuestros días; (2) se abordará la noción de edad, desde los datos cifrados, la estadística y la demografía donde se estudian tópicos como la expectativa de vida y el proceso de envejecimiento; (3) se analizará la relación existente entre la edad y los escenarios del trabajo; (4) a partir del marco de los derechos

³⁷⁹ CAFARELLI citando a FABAS- SERLOOTEN. “Adaptation de las société a le vieillissement, un nouveau regard sur la perte d’autonomie”, AJ Famille, 2016, p. 90.

³⁸⁰ Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement: vers une société inclusive.

³⁸¹ CAFARELLI. Op. cit., p.134.

³⁸² El concepto de causación de la pensión citado en el presente texto, tiene por fuente el salvamento de voto del Magistrado Mauricio González en la sentencia C-258 del 2013, en la cual expresó que “...el concepto de causación de una pensión, (...) se asimila al cumplimiento de todos los requisitos normativos establecidos para la consolidación del derecho, esto es, a la realización del supuesto fáctico de las normas pensionales...”.

sociales fundamentales y de cara a los derechos para acceder a medidas protectoras para los adultos mayores, se interrogará sobre el “telos” que a pesar de tener como sustento el derecho fundamental a la igualdad, esta categoría en más de una ocasión, se utiliza para adelantar medidas discriminatorias.

1. ¿Es la edad un “criterio diferenciador”?

Hasta el momento, se ha planteado la idea de que la edad corresponde a una de las estructuras en las que se corporiza el tiempo, en el entendido de que supone el cumplimiento o la suma de determinadas unidades de tiempo, a saber: los años. Agregado a ello, se ha puesto de presente la potencialidad que tiene la “edad” para servir de condicionante en lo que respecta a la consolidación o pérdida de derechos u obligaciones. En efecto, la edad puede servir de límite para acceder a determinando beneficio o derecho, o puede ser el requisito necesario para el mantenimiento y goce de determinados derechos.

No obstante lo anterior, lo que no suele observarse con frecuencia es un análisis de la edad en términos sociológicos pues, a fin de cuentas, la edad corresponde a una unidad de tiempo y el tiempo corresponde, a su vez, a una ficción y creación humana; por lo tanto, es posible suponer un cierto fundamento sociológico detrás de su configuración; pues, quienes se encargan de asignar a la edad tales valores restrictivos o benefactores somos los seres humanos. Esta asignación de connotaciones difiere considerablemente según el sujeto y la disciplina que se encargue de asignar el valor; pues, por ejemplo, es muy diferente la manera como la mirada económica percibe a las personas que se encuentran en la etapa de la vejez, a quienes califica de personas inactivas, respecto de la manera en que la percibirán los profesionales de la salud, para quienes estas personas pierden autonomía, habilidades, destrezas y deben ser objeto de protección especial. En ese sentido, es posible identificar una construcción del concepto de edad, desde diferentes disciplinas, como lo son el derecho, la economía, la sociología, la demografía y las ciencias de la salud.

Para el caso de las ciencias de la salud, la geriatría, la genética, la biología, el envejecimiento corresponde a una fase a la que los seres humanos están abocados; esto es, frente a un episodio “programado” pues “...cada individuo -humano, animal o vegetal- nace con una determinada capacidad de evolucionar, crecer y reproducirse, y después de cierto número de ciclos vitales de sus células, entra en una inevitable decadencia y muere...³⁸³”. En esa misma dirección, Veronesi señala que “... desde el punto de vista funcional, lo que ocurre cuando se envejece es que con mayor frecuencia se va perdiendo la habilidad verbal, espacial, y de velocidad de percepción...³⁸⁴”; sin embargo, y como el mismo autor lo señala, este fenómeno no es homogéneo en todos los seres humanos, pues “...por el contrario, un gran número de personas conserva un desempeño cognitivo normal pasados los ochenta y cinco y noventa años (...) de hecho, los estudios muestran una evidente falta de homogeneidad en la pérdida cognitiva, y los ancianos pueden tener incluso una mayor capacidad de resolver problemas si los comparamos con los jóvenes, gracias a una serie de elementos, como por ejemplo la memoria implícita, las conexiones lógicas entre conceptos y la creatividad...³⁸⁵”.

Este particular acercamiento al fenómeno de la vejez, en términos biológicos, es descrito de manera muy acertada por la Organización Mundial de la Salud, la cual señala:

³⁸³ VERONESI, Umberto. Longevidad. p. 23.

³⁸⁴ Ibid., p. 72.

³⁸⁵ Ibid., p. 72.

“...En el plano biológico, el envejecimiento está asociado con la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares. Con el tiempo, estos daños reducen gradualmente las reservas fisiológicas, aumentan el riesgo de muchas enfermedades y disminuyen en general la capacidad del individuo. A la larga, sobreviene la muerte. Pero estos cambios no son ni lineales ni uniformes, y solo se asocian vagamente con la edad de una persona en años. Así, mientras que algunas personas de 70 años gozan de un buen funcionamiento físico y mental, otras tienen fragilidad o requieren apoyo considerable para satisfacer sus necesidades básicas. En parte, esto se debe a que muchos de los mecanismos del envejecimiento son aleatorios. Pero también se debe a que esos cambios están fuertemente influenciados por el entorno y el comportamiento de la persona...³⁸⁶”.

Vale la pena destacar algunos de los aportes de este acercamiento científico al fenómeno de la edad, pues es claro que desde esta óptica las cosas se leen de otra manera, a saber, como transformaciones biológicas que, aunque son comunes a todos los seres humanos, no son pasibles de ser estandarizadas, pues cada cuerpo es diferente, y cada ser humano tiene unas particulares condiciones económicas, sociales y hasta culturales, que determinan la manera en que será o no afectado por la vejez. Entender lo expuesto en las líneas precedentes resulta fundamental, pues implica, de un lado, reconocer que la “buena” o “mala” vejez es un resultado directo de todo aquellos que se construyó a lo largo de la vida; y de otro lado, resulta ser un argumento para cuestionar los estereotipos tradicionales que se asignan a la vez, pues claramente “...puede que una persona muy longeva tenga un estado mental apenas diferente del de su juventud...³⁸⁷”.

Ahora bien, como fue expuesto en líneas anteriores, la sociología de las edades también ha resultado ser una disciplina que ha asignado valores al concepto y a las diferentes periodizaciones de la edad. Para dar cuenta de ello, resulta pertinente traer a colación la afirmación del investigador en ciencias económicas Herve Blanchard, quien afirma:

“La edad es un modo de cálculo, resultado de una convención social (...) que depende de las representaciones sociales en vigor al momento de su construcción. La edad es a la vez una medida ligada a diferentes representaciones que lo que hacen es reproducirla y reforzarla³⁸⁸”.

Es claro que para Blanchard, la edad no solo puede ser definida como una herramienta útil para concretizar el tiempo en unidades esquemáticas y organizadas como lo son los años o los meses; por el contrario, este autor destaca la importancia de realizar una lectura de la edad de cara a fenómenos que deberían ser de imperativo análisis, como lo son los fenómenos culturales, pues seguramente allí se encontrará una respuesta clara sobre el porqué una persona se considera “joven” o “vieja” y, en consecuencia, se le asignan unos determinados “roles”; que resultan ser una camisa de fuerza, impuesta al sujeto que encuadra dentro de las características de cada determinado ciclo de vida. Por ejemplo, a un sujeto joven se le asigna el rol de prepararse para la edad adulta; o al adulto se le asigna el “rol” del trabajo, a una mujer de edad avanzada, se le asigna el cuidado de los niños o de las personas incapaces de valerse por sí mismas. De ello da cuenta Fernán Vejarano al afirmar que “...los menores de 15 años y los mayores de 60 no

³⁸⁶ ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud, 2015.

³⁸⁷ VERONESI, Umberto. Longevidad. Op cit., p. 71.

³⁸⁸ BLANCHARD Herve. Ageet Droit: de la minorité a la vieillesse au miroir du droit. p. 14.

se consideran, en general, población económicamente activa, pues las edades productivas se consideran entre los 15 y 59 años...³⁸⁹”.

En suma, somos los seres humanos quienes, a través de nuestras creencias y percepciones del mundo, acordamos que a partir de “x” edad una persona debe ser considerada como tal, o que al superar otra edad “y”, ya no se podrá tener como persona productiva en la sociedad. Así mismo, como lo señala Blanchard, el cálculo de la edad corresponde a una convención social, en tanto la periodización del ciclo vital resulta ser una ficción o una creación humana que parecer ser concertada y acordada entre todos, como un pacto que se debe respetar o como una ley que aunque tiene orígenes culturales, impregna el escenario legal con la misma fuerza de una norma jurídica.

Lo cierto, es que esta periodización resulta ser bastante útil en el escenario concreto de la seguridad social, pues como lo menciona el jurista Michel Borgetto “...la fijación de una condición de edad permite efectivamente establecer diferencias entre la población que se espera proteger; esas diferencias por edad se pueden establecer bien sea entre categorías de personas o bien en el seno de una misma categoría...³⁹⁰”, pues, es claro que aunque el Sistema de SS tiene la pretensión de ofrecer una cobertura universal, son muchos los eventos y factores que dificultan este objetivo, y que hacen necesario que se seleccione y priorice la protección en determinados sectores que pueden ser diferenciados de manera efectiva bajo el criterio de la edad.

En ese sentido, es claro como lo menciona Borgetto que “...al dar una mirada al derecho de la protección social, la edad es utilizada para realizar dos grandes funciones: (1) ella es utilizada como condición de apertura de derechos y (2) como condición de mantenimiento de derechos...³⁹¹”.

En términos más concretos, lo anterior puede observarse con claridad en la normatividad colombiana del derecho de la seguridad social, en tanto la edad hace parte de un requisito que condiciona el acceso al derecho fundamental a la pensión de vejez; así mismo, una vez obtenida la pensión, gracias al cumplimiento de la causalidad de la misma, es la edad – así como los otros requisitos necesarios para obtener la pensión- la que permite que esta se siga disfrutando, evidenciándose con ello que – como lo afirma Borgetto- es esta la que permite el mantenimiento de los derechos; ; a ello, podríamos adicionar medidas en el campo del desempleo donde se privilegia a una población joven para obtener su primer empleo o para acceder a contratos de aprendizaje³⁹².

Lo cierto es que al ser una construcción cultural o una “convención social” – como ya fue expuesto- la edad y la periodización de la misma, no es ajena a los males que afectan a nuestra sociedad, particularmente no es ajena a la desigualdad, cuando no a la discriminación. Ello, se evidencia en el hecho de que aun pareciera haber reticencia al momento de asimilar que hay ciertas personas que, dadas sus condiciones particulares, y dada su edad, merecen del goce de una pensión que les garantice una seguridad económica, en el que corresponde al último periodo de su vida. Todo ello, como consecuencia del proceso de “forzosa asignación de roles”,

³⁸⁹ VEJARANO, Fernán; NOVOA, Alejandro. Vejez y envejecimiento: una mirada demográfica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 43.

³⁹⁰ BORGETTO, Michelle. Age et Droit : Age et protection sociale. p. 101.

³⁹¹ Ibid. p., 105.

³⁹² Al respecto se pueden revisar las Leyes 1429 de 2010 (Ley del primer empleo) y la Ley 789 de 2002 (Sobre el contrato de aprendizaje).

en donde a los sujetos que se encuentran en la etapa de la vejez, se les asigna casi que por inercia el rol de “seres inactivos”, incapaces de desarrollar actividades laborales; este punto será tratado con más detenimiento en las líneas siguientes.

La protección social, como fue expuesto en líneas anteriores, pese a que debería ser reconocida a todo ser humano, en la realidad no es accesible para todos; por ello, es necesario acudir a determinadas categorías que permitan por medio de un proceso de selección, identificar aquellos sujetos que merecen una atención prioritaria y, en este punto, el concepto de “riesgo social” juega un papel fundamental. La CEPAL en uno de sus estudios señala que “...la noción de riesgo social no remite a algo aleatorio, sino a la idea de recurrencias empíricas en las que es posible identificar situaciones diferenciadas de brechas y vulnerabilidad ligadas a categorías de población definidas según diversos criterios (...), como lo es la etapa del ciclo vital...”³⁹³.

Los ciclos de la vida.

El Ministerio de Salud y Protección Social, define el ciclo de la vida de la siguiente manera:

“El ciclo de vida es un enfoque que permite entender las vulnerabilidades y oportunidades de invertir durante etapas tempranas del desarrollo humano; reconoce que las experiencias se acumulan a lo largo de la vida, que las intervenciones en una generación repercutirán en las siguientes, y que el mayor beneficio de un grupo de edad puede derivarse de intervenciones previas en un grupo de edad anterior. Además, permite mejorar el uso de recursos escasos, facilitando la identificación de riesgos y brechas y la priorización de intervenciones claves...”³⁹⁴”

En tal sentido, el ciclo vital, el cual a su vez corresponde a una periodización de la edad, resulta ser además una herramienta bastante útil para identificar en qué etapas se está frente a un inminente “riesgo social” que amerite una intervención prioritaria del Sistema de SS, pues indudablemente hay ciclos de la vida en donde resulta indispensable una protección especial, como lo es la vejez, ya que “...las personas de la tercera edad enfrentan riesgos por razones vinculadas al decaimiento físico y emocional, al que se suma la pérdida de vínculos con el mercado, con sus familias y sus comunidades...”³⁹⁵”.

Ateniéndonos a lo dicho con anterioridad, resulta importante hacer una referencia al precitado “ciclo de vida”, dado que regularmente el curso de la vida, se suele afrontar desde una mirada simple y descriptiva sobre la distribución del bienestar y el poder en los diferentes grupos de edad de la estructura social. En ese sentido, en el informe de la CEPAL citado en líneas anteriores, se expone que “...la sociología de la edad distingue tradicionalmente entre cuatro etapas básicas del ciclo vital de los individuos: infancia, juventud, adultez, vejez. Estas etapas del ciclo vital constituyen un sistema de clasificación sustantivo en que cada una se atribuyen roles, vínculos, y posiciones diferenciadas en relación con el entorno social, que presentan características específicas, pero no necesariamente homogéneas ni fijas entre distintos grupos sociales y países...”³⁹⁶”.

Particularmente, la etapa que resulta de especial interés para el presente estudio es la de la vejez o tercera edad. Esta edad “...se caracteriza por una paulatina disminución del rol laboral activo, un incremento de las necesidades de salud asociadas a las enfermedades crónicas no

³⁹³ CEPAL. Instrumentos de protección social. p. 34.

³⁹⁴ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL. Op. cit.

³⁹⁵ CEPAL. Instrumentos de protección social. p. 34

transmisibles (que tienen consecuencias económicas directas) y una mayor dependencia.(...)Así en esta etapa se destacan situaciones o eventos biográficos clave: i) el retiro del mercado laboral y acceso a la jubilación, ii) la viudez y un estado de mayor soledad y iii) el deterioro de la salud y la eventual pérdida progresiva de autonomía física...³⁹⁵”.

En ese sentido, es evidente que las personas que se encuentran en este ciclo de vida merecen una protección especial, pues se encuentran expuestas a riesgos especiales y particulares. Sin embargo, la desigualdad no es el único factor que afecta la concepción y el entendimiento de la edad en el contexto de la seguridad social; también existen otros problemas como la falta de contextualización del fenómeno de envejecimiento en los regímenes pensionales. No se ha atendido coherentemente las implicaciones de la variación en la expectativa de vida, ni tampoco se ha dado una respuesta o tratamiento proporcional a las diferencias que se presentan en materia laboral entre los diferentes segmentos de población, especialmente en aquellos mayores de 60 años, quienes convencionalmente son considerados como “incapaces de desarrollarse en el escenario laboral”, cuando no objeto de discriminación y maltrato. Todo lo anterior ha generado un conjunto de condiciones que agudizan la actual crisis en los sistemas de aseguramiento en la vejez.

2. Panorama demográfico y proceso de envejecimiento.

Diversos estudios dan cuenta del proceso universal de envejecimiento de la población; así lo señala el economista Valdés al subrayar la importancia cuantitativa de las pensiones de donde dice se “[...] deriva de dos tendencias observadas en los últimos dos siglos: aumento veloz de la magnitud de la población que pertenece a la tercera edad, y aumento igualmente rápido de la proporción de los gastos de la tercera edad, que se financian con pensiones...³⁹⁶”. Y, se pregunta el mismo autor ¿Por qué este segmento de la tercera edad ha aumentado tan fuertemente? Ello es, debido a “...la acción conjunta del desarrollo económico (aumento de ingresos reales) y de los avances de la medicina y también el importante crecimiento que ha tenido la especie humana...³⁹⁹”.

Es de anotar, que las personas que alcanzaban los 60 años no tenían una fuerte incidencia demográfica, pero “...en la actualidad las nuevas generaciones tienen expectativas de vida mayores que las alcanzadas jamás por ninguna generación anterior de la especie humana, y los expertos proyectan que la esperanza de vida aumenta aún más en el futuro...³⁹⁷”. Sobre este punto, Valdés muestra con guarismos unas cifras sobre el proceso de envejecimiento, único en la historia de la especie humana; en el siglo XXI se describen sociedades pobres con alta proporción de ancianos. Se ilustra con cifras agregadas por continentes o grupos de países con características relativamente homogéneas⁴⁰¹

Tabla 16. Aumento del número de ancianos en el mundo.

Años.	1990	2030
Población mayor de 60 años (Millones)	500	1.400

³⁹⁶ CEPAL. Instrumentos de protección social. p. 40.

³⁹⁶ VALDÉS. Op. cit.

³⁹⁷ Ibid., p. 23.

Proporción de la población > de 60 años.	1990	2030
América Latina y el Caribe.	6,9 %	16.0 %
Europa Oriental y Ex URSS	15.3 %	22.7 %
Medio oriente y Norte de África.	7.0 %	12.4 %
África Subsahariana.	4.6 %	5.9 %
Asia.	7.4%	16.3 %
Países OCDE (% mayor de 60 años)	18.2 %	30. 7 %
Países OCDE (% mayor de 80 años)	3.0 %	6.0 %

(Fuente: Banco Mundial, 1994. Cabello et al, 1946 Celade, 1994. Agradezco a Jorge Bravo)

Ante este aumento de la población de adultos mayores, el clásico estudio sobre “envejecimiento sin crisis” del Banco Mundial, responde que “...los sistemas destinados a proveer seguridad económica en la vejez están en una situación difícil en todo el mundo. Los sistemas informales y basados en comunidades y familias se están desintegrando; los programas formales tienen el enorme problema de los costos crecientes – cuyo financiamiento requiere impuestos de tasa alta, que afectan desfavorablemente al crecimiento del sector privado- y no logran proteger a los ancianos...³⁹⁸”. Con información más reciente y con proyección de población de este segmento de protección, Meyer- Heine corrobora esta tendencia rápida del envejecimiento por la prolongación de la duración de la vida y la baja en las tasas de mortalidad al afirmar que “...el número de personas mayores de edad (...) pasará de alrededor de 600 millones a cerca de 2 millares en 2015...³⁹⁹”.

En un país como Colombia, para subrayar la importancia del estudio de individualizar la edad, es preciso tener presente la expectativa de vida de cara a una de las transiciones más rápidas de América Latina; la tendencia actual en la disminución de la población es la disminución de la población joven, menor de 15 años, y el aumento acelerado de la población mayor de 60 años. Para dar cuenta de este proceso, resulta pertinente acudir a una información cifrada.

A grandes rasgos, es posible afirmar, en términos comparativos que en el año 1951 la población mayor de 60 años representaba el 5,12% de la población total del país; posteriormente, en el año 1985 esta misma población representaba el 5,9%; en el año 1993 el 6,9%; en el año 2005 el 8,8%; y en el 2015, su porcentaje era de 11,06%; lo cual da cuenta de un evidente fenómeno de envejecimiento de la población colombiana⁴⁰⁰.

³⁹⁸ BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Op. cit., p. 1.

³⁹⁹ MYER- HEINE. Droit européen et dignité des seniors. Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne, 2016. p. 191.

⁴⁰⁰ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Envejecimiento demográfico en Colombia 1951-2020- Dinámica demográfica y estructuras poblacionales. Bogotá: Oficina de Promoción Social, 2013.

Así mismo, vale la pena destacar que, en 1951, la población mayor de 15 años representaba el 52,31%; mientras que en el 2015, esta cifra aumento al 62,25% del total de la población colombiana. Lo cual permite inferir una disminución de aquellas personas menores de 15 años, con lo que se refuerza la idea latente de una sociedad que envejece a pasos acelerados.

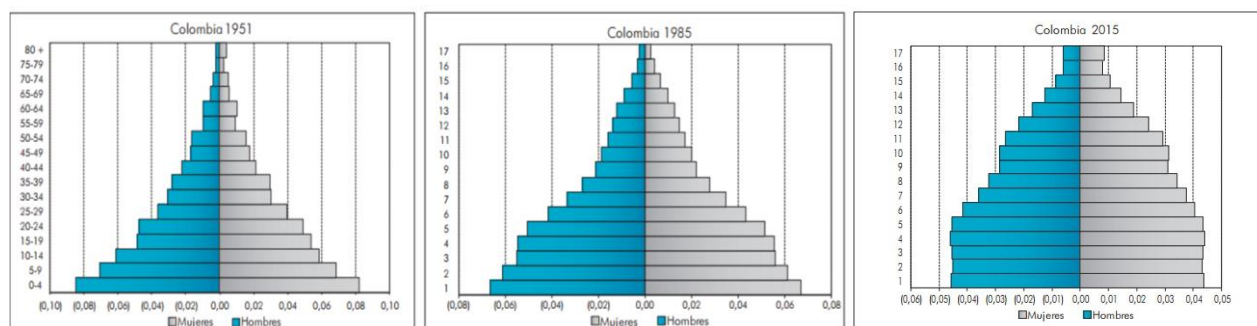
Lo anterior puede ser leído en el llamado “índice de envejecimiento”, el cual corresponde a una herramienta que permite analizar el ritmo al cual envejece una sociedad particular. En ese sentido, estimaciones del Ministerio de Salud y Protección Social con base en el DANE, reflejan que desde el censo realizado en 1951 se ha incrementado en cerca de cuatro veces el índice de envejecimiento –entendido como la división entre la población mayor de 60 años con la población menor de 15 años multiplicado en 100-, pasando de un 12% en el año 1951, a un 41,5% para el año 2015⁴⁰¹.

En el mismo sentido, el peso relativo de la población adulta mayor en Colombia entre 1951 y el año 2015 ha fluctuado entre el 5,12% y el 11,06%. Ello se hace evidente en el acelerado crecimiento del volumen de la población con 60 años en adelante. En el año 1985, por ejemplo, el volumen de dicha población fue 2'143.109 habitantes mientras que en el 2015 ascendió a 5'332.644 habitantes.

Esto resulta bastante relevante, pues permite realizar análisis comparativos, por ejemplo, respecto de la situación de envejecimiento en América Latina y el Caribe, en donde se tiene una tasa de envejecimiento de 1 %, mientras que en nuestro país, la tasa asciende al 1,1 %, lo cual da cuenta de una ligera separación de Colombia respecto del promedio latinoamericano en lo que atañe al ritmo del envejecimiento.

Lo anterior, puede ser ilustrado con mayor claridad a través de la simple observación de las llamadas “pirámides demográficas”, las cuales son unas herramientas muy útiles para demostrar el drástico cambio demográfico:

Gráfico 12. Colombia: pirámides demográficas 1951, 1985 y 2015.



(Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social con base en DANE - Series de población 1985-2020)

El escenario dibujado lleva a una forzosa conclusión: Colombia ha cambiado su perfil demográfico, específicamente en aquellos espacios en donde en décadas pasadas aparecían el sobre poblamiento y altas tasas de mortalidad; esta ruptura, como la expresa Bejarano y

⁴⁰¹ Ibid.

Angulo, reseñando al demógrafo Frank Notestein, se ilustran por el mecanismo llamado de transición demográfica que “...si se quisiera expresar en forma sintética, se podría decir que la transición demográfica consiste en el paso de altos niveles de fecundidad y mortalidad, a bajos niveles de fecundidad y mortalidad. Este proceso transcurre en un lapso que varía de un país a otro, de una sociedad a otra...⁴⁰²”.

Y en sus análisis estos investigadores precisan que esta transición demográfica se ha experimentado de forma particular: como retardada en el tiempo, casi dos siglos después de lo ocurrido en Europa, pero con una aceleración luego de incorporar los avances del cuidado médico y mejoras en la alimentación, produciéndose el fenómeno en un lapso mucho más corto que en los países desarrollados⁴⁰³. Sin embargo, como lo anota la demógrafa Zamudio, lo importante de señalar es que en este proceso nada es igual para todos, pues “... la fuerte diferenciación social hace del proceso de envejecimiento una experiencia totalmente diferente para cada sector social. Desde el sentido de la edad, y la vivencia del cuerpo, hasta la situación afectiva y la independencia deseada, pasando por la vida activa y productiva, las experiencias de las personas mayores están atravesadas por su origen y pertenencia social...⁴⁰⁴”.

De igual forma, el aumento en la esperanza de vida entre mujeres y hombres no se corresponde con la baja cobertura de la población que recibe pensión, que en nuestro país equivale a tan solo el 26,3% de la población que está por encima de los 60 años.⁴⁰⁵

En ese sentido, vale la pena destacar que en 1985 la expectativa de vida para los hombres estaba en 64,65 años, mientras que para las mujeres se encontraba en 71,52 años. No obstante lo anterior, como es bien sabido, el fenómeno del envejecimiento de las sociedades trae consecuencias directas en el aumento notable de la expectativa de vida, lo cual se evidencia al compararse las cifras expuestas el año 1985, con cifras del año 2015, en donde la expectativa de los hombres aumento a 72,07 años, y la de las mujeres a 78,54 años⁴⁰⁶.

Este asunto también ha sido objeto de análisis por parte del Legislador, quien en la Ley 100 de 1993 estableció la necesidad de actualizar a través de análisis y estudios demográficos, la estructura del Sistema de SS, a la luz de las variaciones en la expectativa de vida; de manera concreta, se hace referencia al parágrafo 5 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁴⁰⁷.

Sin embargo, es necesario destacar que el incremento en la expectativa de vida y el aumento del peso de la población mayor de 60 años son tan sólo dos de los fenómenos demográficos que evidencian la transición que atraviesa Colombia, pues, sin duda alguna, son muchos otros los fenómenos que pueden dar cuenta de este proceso de paulatino envejecimiento de la sociedad, como lo es la evolución de la población de Colombia en los grupos de edad. Según

⁴⁰² BEJARANO ALVARADO, Fernando y ANGULO NOVOA, Alejandro. “Vejez y envejecimiento: una mirada demográfica”. En: Envejecer en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 29-30

⁴⁰³ *Ibid.* p. 31.

⁴⁰⁴ ZAMUDIO CARDENAS, Lucero. “Perspectivas de futuro para la vejez colombiana”. en: Envejecer en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 339

⁴⁰⁵ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Envejecimiento demográfico en Colombia. Op. cit.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Para efectos de dar mayor claridad, a continuación, se cita el parágrafo anunciado: “...**PARAGRAFO. 5º**-En el año 2013 la asociación nacional de actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia...”.

un estudio del Ministerio de Salud y protección social, entre 1985 y 2015 el grupo de edad que sufrió la más drástica variación, fue la población colombiana entre 15 y 59 años ⁴⁰⁸, caracterizado por ser un ciclo de la vida que oscila entre la juventud y la adultez.

De ello dan cuenta, con bastante precisión Fernán Vejarano y Alejandro Angulo, al señalar que “...para el año 2050 habrá por primera vez más adultos mayores de 60 años de edad, que niños menores de 15 años. En el año 2000, los primeros ya eran más que los menores de cinco años...”⁴⁰⁹; Lo cual da cuenta de que nuestro país, y más concretamente nuestra sociedad se encuentra inmersa en el inevitable fenómeno del envejecimiento poblacional.

Lo cierto es que este análisis respecto del envejecimiento de nuestra sociedad cobra un especial valor desde cualquier punto de vista, pues, innegablemente, “... el envejecimiento poblacional tiene consecuencias profundas, variadas y que afectan distintos ámbitos de la vida familiar, social y estatal...”⁴¹⁰. Sin embargo, tal fenómeno de envejecimiento pareciera cobrar aún más relevancia desde la óptica de la “protección social”, pues naturalmente con el paso de los años, se pierden algunas habilidades que podían ser desarrolladas más fácilmente en edades más tempranas; esto se traduce en la disminución de la independencia de aquellas personas adultas, permitiendo con ello la apertura de “relaciones de dependencia” entre los grupos de edad⁴¹¹.

En suma, resulta innegable el hecho de que nuestra sociedad está envejeciendo, y que en consecuencia resulta urgente ofrecer una respuesta a este nuevo fenómeno que requiere una visión diferente de las leyes protectoras a este segmento, mediante la construcción de un enfoque renovado que garantice los derechos y libertades de este grupo de población.

3. La influencia de la edad en los escenarios del trabajo.

El envejecimiento actual de nuestra sociedad debe ser leído de manera integral, esto es, debe realizarse una lectura desde los ya citados ciclos de la vida, pues solo con ello, se logrará entender cuál es la real importancia de garantizar una especial protección en esta etapa final de la vida; hoy en día, la cesación de la vida activa no solo se produce por el acceso a una pensión, sino que se da también por el desempleo y la invalidez.

En ese sentido, es claro que la vejez resulta ser la etapa final de la vida todo ser humano, en donde se recogerá todo lo que fue cosechado con arduo trabajo, durante los años productivos. En ese plano, el trabajo resulta ser un elemento fundamental a la hora de garantizar una vejez digna, pues si lo cosechado corresponde a años de trabajo, desarrollado en óptimas condiciones laborales, con una vinculación laboral regular y acompañado de un conjunto de prestaciones laborales y de una protección efectiva en materia de seguridad social, el resultado directo será una vejez en las mejores condiciones; pero si, por el contrario, el trabajador no logró mantener una suficiente estabilidad laboral y económica a lo largo de sus años productivos, la lamentable consecuencia será una precaria situación en el último ciclo de su vida.

El presente acápite tendrá por objetivo analizar el escenario del trabajo, pues este, sin duda alguna, resulta ser el eslabón directo de lo que corresponderá a una vejez precaria o digna; en ese tránsito, dice Brocas “...existen importantes desigualdades, de otra parte, en la interrupción

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ VEJARANO, Fernán; NOVOA, Alejandro. Vejez y envejecimiento. Op cit., p. 37.

⁴¹⁰ Ibid., p. 43.

⁴¹¹ Ibid.

de la vida activa, según sea asalariado o no asalariado, según se pertenezca al sector privado o público, o se beneficie o no de una prejubilación...⁴¹²”.

En ese sentido, si se desea dar cuenta de las razones concretas del porqué el actual Sistema de SS no se encuentra en capacidad de suplir las necesidades de los sectores con mayores necesidades y que requieren de una protección prioritaria – como las personas que se encuentran en la etapa de la vejez- , lo más apropiado es partir por rastrear los fundamentos directos de dicha situación; cimientos que se encuentra en el mercado laboral, pues ciertamente la situación del actual Sistema de SS, resulta ser un reflejo o consecuencia del inequitativo mercado laboral que caracteriza a nuestra sociedad.

Ahora bien, con el objetivo de acometer un estudio sobre las consecuencias del mercado laboral sobre el escenario de las pensiones, resulta necesario partir por reconocer que naturalmente el escenario en donde por excelencia se presentan mayores desigualdades es el escenario productivo, donde se imbrica el mercado laboral– como fue expuesto en el capítulo XXX-, pues aunque el Estado se haya esmerado por regular las diferentes relaciones laborales que se entretejen en las sociedad actual, lo cierto es que la realidad pareciera avanzar a un ritmo mucho más rápido; lo cual, imposibilita que el Estado logre generar repercusiones concretas en aras de aminorar las brechas de las desigualdades.

Así mismo, es posible señalar que una de las variables que es tenida en cuenta de manera común, como argumento para aplicar un tratamiento diferenciado y discriminatorio a los trabajadores, resulta ser la de la edad, pues, naturalmente, el mercado laboral es un escenario donde la edad ha fungido como criterio en la asignación de trabajo y que en determinados eventos ha dado pie a producir tratos desiguales en los trabajadores y trabajadoras; una muestra de ello, es la reticencia de los empleadores a contratar a trabajadores de edad avanzada y hasta a mantenerles en su empleo⁴¹³; fenómeno que se agudiza con las mujeres de edad avanzada, pues estas parecen ser objeto de una doble discriminación, en tanto, además de que se les subestima en razón a su edad, se les asigna unos roles de forzosa aceptación, relacionados la mayoría de las veces con la llamada “economía del cuidado”, la cual será objeto de especial análisis en el capítulo correspondiente al estudio de la variable del “género”.

A continuación, se dará cuenta de esto con algo más de detalle, haciendo especial énfasis en i) la notoria discriminación de que son objeto los adultos mayores en el acceso al mercado de trabajo; ii) sumado a un breve análisis del desempleo a la luz del criterio de la edad.

i) La desigualdad en el acceso al mercado laboral a la que se ven sometidos las personas de tercera edad.

Al examinar esta situación, se encuentra una mirada negativa sobre los trabajadores mayores de cierta edad (aproximadamente mayores de 55 años), debido a que los cambios empresariales –entre otros- hoy día están enfocados en la evolución de la tecnología y se prefieren trabajadores que por su juventud puedan asimilar la información y resolver problemas técnicos de modo más eficiente de lo que lo harían los trabajadores mayores.

La inestabilidad laboral, asociada a la flexibilización de los horarios y a la tercerización, son actualmente características propias de las relaciones de trabajo que deterioran las condiciones

⁴¹² BROCAS. Op. cit., p. 10.

⁴¹³ OIT. Luchar contra la discriminación en el trabajo: Riesgo de avance. Discriminación por edad: Mayor de 50, ¿y qué? Ginebra: Revista Trabajo núm. 72, 2011. [En línea].

de vida de los trabajadores pero que son llevaderas en mayor magnitud por los trabajadores jóvenes,⁴¹⁸ y, por ello, preferidos por los empleadores, lo cual deja, en últimas, a los trabajadores de mayores edades, relegados y sin oportunidad de incorporarse a un mercado laboral que pareciera pasarlos por alto intencionalmente, negando sus importantes capacidades, y discriminándolos por una única razón: encontrarse en el ciclo de la vejez.

Este tema –edad y trabajo–, fue desarrollado, entre otros eventos, en el primer encuentro del Consejo de Orientación de Pensiones en Francia, en donde se llegó a la conclusión de que en materia cultural se originan estereotipos sobre la edad en la que una persona se encuentra en capacidad de trabajar, y, además, de trabajar de modo eficiente. Allí también se afirmó que, aunada a una sociedad con prejuicios respecto de capacidad laboral de las personas adultas, se encuentra un Estado de Bienestar que incentiva y promulga una cultura de jubilación precoz por medio de la consagración de un atractivo catálogo de derechos sociales; sin embargo, también se identificó que dentro de este proceso de incentivación al reposo, hay algo que el Estado no “pone sobre la mesa” de manera clara, a saber, la estrategia que se esconde detrás: la creación de un círculo vicioso de la inactividad en el fin de la carrera. En otras palabras, el Estado providencia ha “acentuado la lógica de la indemnización (desempleo, invalidez, enfermedad permanente y pre jubilación), a fin de reducir la oferta de trabajo de los grupos con mayores dificultades⁴¹⁴”, generando con ello un Estado de “protección social sin trabajo”. para retomar la expresión de Esping – Andersen⁴¹⁵.

Lo anterior, inevitablemente, ha producido como consecuencia directa el hecho de que los empleadores tengan instrumentos útiles para reducir la masa salarial, despedir a los trabajadores menos productivos y concentrar su capital humano en personas jóvenes, haciendo caso omiso al fenómeno de envejecimiento que se propaga no solo a nivel local sino también mundial. Sin duda alguna, estas maniobras de las actuales empresas desconocen que difícilmente un trabajador de edad mayor podrá adaptarse a las variantes condiciones de trabajo, mientras exista un déficit de formación, y una natural obsolescencia de conocimientos.⁴²¹ En suma, se está dotando de todo un

“arsenal” de herramientas a los empleadores, para dejar a las personas de tercera edad desprovistas de seguridad económica y laboral.

En ese sentido, se tiene como fenómeno globalizado lo siguiente: de un lado, la población está en una transición demográfica que apunta hacia la vejez en mayor medida, y de otro lado, la discriminación laboral contiene tanto factores evidentes de discriminación como factores sutiles⁴¹⁶.

Regularmente los fenómenos de discriminación se han concentrado en el origen étnico, la nacionalidad, las discapacidades y la orientación sexual; todas ellas tienen “... *por características, ser inmutables, en tanto que la edad constituye una variable constante, lo que hace volver difícil la calificación...*”⁴¹⁷. Como lo expresa Boutayeb, esa fuerte variabilidad

⁴¹⁴ Ibid. p. 40.

⁴¹⁵ GUILLEMARD, Anne Marie. Les enseignements des comparaisons internationales. Age et travail : un axe de réflexion essentiel pour l’avenir des retraites. París, 2001. p. 39.

⁴¹⁶ OIT. Hora de la Igualdad en el trabajo. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo- 91 reunión, 2003. [En línea].

⁴¹⁷ BOUTAYEB. Chahira. Singularité et ambivalence de la discrimination a raison de l’âge en droit de l’Union Européen. . Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne. 2016, p 114.

hace que la edad como criterio discriminatorio sea combatido de manera tardía, dado que ella queda cobijada por la prohibición general de toda forma de discriminación. Sin embargo, dice la académica que dadas las dificultades económicas por las que atraviesa una sociedad, se acentúa la vulnerabilidad de ciertas categorías de personas, ya fragilizadas como son las personas mayores de más de 55 años⁴¹⁸, los ciudadanos inactivos⁴¹⁹, las mujeres⁴²⁰ y los inmigrantes.

La autora agrega que en ese contexto “...el uso creciente en los años 2000 por la jurisprudencia de la noción de discriminación por edad es el fruto de dos dinámicas que encuentra la una y la otra, su origen en el nivel europeo...⁴²¹”. Una de ellas surge por el nivel de empleo de los seniors en el marco de una estrategia para el empleo; la otra surge del proceso antidiscriminatorio que se fundamenta en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, que genera la directiva 2000/43/CE, la cual prohíbe toda discriminación basada en raza o en el origen étnico, en el dominio del empleo, en el acceso a la protección de la salud y la seguridad social, lo mismo que a otros bienes y servicios; surge posteriormente la directiva 2000/78/CE, que crea un marco general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo. Vale la pena referenciar que la ruta de la jurisprudencia de la discriminación en razón de la edad aparece con la sentencia Mangold⁴²², donde se concretiza la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo, y precisa la investigadora de la Universidad de Paris Sorbonne “...lo que la Corte pretende, al considerar el principio de no discriminación en función de la edad, es un principio general del derecho de la Unión, que se deriva del principio general de igualdad de trato, el cual constituye en resumen una aplicación específica...⁴²³”.

ii) Desempleo por estructura de edades.

Ahora bien, teniendo en cuenta la información precedente, resulta necesario dar cuenta de la situación actual de las personas que se encuentran inscritas en el ciclo de la vejez; ello, con el objetivo de identificar si – como ha de esperarse- estas personas son objeto de discriminación laboral y, en consecuencia, destinatarios urgentes de medidas estatales que garanticen de manera efectiva su protección social, pues bien sabido es que la calidad de vida de los últimos años depende en gran – sino es, en única- medida, de los resultados obtenidos a lo largo de la vida al haber participado en el mercado laboral.

En tal sentido, entre los segmentos de población joven y la población mayor de 60 años se presentan algunas particularidades que vale la pena destacar; desde ese enfoque, según Fedesarrollo “...Las cifras muestran que en Colombia más del 30% de la población mayor de 60 años y el 7% de la población mayor de 80 años aún trabaja, porcentajes notablemente superiores a los observados en países desarrollados...⁴²⁴”, lo cual da cuenta de que en nuestro

⁴¹⁸ BOUTAYEB citando a las recientes cifras publicadas sobre desempleo por el Índice Global Age Watch” (Fondo de Naciones Unidas para la población) et, Help Age, 2014.

⁴¹⁹ Ver BOUTAYEB.” *De l'accès des citoyens inactifs de l'union aux prestations d'assistance sociale des Etats membres de accueil*” RDSS 2013, P 1039.

⁴²⁰ Ver Sentencia CJCE, 15 de junio de 1978. Caso Sabena, aff. 149/77, REC. 1365. En Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne. 2016, p 116.

⁴²¹ BOUTAYEB. Op Cit p, 116.

⁴²² CJCE, 22 de noviembre de 2005. Mangold, aff. C-144/ 04, Rec p. I.9981.

⁴²³ BOUTAYEB. Op Cit p, 118.

⁴²⁴ FEDESARROLO. Informe Mensual del Mercado Laboral: La población mayor en el mercado laboral colombiano. Op. cit.

país la llamada “vejez” no pareciera ser una etapa de reposo, sino por el contrario de intensa actividad laboral, que no cuenta con un marco regulatorio de cara a una política de empleo y de trabajo. Así mismo. Fedesarrollo destaca lo siguiente:

“...De acuerdo con los resultados de la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) de 2013, la tasa de ocupación de la población mayor es de 33,1%, 21,8 puntos porcentuales (pps) por debajo de la tasa de ocupación total del país. En el caso de los hombres, el nivel de ocupación en todos los grupos etarios es mayor en las zonas rurales que en las urbanas, sin embargo, esta diferencia se amplía en la población mayor de 60 años. Por el contrario, en el caso de las mujeres, la tasa de ocupación rural es notablemente inferior a la urbana hasta los 60 años, punto a partir del cual la tendencia se revierte...⁴²⁵”.

Lo más lamentable es la alta desprotección de los adultos mayores, pues resultan ser estos quienes se encuentran más expósitos a la informalidad laboral; sobre este punto Fedesarrollo destaca lo siguiente:

“...La tasa de informalidad de la población mayor (después de la edad de jubilación) es más grande que la de los otros grupos etarios, lo cual sugiere que aunque las personas hayan hecho parte del sector formal durante gran parte de su vida laboral, cuando llegan a la vejez se les dificulta mantenerse empleadas formalmente. En efecto, las personas mayores de 50 años presentan tasas de informalidad cercanas al 81%...⁴²⁶”

Esta situación pone de relieve que el desempleo se encuentra mayormente concentrado en la población mayor de 60 años, circunstancia que no involucra que sea un grupo laboralmente inactivo, pues si bien no implica una remuneración económica, si es posible afirmar que la mayor parte de la población mayor de 60 años se mantiene laboralmente activa en tanto que invierte su tiempo en mantener sus hogares, estar a cargo del cuidado de los nietos, entre otras labores.⁴²⁷ De ellos, “un tercio de los ancianos está ocupado y entre ellos el 25% tienen solo empleos temporales y el 21% de tiempo parcial”⁴²⁸ este fenómeno tiene su razón de ser en que “cerca del 50% de los nuevos enganches en las empresas privadas se reclutan entre menores de 25 años y el 70% entre menores de 30. Solo el 17% entre personas de 35 años o más.”⁴³⁵

Esta conducta generalizada por los empleadores, se acompaña de la inminente vulnerabilidad de la mayoría de la población mayor de 60 años que no tiene una fuente de ingreso; sobre este punto Fedesarrollo señala que “...En cuanto a los ingresos que perciben las personas mayores, las cifras muestran que el 76,9% no recibe ingresos, el 3,6% recibe menos de un salario mínimo legal vigente (SMLV), el 9,8% entre uno y menos de dos SMLV y el 9,7% dos o más SMLV...⁴²⁹”; así mismo, en lo que respecta a la obtención de la pensión, vale la pena destacar que:

“...En cuanto a la composición de los ingresos de las personas mayores, se evidencia que los ingresos laborales tienen la mayor participación, incluso por encima de los pensionales, lo que muestra la importancia del trabajo después de la edad de jubilación. Pese a que los ingresos laborales comienzan a disminuir luego de los 60 años, siguen teniendo una participación importante, aún en las personas mayores de 70 años. Aunque los ingresos pensionales aumentan a partir de la edad de jubilación, no lo hacen en una proporción

⁴²⁵ Ibíd. p.8.

⁴²⁶ Ibíd. p 4.

⁴²⁷ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL. Diagnostico preliminar sobre personas mayores, dependencia y servicios sociales en Colombia. Bogotá: Ministerio de Salud, 2010.

⁴²⁸ LOPEZ, Hugo. La vejez urbana en Colombia. Medellín: FAUS- FESCOL, 1992.

⁴²⁹ Fedesarrollo, Op Cit. p. 5.

suficiente para superar a los ingresos laborales. Al analizar estos resultados por género, se evidencia que para todos los grupos etarios el ingreso total es mayor en los hombres que en las mujeres. Sin embargo, las mujeres reciben unos ingresos no salariales mayores (...) Por el contrario, en el caso de los ingresos pensionales, estos son mayores en los hombres que en las mujeres, debido a que un menor porcentaje de mujeres que de hombres se pensiona, y a que las mujeres se pensionan con montos inferiores a los de los hombres, lo cual se explica por los menores ingresos que reciben a lo largo de su vida laboral...⁴³⁰”.

El panorama expuesto hasta este punto permite aseverar que, indudablemente, la vida laboral es el eslabón de la desigualdad, que, a su vez, resulta ser el principal factor condicionante de lo que será una vejez digna, concretizada en el acceso a una pensión que garantice seguridad económica en una etapa en donde los seres humanos son mucho más vulnerables, trabajan menos y en consecuencia reciben menos ingresos.

4. La edad como uno de los criterios sine qua non para predicar la causalidad de la pensión.

Como pudo evidenciarse, en Colombia la protección social al grupo poblacional mayor de 60 años, que corresponde al de la etapa de vejez, se encuentra impregnado por una notable violación al derecho a la igualdad, que se concretiza en la desigualdad en las fuentes de ingreso y en el acceso al mercado laboral, más aún, si se tiene en cuenta la variable género; lo que conduce a una reproducción de las desigualdad en materia pensional, pues ciertamente la seguridad económica que se tiene en la vejez corresponde al reflejo de lo que fue la vida laboralmente activa de una persona.

Como se ha dado cuenta, el conjunto de factores descritos, conlleva a que los adultos mayores encuentren bastante dificultoso el acceso al derecho fundamental a la pensión de vejez. De igual manera, es necesario tener en cuenta que estas desigualdades se desarrollan en el contexto del natural envejecimiento de la población, el cual, a su vez, genera problemas de distribución de los recursos y del gasto público, haciendo viable el replanteamiento de las fuentes de financiación de la pensión de vejez, o más genéricamente de la protección a los adultos mayores.

En cuanto a la pensión de vejez, es claro que esta requiere de una delimitación muy precisa respecto del momento en el cual una persona puede considerarse como “adulta mayor”. Ante la evidente necesidad de fijar con asertividad esta variable, se considera que se tenga en cuenta que la vejez es un evento natural, que se encuentra inescindiblemente ligada al hecho de que la sociedad cambia y, por tanto, su expectativa de vida también. Es por eso, que los estados no deberían adoptar un único modelo de protección, sino que debería observarse las particularidades de la sociedad, por lo menos en cada decenio, en aras de garantizar una mayor correspondencia entre la realidad social, y las normas del trabajo y de la seguridad social.

Para finalizar este acápite, vale la pena hacer una reflexión en torno al concepto de solidaridad, pues es necesario generar la apertura a una re conceptualización de este principio, en aras de garantizar una efectiva protección social a aquellas personas que se encuentran en el último ciclo de la vida; este concepto apunta al establecimiento de una conciencia general sobre la importancia de la solidaridad intergeneracional, como una herramienta para garantizar no solo armonía social, sino dignidad social.

⁴³⁰ Ibid., p 5.

7.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y JUICIO DE RAZONABILIDAD DE LA VARIABLE EDAD.

En las siguientes páginas se realizará un ejercicio práctico de razonabilidad y proporcionalidad de una medida legislativa en materia de seguridad social, y de manera más concreta, tal ejercicio versará sobre la variable “edad”, una de las varias que hacen parte de los componentes estructuradores del Sistema de Seguridad Social en nuestro país.

En ese sentido, para cumplir a cabalidad tal objetivo, se optará por desarrollar dos juicios analíticos individualizables y diferenciados en acápites diferentes, a saber: (1) un juicio de proporcionalidad, y (2) un juicio de razonabilidad. Estas dos herramientas metodológicas, usadas para el acercamiento al debate sobre la pertinencia de una medida legislativa- pese a que parten de puntos analíticos bastante diferentes-, han sido aplicadas por la Corte Constitucional colombiana en significativas decisiones.

Para el caso del primer tipo de juicio- el de “proporcionalidad”- es posible rastrear una marcada influencia de la jurisprudencia alemana, italiana y española, sumadas a la producción jurisprudencial desarrollada por la Corte Europea de los derechos del hombre y la Corte Europea de Justicia, las cuales han cimentado esta metodología analítica como una válida estrategia de argumentación y análisis jurídico⁴³¹. Tal juicio de proporcionalidad obedece a un ejercicio de ponderación entre normas o valores que se contraponen en un caso concreto, y que se circunscribe

en la lógica de principios jurídicos seguidos en el sistema del “*civil law*”.

El segundo de tipo de herramienta analítica- el juicio de razonabilidad- tiene una fuente completamente diversa a la del juicio de proporcionalidad, puesto que encuentra sus bases en otro sistema jurídico, a saber, el del “*common law*”. Pero, además de esto, también tiene un objeto diferente, lo cual lo define como un tipo de juicio más especializado, cuyo análisis se centra en el principio de igualdad. De manera concreta, el “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la imperativa pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? Esta herramienta analítica ha sido utilizada por Cortes como la Corte Suprema de Estados Unidos⁴³², la cual ha sostenido que los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones diferenciadoras, establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad⁴³³.

⁴³¹ Para observar con mayor amplitud la manera en que es desarrollado tal juicio en los escenarios expuestos, es posible acudir a las siguientes referencias: SCACCIA, Gino. *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano:EditorialGiuffrè.2000; ELLIS, Evelyn. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford:UniversityofOxford;yARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *TheMarginofAppreciationDoctrine andthePrincipleofProportionalityintheJurisprudenceoftheECHR*, New York: Intersentia, 2002.

⁴³² Muestra de la jurisprudencia norteamericana en donde se ha aplicado esta herramienta metodológica, es la siguiente: McLaughlin v. Florida. 379 U.S. 184, 191 (1964). Citado por Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. The Foundation Press. Mineola, New York, 1988. p. 1440

⁴³³ En Colombia, la aplicación de este juicio de razonabilidad tuvo como sentencia fundadora, la sentencia T-230 de 1994 de la Corte Constitucional, seguida posteriormente por la sentencia C-022 de 1996.

En suma, es posible afirmar que la Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad, como lo son : “...*(1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original “juicio integrado de igualdad”⁴³⁴, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas...⁴³⁵”.*

El presente escrito tendrá por objetivo materializar los dos primeros “juicios” a una sentencia concreta en materia de seguridad social, decidida por la Corte Constitucional colombiana, a saber, la sentencia C-451 de 2005.

RESEÑA DE LA SENTENCIA C – 451 DE 2005.

En las líneas siguientes, se expondrá un ejercicio práctico del primer juicio analítico anunciado precedentemente, el cual se desarrollará a través de un hipotético juicio de proporcionalidad aplicado a la sentencia C- 451 del año 2005 emitida por la Corte Constitucional el 3 de mayo de 2005, y cuya magistrada ponente fue la jurista Clara Inés Vargas Hernández. Sin embargo, antes de iniciar con el análisis y la exposición argumentativa correspondiente, en las líneas siguientes se hará una síntesis de lo discutido en aquella ocasión por esta Corporación, en aras de contextualizar el ejercicio propuesto en las páginas siguientes.

Así pues, el debate puesto sobre la mesa en esta sentencia, parte de la demanda interpuesta por el ciudadano Eduardo Parménides Palacios Hernández, quien, en acción pública de inconstitucionalidad, le solicitó a la Corte Constitucional la declaración de inexecutable parcial del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que reza así:

“Artículo 13.

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993...”.

Los argumentos expuestos por el accionante versan sobre la eventual afectación a los derechos de la igualdad, la familia y la seguridad social. En su parecer, lo acusado desconoce el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, porque es una tipificación consagrada en razón de la edad del hijo beneficiario lo cual resulta discriminatorio frente a los demás beneficiarios señalados en la misma disposición legal. Además, limita el derecho del hijo

⁴³⁴ El cual pese a ser bastante interesante, al representar una mixtura constructiva de los dos anteriores, no será objeto de estudio en el presente texto, puesto que el objetivo principal del mismo es susceptible de ser recogido en los otros dos tipos de “juicio”.

⁴³⁵ BERNAL PULIDO. Op. cit.

beneficiario de continuar en el sistema de seguridad social sobre el mismo derecho y ante la misma norma que salvaguarda a los demás beneficiarios.

Considera que también vulnera el artículo 42 que establece la protección constitucional de la familia, pues si conforme al mandato superior los hijos hacen parte del núcleo familiar y sus derechos se basan en la igualdad ante la ley, *"la expresión acusada se torna discriminatoria en pro de la edad, no obstante, me pregunto ¿esa relación filial de la familia es de edad? y el hijo deja de ser hijo a los 25 años?"*.

Igualmente, en su criterio lo impugnado vulnera el artículo 48 de la Constitución sobre el derecho a la seguridad social, especialmente en lo que tiene que ver con el principio de universalidad, pues si este principio se define como la garantía de protección para todas las personas *"sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida"* se están excluyendo a los hijos beneficiarios mayores de 25 años del derecho a la seguridad social que tienen carácter irrenunciable.

Una vez analizado todo el caso concreto, la Corte consideró que, aunque si hay una desigualdad en los supuestos emanados de la norma, tal desigualdad no es injusta, y por ello resulta ser completamente justificable. En opinión de la Corporación, para poder garantizar un real y eficaz ejercicio del derecho a la igualdad, no es posible dar un tratamiento igual a situaciones fácticas diferentes- como la presentadas en este caso-; y por ello, termina por concluir que no es razonable equiparar la situación de hijos menores y/o incapacitados con las situaciones de hijos mayores y capacitados; conservando así en su decisión la validez del enunciado normativo demandado, al considerarlo como "Exequible".

Ahora bien, a continuación se expondrá el "Juicio de proporcionalidad" hecho a la sentencia C-451 de 2005, tomando para ello como base el modelo argumentativo propuesto por el Jurista Carlos Bernal Pulido en su texto "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales".

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD- SENTENCIA C – 451 DE 2005.

1. SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD.

Este sub principio representa el punto de partida del juicio de proporcionalidad, mediante el cual se materializa el primer filtro de todo un complejo proceso que tiene por objetivo último identificar la legitimidad de una intervención legislativa que es analizada en razón a ser presuntamente considerada como "restrictiva" de un principio o derecho fundamental. Esto en aras de establecer si resulta o no proporcional que se dé una posición prevalente a la medida legislativa, a pesar de que, eventualmente, restrinja algún derecho o derechos en virtud de que, a la vez, resulta garante de principios que para el caso concreto ostentan una mayor relevancia.

De manera concreta, lo que el sub principio de idoneidad busca auscultar es si la intervención, esto es, la medida legislativa analizada, - con independencia de que presuntamente restrinja de alguna manera el derecho que le es contrapuesto, y por el cual se lleva a cabo todo este estudio argumentativo- es o no adecuada para contribuir a la obtención de algún o algunos otros fines constitucionalmente legítimos.

Este principio ordena que, para lograr la consecución de tal fin, es necesario que se cumplan dos exigencias, a saber: "... (1) *En primer lugar que se tenga un fin constitucionalmente*

*legítimo, y (2) en segundo término, que la intervención sea idónea para fomentar la obtención de dicho fin...*⁴³⁶”.

A continuación, se analizará cada una de estas exigencias por separado.

1.1 LEGITIMIDAD DEL FIN QUE FUNDAMENTA LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL.

Cuando se habla de la legitimidad del fin, se hace referencia a un ejercicio de verificación en donde se debe observar “...*si el fin que el Parlamento pretende fomentar puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional, (...) analizando la capacidad que tiene el medio escogido por el parlamento para fomentar su finalidad...*”⁴³⁷ En últimas, lo que se busca es realizar un análisis de la relación entre el medio legislativo y su fin.

Para desarrollar exitosamente tal análisis, el primer paso a seguir es (A) la identificación clara del fin que la ley pretende fomentar, para (B) posteriormente llevar a cabo un ejercicio de verificación, en donde se corrobore que tal fin, efectivamente, si se trata de un fin constitucionalmente legítimo. Estos dos últimos elementos corresponden a la base sobre la cual se edificará todo el análisis de ponderación.

1.1.1 Identificación y clasificación de los fines perseguidos con la norma.

Con respecto al primer elemento de análisis, - el fin- debe tenerse en cuenta que este es susceptible de ser analizado desde un doble punto de vista, ya sea como “fin mediato” o como “fin inmediato”.

La correcta determinación del fin mediato e inmediato de la intervención legislativa resulta vital para el buen desarrollo de esta primera fase del juicio de idoneidad, pues teniendo claros estos dos tipos de fines perseguidos por la norma, posteriormente se podrá analizar cuan idónea es ésta para la obtención del fin.

Ahora bien, sobre las definiciones de tales fines se encuentra que “... *el fin inmediato del legislador es un estado de cosas factico o jurídico, que debe alcanzarse debido a estar ordenado por un principio constitucional, a saber, el fin mediato...*”⁴³⁸.

Lo que se busca con este ejercicio de “decantación” del enunciado normativo, es “...*diferenciar claramente entre la medida adoptada por el legislador (el medio), su finalidad concreta (el fin inmediato) y el principio constitucional de primer o segundo grado al que esta finalidad pueda adscribirse (el fin mediato) ...*”⁴³⁹.

En las líneas siguientes se hace la identificación de cada uno de estos tres elementos:

a. Medio.

El medio usado en el presente caso corresponde al aparte del literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003, que expresamente consagra el término “*hasta los 25 años*”. La edad contenida en esta expresión representa la edad límite hasta la cual los hijos beneficiarios de la

⁴³⁶ BERNAL PULIDO. Op. cit., p. 875.

⁴³⁷ *Ibíd.* 876.

⁴³⁸ BERNAL PULIDO. Op. cit., p. 907.

⁴³⁹ *Ibíd.* p. 909

pensión de sobrevivientes podrán gozar de ella; con independencia de si estos una vez cumplidos los 25 años se encuentran desarrollando algún tipo de estudios⁴⁴⁰⁴⁴⁷.

b. Fines inmediatos —————> Un hecho.

El fin inmediato de la norma en cuestión, es excluir a los hijos del causante, que sean capaces y mayores de 25 años, de aquella situación del disfrute económico de la pensión de sobrevivientes; (Cabe anotarse, sin que evidentemente ello implique, excluirlos por completo del sistema de Seguridad Social.)

c. Fines mediatos —————> una norma.

1. El primer fin mediano perseguido por la norma, al establecer una edad límite para disfrutar de la pensión de sobrevivientes es hacer posible que los recursos de la seguridad social lleguen a quienes realmente los necesitan, esto es, a las personas del grupo familiar que han quedado desprotegidas a raíz de la muerte del progenitor o a sujetos externos carentes de recursos. Se permite, entonces, dar cumplimiento con esto a los principios constitucionales

de eficiencia, universalidad y solidaridad (artículo 48 de la Constitución Política), sobre los cuales debe edificarse el derecho a la seguridad social.

Como una consecuencia directa de la puesta en práctica de este fin, se obtiene la posibilidad de “redistribuir” los recursos del Sistema de Seguridad Social (de ahora en adelante Sistema de S.S); de tal manera que aquellos rubros que inicialmente serían destinados a estos jóvenes que cuentan con plenas capacidades, podrían ser invertidos en sectores que necesiten de los mismos recursos, pero de una forma mucho más apremiante y urgente. Con ello, se da pleno cumplimiento no solo a los *principios base* que sostienen el Sistema de S.S, sino que también se materializa la justicia y la pretensión de corrección que debe perseguir el derecho, al concedérsele prioridad a la correcta distribución o a la correcta compensación; siendo el presente caso una aplicación clara, de una correcta distribución de los recursos⁴⁴¹.

2. El segundo fin mediano de la norma, es hacer efectiva la igualdad material (Artículo 13 de la Constitución Política).

Antes de ahondar en la manera en que este principio se concretiza en la aplicación de la medida legislativa base, resulta necesario delimitar conceptualmente el término “igualdad material”, a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En sentencia T-432 de 1992, la Corte Constitucional determinó que “...*El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la*

⁴⁴⁰ Resulta importante anotar que el presente “Juicio de proporcionalidad” solo versará sobre los hijos capaces mayores de 25 años, pues sobre los hijos mayores de 25 años pero incapaces la Corte Constitucional colombiana ya se pronunció en Sentencia T-014 del 2012, en donde afirmó que “La pensión de sobrevivientes para hijos en condición de discapacidad procede, siempre y cuando la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral sea anterior a la fecha del deceso del trabajador”; fijando con este pronunciamiento una protección clara a los hijos mayores de 25 años discapacitados, a quienes solo se les exige que cumplan con el requisito base para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a saber: la dependencia económica de sus padres

⁴⁴¹ ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia, Op. cit., p. 16.

generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad...⁴⁴²”

Algunos años después, en la sentencia T-262 de 2009, afirmó que la igualdad material constituye un “... nuevo paradigma constitucional que ha reorientado la forma clásica de aplicación del derecho basada en la noción de igualdad formal -todos son iguales ante la ley-, por una preocupación del juez constitucional de verificar, en cada caso concreto, las reales circunstancias en que se encuentran quienes reclaman protección judicial, así la igualdad abstracta se ha superado por una igualdad material que se construye a partir de las condiciones particulares...⁴⁴³”

Posteriormente, en la sentencia T-890 del 2014, la Corte Constitucional estableció las implicaciones concretas de la dimensión material del principio de la igualdad, al afirmar que:

“...la dimensión material del principio constitucional de igualdad se conoce también con el nombre de equidad y aboga por tomar en consideración las circunstancias particulares de los distintos sujetos a la hora de tomar decisiones estatales en el nivel de política pública, política legislativa, adjudicación judicial, entre otros espacios. El principio de equidad busca prevenir la adopción de determinaciones que puedan resultar irrazonables o desproporcionadas desde el punto de vista de las circunstancias particulares de los administrados, por lo que abandona una concepción puramente formal del ordenamiento jurídico...⁴⁴⁴”

Ahora bien, una vez hecha la delimitación conceptual del principio de igualdad material a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de los principios rectores de nuestro actual Estado social y democrático de derecho, es necesario concatenar dicha conceptualización con el presente caso. En ese sentido, es claro que la medida legislativa base- el literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 - garantiza que los hijos menores de edad y los incapacitados no sean tratados de igual manera en relación con los mayores y plenamente capaces; pues, es claro, que si se persigue la consecución de una igualdad real y efectiva, no es posible dar un tratamiento normativo igual a situaciones fácticas que son sustancialmente y abiertamente diferentes, como lo es la edad y la capacidad física y mental de las personas, o de los hijos para ser más concretos.

1.1.2 Corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

Antes de comenzar con este análisis, es necesario delimitar la manera en que debe seguirse dicho estudio de la legitimidad. En ese sentido, se debe tener en cuenta que: “... *el fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental debe ser considerado como*

⁴⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 432 de 1992 .25 de junio de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón. Sala de revisión N° 6.

⁴⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-262 de 2009. 3 de abril de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sala de revisión N° 3.

⁴⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-890 de 2014. 20 de noviembre de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. Sala de revisión N° 1.

un fin legítimo cuando no está prohibido explícita o implícitamente en la Constitución...⁴⁴⁵”; Sin embargo, tal análisis de legitimidad debe ser realizado bajo un criterio no restrictivo.

Lo anterior implica que la legitimidad “... *no debe ser concebida de modo positivo, con respecto a lo prescrito por la Constitución- es decir mediante la fórmula: El legislador solo puede perseguir legítimamente los fines estatuidos en el texto constitucional-, sino de una manera negativa, o sea: cualquier fin legislativo es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución...⁴⁴⁶”.* Claramente esta concepción negativa de la legitimidad de los fines legislativos se deriva así mismo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, la cual permite que en últimas “...*la finalidad de toda ley de intervención en los derechos fundamentales debe reputarse constitucionalmente legítima, a menos que se demuestre lo contrario, es decir que se disponga de evidencias suficientes de que la Constitución prohíbe expresa o tácitamente el objetivo que el Parlamento persigue...⁴⁴⁷”*

Además de lo anterior, es importante anotar que tanto las prohibiciones expresas o implícitas de los fines legislativos pueden tener carácter definitivo o *prima facie*. Sobre las primeras no hay ninguna duda en cuanto a su tajante prohibición; mientras que respecto a las segundas se puede presentar el evento de que ciertos fines legislativos no ostenten una legitimidad tan nítida o que, eventualmente, dejen de gozar de la misma por alguna razón. Sin embargo, al estar en presencia de un caso en donde la legitimidad del fin legislativo sea dudosa porque existe una prohibición *prima facie*, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley⁴⁴⁸.

A continuación, y con base en todo lo descrito en las líneas precedentes, se analizará si los fines legítimos están o no prohibidos (análisis que será hecho desde la ya expuesta “concepción negativa de la legitimidad de los fines legislativos”) expresa o tácitamente por la Constitución Política.

a. Fin inmediato- Excluir a los jóvenes mayores de 25 años (Hijos del causante) del disfrute económico de la pensión de sobrevivientes: del texto constitucional no se desprende de manera alguna, ningún enunciado que prohíba ni expresa ni tácitamente esta exclusión de los jóvenes mayores de 25 años del disfrute de la pensión de sobrevivientes.

Fines mediatos:

a. Protección de los principios del Sistema de Seguridad Social- eficacia, solidaridad y universalidad: en el texto constitucional, no se prohíbe la aplicación de estos principios, sino que por el contrario constituyen características definitorias y orientadoras del manejo de los recursos del sistema de seguridad social.

b. Protección del principio de la igualdad material: este fin mediato no encuentra prohibición expresa ni tácita en el texto constitucional, sino que por el contrario representa uno de los principales y más característicos principios de la Constitución Política de 1991, pues para el caso concreto mal haría el legislador en sopesar como iguales situaciones que son abiertamente diferentes como las de (a) los hijos menores de edad y los hijos discapacitados, respecto de (b) los hijos con capacidad plena mayores de 25 años.

⁴⁴⁵ BERNAL PULIDO. Op.Cit.p. 878.

⁴⁴⁶ *Ibíd.* p. 881.

⁴⁴⁷ *Ibíd.* p. 882.

⁴⁴⁸ *Ibíd.* 884-889.

1.2 IDENTIFICACIÓN DE LA IDONEIDAD DE LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA CON RELACIÓN AL FIN INMEDIATO.

Esta segunda etapa del principio de idoneidad se pregunta sobre la naturaleza de la relación existente entre la medida legislativa y el fin inmediato, con el objetivo de analizar si la medida adoptada por el Parlamento guarda o no una relación positiva *de cualquier tipo* con su fin inmediato. En otras palabras, indaga si la medida tomada es o no útil para facilitar la realización de los fines inmediatos “de algún modo”⁴⁴⁹, es decir con independencia del grado de eficiencia, rapidez, plenitud y seguridad en que lo haga.

Evidentemente, de la definición expuesta en el párrafo precedente, se desprende que este análisis debe ser desarrollado con unos filtros muy sutiles y poco exhaustivos, tal como se llevó a cabo el estudio de legitimidad del fin. En ese sentido, no es errado afirmar que este análisis concuerda con una visión negativa, según la cual “...una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su finalidad...”⁴⁵⁰.

Para proceder con lo ya expuesto, resulta necesario traer de nuevo a escena, al fin inmediato, a saber:

“Excluir a los jóvenes mayores de 25 años (Hijos de los causantes) del disfrute económico de la pensión de sobrevivientes”.

Es claro que la intervención legislativa si es idónea para la consecución del fin inmediato, pues haciendo el análisis de la idoneidad de la medida desde un punto de vista débil- que corresponde al solicitado en esta primera fase-, evidentemente no se puede afirmar que la medida no contribuya de ningún modo a la realización del fin; por el contrario, “el medio”- literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003- , si garantiza una exclusión efectiva del disfrute de la pensión de sobrevivientes de los hijos mayores de 25 años; ya que una vez estipulada todos aquellos hijos que antes de cumplir los 25 años disfrutaban del beneficio de la pensión de sobrevivientes, al cumplir los 25 años percibirán los efectos directos de la norma sobre su patrimonio, puesto que advertirán inmediatamente el cese del disfrute del beneficio pensional, al ser ellos los destinatarios directos del enunciado normativo, y recaer sobre ellos la consecuencia jurídica del mismo.

Siguiendo la línea argumentativa propuesta por el jurista Carlos Bernal Pulido, es posible afirmar que: La expresión “hasta los 25 años” del literal c del artículo 47 de la Ley 797 de 2003 guarda una relación de causalidad positiva con el fin inmediato que persigue, pues conduce a un estado de cosas, en el que la realización de dicho fin se ve aumentada, en relación con el estado de cosas que existía antes de la existencia de esta norma⁴⁵¹.

Por esta razón, si tal expresión normativa no existiera, no se produciría un aumento en la realización del fin inmediato; dicho esto en sentido contrario, la expedición del *literal c del artículo 47 de la Ley 797 de 2003 probablemente constituya un factor importante para aumentar la posibilidad de hacer real la exclusión de los jóvenes mayores de 25 años (hijos de los causantes) del disfrute económico de la pensión de sobrevivientes.*

⁴⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit., p.111.

⁴⁵⁰ BERNAL PULIDO. Op.Cit.p. 917.

⁴⁵¹ Ibid., p. 920.

2. SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD.

El sub principio de necesidad, corresponde a la segunda etapa que se debe analizar en el desarrollo del “Juicio de proporcionalidad”, en donde el elemento protagonista no será el fin perseguido por la norma, sino su “opuesto” es decir “el” o “los” eventuales derechos intervenidos, si se tratase de más de uno (nominados de aquí en lo que sigue como *derecho fundamental intervenido*), que se ven conculcados con la aplicación de la medida legislativa. En ese sentido, tal sub principio busca que “...toda medida de intervención en los derechos fundamentales sea la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto...⁴⁵²”.

Con base en la definición anterior, es posible afirmar que el análisis de necesidad es una comparación entre medios, en donde se debe examinar si alguno de los medios alternativos logra cumplir las siguientes dos exigencias, a saber: “... (1) debe revestir por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última, y (2) en segundo lugar, debe afectar negativamente al derecho fundamental en un grado menor...⁴⁵³”.

Ahora bien, ya desarrollado todo el análisis conceptual sobre las implicaciones genéricas de la aplicación del sub principio de necesidad, es momento de pasar a la parte práctica, no sin antes identificar lo que corresponde el elemento central, sobre el cual se desarrollara toda la siguiente argumentación, a saber, el *derecho fundamental intervenido*, es decir la “otra cara de la moneda” que se vería afectada con la aplicación de la medida legislativa.

Ciertamente, y para efectos prácticos de reducir el debate a un solo elemento, es posible afirmar que pese a que el actor esgrime la violación o afectación de tres *derechos fundamentales, intervenidos* por la medida legislativa, lo cierto es que la argumentación hecha por el mismo respecto de los dos primeros derechos - el principio de igualdad y el derecho a la familia- sirve de base para sostener el que verdaderamente es el elemento central de la discusión, a saber al derecho de “acceso a la seguridad social”, en sentido muy amplio.

Esto se afirma en razón a que, - como ya ha sido analizada - la consecuencia directa de la aplicación de la medida legislativa base - el *literal c del artículo 47 de la Ley 797 de 2003*-, resulta ser la exclusión de los hijos mayores de 25 años del beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por ello, es claro que si se desea encontrar la *génesis* del presente debate, se debe acudir a analizar los efectos directos del enunciado normativo, que en pocas palabras corresponde a la exclusión de los hijos mayores de 25 años del Sistema de S.S; con lo cual es posible dilucidar con mucha más nitidez, que lo que persigue el actor es lo opuesto a la “exclusión” del sistema”, a saber su inclusión en este, la cual para el caso concreto se manifiesta en la permanencia en el mismo, pues en esta situación particular se está haciendo referencia a personas que ya venían disfrutando de la pensión de sobrevivientes, y no de personas que no gozan de esta modalidad de pensión, y desean obtener la misma.

En ese orden de ideas, de ahora en adelante cuando se haga referencia al *derecho fundamental intervenido*, la discusión en términos generales se circunscribirá exclusivamente al derecho de

⁴⁵² BERNAL PULIDO. Op.Cit.p. 932.

⁴⁵³ Ibid., p. 935.

acceso a la seguridad social, siendo este el argumento base del cual se dependen los otros eventuales derechos conculcados, a saber, la familia y el principio de igualdad.

2.1 ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD EQUIVALENTE O MAYOR DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.

Esta primera parte del análisis de sub principio de necesidad busca responder a la siguiente pregunta: ¿la finalidad perseguida por la norma habría o no podido ser fomentada con una intensidad igual o mayor en caso de haberse adoptado un medio alternativo diferente?; analizándose siempre esto, respecto al fin inmediato y no en relación al fin mediato de la intervención legislativa⁴⁵⁴.

Para dar respuesta a la anterior pregunta, se debe hacer un proceso de selección de los medios alternativos; selección que es netamente empírica, esto es a través de hipótesis, pues a diferencia de la medida legislativa, los medios alternativos no han sido nunca adoptados en la práctica⁴⁵⁵, sino que corresponden a escenarios jurídicos de aplicación hipotética.

Atendiendo a esto, se hará el análisis del sub principio de necesidad, tomando en cuenta dos posibles medios alternativos- del enorme abanico de posibilidades existentes- que han sido seleccionados en razón a que, razonablemente, podrían constituir otras formas lógicas de satisfacer el fin inmediato. Estos medios son:

- a) Reconocer una indemnización a los hijos mayores de 25 años en razón al hecho de ser excluidos de la posibilidad de recibir los beneficios de la pensión de sobrevivientes.
- b) Otorgar la pensión a los hijos mayores de 25 años, hasta cuando terminen sus estudios.
- c) Reconocer a los hijos mayores de 25 años beneficiarios de la pensión de sobrevivientes- excesivamente la afiliación al Sistema de Salud, pero a su vez, excluirlos del goce de la pensión una vez cumplan dicha edad.

Ahora bien, para realizar el análisis sobre tales medios alternativos, es necesario hacerlo con base en los siguientes criterios o perspectivas de análisis, a saber: “... desde la eficacia- en donde se busca que el medio alternativo sea tanto o más eficaz que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato-; desde la perspectiva temporal- se indaga si el medio alternativo es igual o más expedito que la medida legislativa-; desde la perspectiva de la realización del fin- se analiza si el medio alternativo contribuye para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin como aquellos que se originan por causa de la medida legislativa-, y desde el punto de vista de probabilidad- en donde se estudia, si el medio alternativo contribuye con igual o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato-...⁴⁵⁶”.

En las siguientes líneas se llevará a cabo el análisis de cada uno de los medios alternativos.

a. Análisis respecto de la medida alternativa.

⁴⁵⁴ BERNAL PULIDO. Op.Cit.pp. 932-936.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 943.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 939.

Reconocer una indemnización a los hijos mayores de 25 años en razón al hecho de ser excluidos de la posibilidad de recibir los beneficios de la pensión de sobrevivientes.

Esta medida puede resultar tan eficaz como la medida legislativa objeto de análisis, pues a fin de cuentas lograría que efectivamente se excluyeran a los hijos mayores de 25 años del beneficio de la pensión de sobrevivientes, pero solo lo haría hasta después de agotado un plazo, a saber, el hecho futuro y cierto del pago de una indemnización.

Sin embargo, no resultaría temporalmente más beneficiosa, pues no permite una exclusión inmediata, como si lo genera la medida legislativa base, sino que sus efectos se percibirían una vez se haya dado el pago de la indemnización, lo cual en términos de tiempo implicaría la compleja movilización del andamiaje de las instituciones prestadoras de Seguridad Social, para que tramitaran el pago de la misma; generándose de manera inevitable costos de transacción, que harían demorar aún más este proceso.

Evidentemente, esta medida alternativa no contribuye a la realización de otros aspectos relativos al fin inmediato, como lo podrían ser el contar con un número mayor de recursos para adjudicar en las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad; por el contrario, genera costos que, aunque no se equiparan con el pago vitalicio que tendría que hacerse a estos jóvenes en ausencia de la norma, si representa un importante gasto.

Para finalizar desde el punto de vista de la probabilidad, es claro que el medio alternativo no ofrece más seguridad en punto a la garantía del efectivo cumplimiento del fin inmediato, pues como es sabido todo trámite en nuestro Estado requiere de tiempo, burocracia, y en muchas ocasiones de dilaciones innecesarias pero inevitables.

b. Análisis respecto de la medida alternativa B.

Otorgar la pensión a los hijos mayores de 25 años, hasta cuando terminen sus estudios; siempre y cuando los estuvieran cursando antes de cumplidos los 25 años.

El análisis de esta segunda medida alternativa hipotética debe partir por reconocer que la eventual aplicación de la misma implicaría costos exorbitantes para el Sistema de S.S, que bien podrían ser invertidos - en aras de hacer efectivo el principio de solidaridad-, en sectores de la población, donde la vulnerabilidad económica sea mucho más apremiante. Esto se refuerza en los siguientes argumentos:

El establecimiento de una edad límite para disfrutar de la pensión de sobrevivientes hace posible que los recursos de la seguridad social lleguen a quienes realmente los necesitan, esto es, a las personas del grupo familiar que han quedado desprotegidas a raíz de la muerte del progenitor o a sujetos externos carentes de recursos; es precisamente esta la filosofía detrás de esta modalidad pensional.

El hecho de que el hijo mayor de 25 años no pueda seguir siendo beneficiario de la pensión de sobrevivientes no quiere significar que quede desamparado sin seguridad social, pues es de suponer que si aquel cuenta con plenas capacidades, a esta edad habrá adquirido un grado de formación intelectual, técnica, tecnológica, artesanal, - o de cualquier otra naturaleza- , que le permita incorporarse a la vida laboral y contribuir al sistema de seguridad social como trabajador dependiente o independiente, con el fin de obtener una pensión de vejez en cualquiera de los regímenes pensionales que actualmente se encuentran en el Sistema de S.S colombiano.

Se debe tener presente la siguiente regla: "...el juez constitucional no puede imponer al Congreso la destinación de sumas exorbitantes del presupuesto para adoptar medios alternativos a las medidas legislativas... ⁴⁵⁷". Esta regla cobra especial importancia en el presente caso, pues es evidente que la implementación de esta medida alternativa "b" traería consigo gastos superiores a los que son erogados con la actual medida legislativa- el literal "c" del artículo 47 de la Ley 797 de 2003- ; gastos, que por demás, resultarían completamente exorbitantes, ya que no serían concedidos solo al accionante del presente caso, sino que al tratarse de la implementación de una medida legislativa, comportarían la consecuencia necesaria de ser aplicados a una numerosa cantidad de personas que también alegarían la extensión del disfrute de esta especial modalidad hipotética de la pensión de sobrevivientes.

En suma, es claro que este medio alternativo no resulta más eficaz para cumplir el fin inmediato, porque supone una desviación del mismo ya que permitiría que los hijos mayores de 25 años que estuviesen estudiando, con antelación al cumplimiento de esta edad, gozaran por un tiempo mayor al estipulado por la ley del beneficio de la pensión de sobrevivientes. Tiempo que por demás esta indefinido al día en que "terminen sus estudios"; aunque aún y si se determinara un tiempo específico como límite para terminar los estudios, de igual manera, la medida sería ineficaz para cumplir con el fin inmediato de la norma, pues no excluiría a estos jóvenes de inmediato del goce de la pensión de sobrevivientes, sino que prolongaría el evento de su exclusión como beneficiarios de esta pensión.

Desde la perspectiva temporal, esta medida, resultaría aún menos pertinente, pues es claro que, de llegar a aplicarse, la exclusión de tales hijos resultaría extendida en el tiempo, independientemente de si se delimita o no tal edad. En términos de realización del fin tampoco resulta adecuada pues se desvía por completo de la real intención perseguida por el fin inmediato, el cual es excluir de manera inmediata a estos jóvenes del beneficio de la pensión de sobrevivientes. Y sobre su probabilidad, basta decir que nada de seguridad ofrece, en términos de garantizar el cumplimiento del fin, pues aunque puede resultar menos lesiva de los derechos de los jóvenes, si resulta contraria al fin inmediato.

c. Análisis respecto de la medida alternativa "C".

Reconocer a los hijos mayores de 25 años beneficiarios de la pensión de sobrevivientes – excesivamente- la afiliación al Sistema de Salud, pero a su excluirlos del goce de la pensión una vez cumplan dicha edad.

Esta medida resulta tan eficaz como la medida legislativa objeto de análisis, pues, a fin de cuentas, lograría que efectivamente se excluyeran a los hijos mayores de 25 años del beneficio de la pensión de sobrevivientes, cumpliendo así con el fin inmediato. Igualmente, en términos temporales resultaría tan beneficiosa como la medida legislativa base, pues permite una exclusión inminente.

No obstante lo anterior, evidentemente esta medida alternativa no contribuye a la realización de otros aspectos relativos al fin inmediato, como lo podrían ser el contar con un número mayor de recursos para invertir en las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad; por el contrario, genera costos, que aunque no se equiparan con el pago de por vida que tendría que hacerse a estos jóvenes en ausencia de la norma, resultan ser erogaciones bastante cuantiosas. Lo anterior, sumado al hecho de que una inversión por parte del Estado en el aseguramiento y

⁴⁵⁷ Ibid., p. 942.

pago del Sistema de Salud a personas jóvenes y con plenas capacidades, resultaría ser una medida desproporcionada, a sabiendas de que en nuestro país, existen muchas otras personas que necesitan de tal afiliación con mucho mayor apremio, y que cuentan con unas condiciones de salud que en verdad son bastante complejas.

Para finalizar, desde el punto de vista de la probabilidad, es claro que el medio alternativo no ofrece más seguridad en punto a la garantía del efectivo cumplimiento del fin inmediato.

2. BUSQUEDA DE UN MEDIO MÁS BENIGNO CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO.

Para realizar el análisis correspondiente a este punto, es necesario traer de nuevo a escena a las tres medidas alternativas propuestos en las líneas precedentes. Lo que se busca realizar es un estudio sobre si tales medios proporcionan un tratamiento más benigno al derecho fundamental afectado, esto es, si alguno de estos medios alternativos no afecta negativamente al derecho fundamental o lo afecta en un grado inferior a la medida base adoptada por el Parlamento⁴⁵⁸.

Antes de comenzar con este análisis, es necesario aclarar que “... *el examen del medio más benigno debe llevarse a cabo desde la perspectiva del individuo titular del derecho fundamental afectado. Sin embargo, la medida legislativa no deriva innecesaria si un medio alternativo resulta ser más benigno desde este punto de vista, pero afecta a otros intereses de la comunidad, derechos fundamentales de terceros o infringe el principio de la igualdad...*”⁴⁵⁹.

Teniendo claro el concepto de medio más benigno, es necesario traer también a colación a los derechos argüidos por el demandante como conculcados en el caso concreto, a saber:

- El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, porque en opinión del actor “la norma es una tipificación consagrada en razón de la edad del hijo beneficiario lo cual resulta discriminatorio frente a los demás beneficiarios señalados en la misma disposición legal. Además, limita el derecho del hijo beneficiario de continuar en el sistema de seguridad social sobre el mismo derecho y ante la misma norma que salvaguarda a los demás beneficiarios”.
- El artículo 42 que establece la protección constitucional de la familia, pues a la luz de lo expuesto por el accionante “si conforme al mandato superior los hijos hacen parte del núcleo familiar y sus derechos se basan en la igualdad ante la ley, “la expresión acusada se torna discriminatoria en pro de la edad, no obstante, se pregunta ¿esa relación filial de la familia es de edad? y el hijo deja de ser hijo a los 25 años?”
- El artículo 48 de la Constitución sobre el derecho a la seguridad social especialmente en lo que tiene que ver con el principio de universalidad, en virtud de que según el actor: “si este principio se define como la garantía de protección para todas las personas sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida” se están excluyendo a los hijos beneficiarios mayores de 25 años del derecho a la seguridad social que tienen carácter irrenunciable.”

Como ya fue expuesto en el análisis inicial del sub principio de necesidad, a efectos prácticos se entenderá que pese a que el actor esgrime los anteriores tres derechos como afectados por la medida legislativa, resulta apropiado reducir toda la discusión a un único *derecho fundamental intervenido*, a saber, el derecho de acceso a la seguridad social, siendo este el argumento base

⁴⁵⁸ Ibid., Op. cit., p. 942.

⁴⁵⁹ Ibid., Op. cit., p. 955.

del cual se dependen los otros eventuales derechos conculcados: el derecho a la familia y el principio de igualdad.

Bajo esta óptica, y al analizar el grado de intervención de las medidas hipotéticas sobre el *principal derecho fundamental intervenido*- derecho de acceso a la seguridad social-, es claro que eventualmente estas traen mayor protección a los derechos del individuo titular de los mismos- aquel joven mayor de 25 años que gozaba de una pensión de sobrevivientes- , pues comportarían de un lado- con respecto a la *medida A*- una indemnización que ayudaría a soportar la ruptura con el

“habito” o “rutina” de recibir la pensión de sobrevivientes, y así, morigerar los efectos que causaría su inmediata exclusión del goce de la misma.

Con respecto a la *medida B*, la posibilidad de seguir gozando de la pensión hasta el término prudente en el que finalicen sus estudios, evidentemente también resulta ser una solución más amable para aquellos hijos mayores de 25 años, pues representaría una prórroga de la oportunidad de seguir haciendo parte del sistema de seguridad social como beneficiario de la pensión, sin necesidad de que hiciese ningún tipo de cotizaciones, que muchas otras personas con la misma edad realizan sin ningún inconveniente.

La *medida C* no resulta ser más benigna en lo que respecta a la protección del presunto derecho afectado: el acceso a la seguridad social, pues pese a que su aplicación conllevaría a la extensión de la afiliación al Sistema de Salud, a su vez también traería consigo la exclusión inmediata del Sistema de S.S, una vez los hijos beneficiarios cumplieren 25 años de edad. En ese sentido, esta medida no reportaría ningún beneficio para el derecho fundamental intervenido.

No obstante lo anterior, lo cierto es que de adoptarse y aplicarse tales medidas alternativas se contrariaría uno de los postulados del principio de necesidad ya descrito, según el cual, la aplicación de la medida alternativa no puede pasar por encima de otros intereses de la comunidad u otros derechos fundamentales de terceros; situación que se presentaría en el presente caso, de llegar a ser aplicada cualquiera de las tres medidas alternativas, pues al asignársele a estos jóvenes mayores de 25 años, recursos que podrían ser destinados a sujetos que necesiten con más urgencia de los mismos, se estaría pasando por alto los derechos de otras comunidades.

En ese sentido, es posible afirmar que la medida legislativa necesariamente debe propender por el cumplimiento de un cierto nivel de “optimización” y “justiciabilidad”. Respecto de la primera exigencia- la optimización- es claro que al estar frente a un derecho fundamental y constitucional como lo es la seguridad social, cualquier concretización jurídica o legislativa del mismo debe de seguir con fidelidad la observancia del “mandato de optimización”, que no puede ser pasado por alto en este caso, bajo el argumento de que se está frente a un derecho social; por el contrario, resulta casi que imperativo atender a tal mandato en el escenario de un derecho social, que como es bien sabido, tiene repercusiones en la esfera colectiva. Sin embargo, tal mandato de optimización necesariamente debe analizar variables como “... *la existencia, el coste y la efectividad de una política pública en el ámbito social en cuestión; las desigualdades ya existentes en la sociedad; la posibilidad de universalización de cada decisión...*”⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ DASILVA. Op. Cit. p. 216.

De otro lado, y respecto de la segunda exigencia- la justificabilidad-, se debe tener muy presente que se deben identificar tendencias o medidas legislativas que puedan influenciar considerablemente la realización del mandato de optimización, pues tal identificación permitirá garantizar un consecuente nivel mayor de justificabilidad de los derechos sociales, para el caso particular del derecho a la seguridad social. En ese sentido, es posible establecer unas ciertas reglas como el hecho de que "... una justificabilidad individualista en general tiende a producir resultados no universalizables; o que la optimización de un derecho social no puede tomar en consideración únicamente la efectividad de una política pública, sino también sus costes..."⁴⁶¹.

Cabe anotar, que precisamente este último evento, estaba particularmente presente en las medidas alternativas hipotéticas que fueron expuestas y analizadas en las páginas precedentes, pues pese a que garantizaban una eventual reducción en el nivel de afectación del derecho presuntamente intervenido, desequilibraban completamente "la ecuación" de gastos en la distribución o adjudicación de los recursos del Sistema de SS.

Concatenando todas las ideas anteriores, es posible afirmar que el medio elegido por el Legislador y aprobado a su vez por el Tribunal Constitucional literal "c" del artículo 47 de la Ley 797 de 2003- es el más acertado, pues no sacrifica injustamente los derechos de los jóvenes a quienes excluye del derecho que tenían de ser beneficiarios, sino que lo hace por un fin legítimo, irremplazable por otros medios; ya que, de llegar a aplicarse, otros medios alternativos como los ya mencionados, se afectaría notablemente el fin inmediato perseguido con esta norma.

SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

3.1 MODULACIÓN DE LA INTENSIDAD EN EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

Es posible que en punto a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto se haga con antelación al desarrollo del ejercicio argumentativo, una especie de modulación de la intensidad argumentativa necesaria para realizar dicho ejercicio concreto de ponderación⁴⁶².

Este modelo ya ha sido usado en el Tribunal Constitucional Alemán, y en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁴⁶³, pretendiéndose en ambos casos, que se logre especificar el tipo de intensidad de los argumentos con el que se debe llevar a cabo la ponderación. Tales grados de intensidad son recogidos en la siguiente clasificación: un control de evidencia, un control de justificabilidad, o un control material intensivo⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ *Ibíd.* p. 216.

⁴⁶² La explicación concreta de cada uno de estos niveles de intensidad, se encuentra en: ALEX Y, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. *Op. cit.*, p. 357-360.

⁴⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL.Sentencia C-022 de 1996. *Op. cit.* En dichas sentencia se afirma que "...en la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad," fundada en la ponderación y sopesación de los valores y nos implementen la confrontación lógica de los mismos." Muestra de lo anterior es la sorprendente coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que "los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones(diferenciadoras)establecidas en la ley son razonables a la luz *de su finalidad*"

⁴⁶⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El neo constitucionalismo y la normatividad del derecho. *Op. cit.*

El control de evidencia o leve se debe aplicar para enjuiciar las intervenciones leves en los derechos fundamentales. En este tipo de control, “...una intervención leve debe ser declarada constitucional a menos que sea evidente que las premisas que acreditan su proporcionalidad en sentido estricto, sean falsas (...) de allí que se exija, solo un mínimo grado de certeza a las premisas que otorgan fundamento a la medida legislativa y un máximo grado de certeza a las premisas que el Tribunal Constitucional invoque para la declaración de inconstitucionalidad de la ley...”⁴⁷² Permitiéndose, en últimas, un amplio margen de acción al legislador, pues se considera que su intervención afecta de una manera muy reducida a los derechos fundamentales.

De otro lado, el control de justificabilidad o medio, “... se aplica para las intervenciones de intensidad media en los derechos fundamentales, y exige solo un grado medio de seguridad en las premisas, (...) en este tipo de control, una intervención legislativa no puede ser declarada inconstitucional si el Legislador puede invocar a su favor premisas por lo menos plausibles o estimables (...) de allí que exija, al Tribunal Constitucional que las premisas a las que aluda para acreditar la inconstitucionalidad de la ley tengan una certeza por lo menos mayor a lo plausible o estimable...”⁴⁶⁵

Por último, se encuentra el control material intensivo o fuerte que “...se aplica para enjuiciar las intervenciones intensas del Legislador en los derechos fundamentales, (...) en este tipo de control, la desproporción y la inconstitucionalidad, pueden declararse sobre la base de premisas cuya fiabilidad sea mínima, aunque no inexistente, (...) de allí que se exija un máximo grado de certeza de las premisas que fundamentan la intervención legislativa. Exige un mínimo grado de certeza de las premisas que el Tribunal Constitucional invoque para declarar la inconstitucionalidad de la medida legislativa...”⁴⁶⁶.

Ahora bien, situados en el caso concreto de la Sentencia C- 451 de 2005, es claro que nos encontramos frente a un control intermedio o control de justificabilidad, en donde una intervención legislativa no puede ser declarada inconstitucional si el Legislador puede invocar a su favor premisas por lo menos plausibles o estimables y en donde las premisas esgrimidas por el Tribunal Constitucional para acreditar la inconstitucionalidad de la ley, deben tener una certeza por lo menos mayor a lo plausible o estimable.

Lo anterior se afirma con base en las siguientes premisas:

Premisa 1: en cuanto al derecho constitucional y fundamental de la seguridad social, la Constitución habilitó al Legislador para la configuración del Sistema que estructura y administra tal derecho, permitiéndole así a este máximo órgano representativo, la posibilidad de hacer uso del principio de la “Libertad de configuración legislativa”, siempre y cuando lo haga con sujeción y plena observancia de los principios fundamentales determinados en la Constitución.

Y, precisamente respecto de esto último, vale la pena mencionar que, pese a que la seguridad social sea un derecho social, sujeto a la libertad de configuración legislativa, esto no puede ser óbice para pasar por alto la imperativa consecución de su optimización. En otras palabras, su catalogación como derecho social no impide de ninguna manera, la obligación de que esta sea

⁴⁶⁵ BERNAL, PULIDO, Carlos. *El neo constitucionalismo y la normatividad del derecho*. Op. Cit.,p69.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*,p 68

leído y analizado bajo el “mandato de optimización” que debe perseguirse en la formulación de las políticas concretas que lo materializan.

Ahora bien, para justificar el carácter optimizador de los derechos fundamentales, es necesario, entonces, partir del presupuesto de que los deberes estatales tienen naturaleza relacional⁴⁶⁷. En ese sentido, “...aunque los derechos fundamentales (incluso los derechos sociales) sean posiciones de los individuos que son ‘tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria’, las decisiones sobre la forma por la cual los derechos sociales serán realizados es necesariamente una cuestión que debe ser respondida a partir de consideraciones de naturaleza colectiva, en el ámbito de la cual los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo) deben tener prioridad...⁴⁶⁸”.

Premisa 2: Uno de los límites que el legislador debe observar con atención, es precisamente el respeto de los derechos fundamentales como la igualdad. En efecto, así mismo lo ha determinado la Corte Constitucional al afirmar que:

“...al ejercer la potestad de configuración, el Legislador debe respetar el principio de igualdad, el cual exige que las personas colocadas en igual situación sean tratadas de la misma manera, prohíbe dentro de un mismo régimen pensional una desigualdad de trato que no esté basada en criterios objetivos y razonables e impide que existan entre prestaciones separables y autónomas de diversos regímenes, diferencias de trato que sean manifiestamente desproporcionadas sin que exista una razón justificable...⁴⁶⁹”.

Premisa 3: En una jurisprudencia anterior la misma Corporación determinó que “...cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semisospensas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio...⁴⁷⁰”.

Conclusión: En este caso se está frente a una intervención legislativa intermedia, pues, pese a que al legislador en materia de seguridad social se le ha habilitado la posibilidad de hacer uso de la libre configuración del sistema, tal ejercicio lo debe realizar siguiendo los preceptos constitucionales, esto es, actuando bajo ciertos límites, fijados por el texto constitucional, que le indican que no debe de ninguna manera sacrificar derechos constitucionales con sus intervenciones. Es por esto que pese a que en el caso concreto se esté realizando una intervención en el derecho fundamental a la igualdad (Artículo 13) y al acceso a la seguridad social (Artículo 48), tal intervención resulta legitimada no solo por el principio de la “*Libertad de configuración legislativa*”⁴⁷¹ sino por otros elementos que serán expuestos a continuación.

⁴⁶⁷ DASILVA. Op. Cit., p. 202.

⁴⁶⁸ Ibidem.p. 205

⁴⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-451 de 2005. 3 de mayo de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sala plena.

⁴⁷⁰ COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2001. 31 de enero de 2001. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷¹ Este principio encuentra sustento jurisprudencial en bastantes providencias de la Corte Constitucional, y ha venido siendo re afirmado en recientes pronunciamientos como en las sentencias C- 368 de 2012, C-504 de 2014 y C-613 de 2013.

Ahora bien, esta misma corporación ya ha sentado jurisprudencia con respecto a los juicios de igualdad concernientes a la “variable” de la edad, afirmando que cuando la ley establece requisitos mínimos de edad para poder ser beneficiario de algo se está frente a un juicio dúctil, pues a fin de cuentas solo está suspendiendo el ejercicio del derecho o de un beneficio a determinada época, cuando se haya cumplido con los requisitos de edad pedidos, mas no se está negando de manera perpetua e indefinida el derecho; mientras que, cuando se exige una edad máxima como límite para prohibir el reconocimiento de un derecho o beneficio, si se está negando la posibilidad de acceder a este de manera definitiva, pues a partir de la fecha en que se cumplió esa edad límite máxima, será imposible acceder al beneficio y por tanto se debe de aplicar un juicio de igualdad intermedio. Esto ha sido, explicado en palabras de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“...la Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio, por las siguientes tres razones: de un lado, las evidencias actuales muestran que la discriminación tiende a dirigirse más en contra de las personas que han superado un umbral cronológico, pues son ellas quienes suelen ser excluidas de empleos o del acceso a ciertos beneficios.

De otro lado, la Constitución admite con mayor claridad que para ejercer ciertos cargos es válido exigir que una persona haya superado una cierta edad, a fin de asegurar una cierta madurez.

Finalmente, si bien la edad es una característica variable de la persona, por el contrario, la superación de una determinada edad se convierte en un rasgo permanente, del cual el propio individuo no puede deshacerse. Así, quien sobrepasa los treinta años, se vuelve una persona mayor de treinta años por el resto de su existencia, mientras que quien aún no ha llegado a esa edad, no significa que será un menor de treinta años por el resto de su vida.

Todo lo anterior muestra que no todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos, por el contrario, resulta mucho más problemático que la ley establezca límites máximos a partir de los cuáles a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad...⁴⁷²”

Con ello, en ultimas se ha afirmado que “...cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio...⁴⁷³”

Lo anterior permite extraer dos conclusiones: la primera es que en el presente caso no es posible hablar de la existencia de una intervención fuerte, pues no se está frente a una irrupción violenta en donde la actuación del legislador se aparte por completo de los derechos constitucionales, ya que pese a afectar un derecho constitucional como el de la igualdad, su afectación no es de un nivel tan alto que, con la sola lectura de la norma, resulte de relieve que se debe declarar

⁴⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2001. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷³ *Ibíd.*

inconstitucional tal intervención legislativa, como ya quedó evidenciado en el análisis del principio de idoneidad. Sin embargo, tampoco se trata de una intervención leve, en razón a que evidentemente el legislador en este caso sí intervino en un derecho fundamental, como lo es el de la igualdad.

La segunda conclusión, lleva a afirmar que, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, en el presente caso debe aplicarse un juicio intermedio, pues se está frente a la fijación de unos límites máximos en torno a la edad, como restrictores del reconocimiento de un derecho o acceso a un beneficio. Por lo tanto, en este control se exige del Tribunal Constitucional que las premisas a las que aluda para acreditar la inconstitucionalidad de la ley tengan una certeza por lo menos mayor a lo plausible o estimable.

Gráfico 13. Nivel de intensidad argumentativa que se usará en el presente análisis.



3.2 ESTRUCTURA CONCRETA.

Para entender el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, se debe partir de la idea de que los principios de idoneidad y necesidad expresan el mandando de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos, la ponderación no juega ningún papel. En palabras del jurista Alexy “...se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas...”⁴⁷⁴”.

En síntesis, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto supone “... en un primer paso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro...”⁴⁷⁵”.

Tal definición es susceptible de esquematizarse a la luz de los siguientes tres pasos:

⁴⁷⁴ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Op. cit., p. 351.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales- Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004. p 32.

1. “...El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3. El tercero es construir una relación de procedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso...⁴⁷⁶”.

Para efectos prácticos y atendiendo a la relación que guardan el primer y segundo paso, su análisis será llevado a cabo de manera conjunta a continuación:

3.2.1 CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA REALIZACIÓN DEL FIN LEGISLATIVO EN LOS NIVELES ANALÍTICO- NORMATIVO Y EMPÍRICO.

Ciertamente, después de haber agotado los dos pasos anteriores del juicio de proporcionalidad, a saber, la idoneidad y la necesidad, es necesario abordar el análisis del último y definitivo paso, que se materializa en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde ya no serán los fines inmediatos los protagonistas del examen, sino que por el contrario vendrán a escena los fines mediatos perseguidos con la medida legislativa. En ese sentido, es posible afirmar que “...*la ponderación consiste en una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la intervención del legislador causa en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue...*⁴⁸⁵” (Subrayado fuera del texto).

Para llevar a cabo tal inicial ejercicio comparativo, se deben seguir unas ciertas reglas argumentativas encargadas de aislar, en la medida de lo posible, la duda, la incertidumbre y la arbitrariedad; tales reglas se conocen como “criterios” que operan en diferentes niveles, los cuales son: nivel analítico- normativo y nivel empírico. El análisis del caso concreto a la luz de estos criterios se llevará a cabo en las líneas siguientes:

3.2.1.1 Criterios que operan en el nivel analítico- normativo.

Antes de comenzar con el análisis en punto a los criterios que operan en el nivel analítico- normativo, es necesario tener claridad conceptual sobre la importancia de los mismos. Estos criterios tienen como función “... *determinar la fundamentalidad o el significado que la posición prima facie afectada tiene dentro del ámbito normativo del derecho fundamental, y la fundamentalidad o el significado que el fin legislativo inmediato reviste para la realización del fin mediato...*⁴⁷⁷”.

Cabe anotarse que estos argumentos son completamente dinámicos, en el sentido de que “...*solo la moral política de cada sociedad, reflejada en la dogmática de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales vigentes en la práctica constitucional, puede determinar en cada momento si una posición o fin es más o menos significativo para la realización de la persona democrática y del individuo del Estado Social...*⁴⁸⁷”, o en términos de Alexy, si una

⁴⁷⁶ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op.Cit.p. 964.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 969.

posición o un fin es más o menos fundamental para satisfacer las necesidades humanas ligadas a su vida y a su autonomía⁴⁷⁸.

Para fines prácticos, se hará una división de los criterios que operan en el nivel analítico-normativo, según se trate de (a) los criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo y (b) según se trate de los criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

a. Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo.

Para el desarrollo de este acápite, resulta necesario acudir a unas reglas fijadas por el jurista Carlos Bernal Pulido en su texto “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”; tales reglas tienen por objetivo detallar con un alto nivel de profundidad y minuciosidad los diferentes pasos del juicio de proporcionalidad propuesto por el jurista Robert Alexy, mediante el establecimiento de una serie de pautas que permiten confeccionar cada uno de los argumentos que se deben exponer en los diferentes puntos del presente juicio analítico.

De manera concreta, para el desarrollo de este acápite, el jurista Carlos Bernal propone una serie de reglas con miras a delimitar muy bien el nivel de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, así como la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa. Sin embargo, y pese a que en punto a este análisis son varias las reglas argumentativas existentes⁴⁷⁹, para efectos prácticos solo serán expuestas 4 reglas, las cuales, previo un análisis de pertinencia, se consideraron relevantes para abordar la situación del caso concreto.

1. Área del ámbito normativo afectado negativa y positivamente.

Esta regla expone que “...cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectada por la intervención legislativa, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá otorgarse al derecho fundamental en la ponderación (...) esta regla implica que (...) por ejemplo, la intervención legislativa en el derecho fundamental deba ser considerada como intervención más intensa cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho en cuanto elimina solo algunas de ellas...⁴⁸⁰”.

Es necesario recordar brevemente los derechos aducidos como conculcados por parte del accionante, a saber, el derecho a la igualdad, pues en su opinión la tipificación consagrada en razón de la edad del hijo beneficiario resulta discriminatoria frente a los demás beneficiarios señalados en la misma disposición legal; el artículo 42 que establece la protección constitucional de la familia, pues en su opinión, tal norma conlleva a la pregunta de si el hijo deja de ser hijo a los 25 años”; y el artículo 48 de la Constitución sobre el derecho a la seguridad social, especialmente en lo que tiene que ver con el principio de universalidad, pues si este principio se define como la garantía de protección para todas las personas “sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida” se están excluyendo a los hijos beneficiarios mayores de 25 años del derecho a la seguridad social que tienen carácter irrenunciable.

⁴⁷⁸ ALEXY. La institucionalización de los derechos. Op. cit., p. 12 y ss.

⁴⁷⁹ Los criterios tomados para el desarrollo analítico de este punto concreto del presente texto se encuentran descritos en el texto “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, del jurista Carlos Bernal Pulido, p.971-976.

⁴⁸⁰ Esta regla se encuentra recogida como la “regla 56”, en el texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 972.

Ahora bien, al realizar un análisis comparativo del contenido de la medida legislativa, a saber, *el literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003*, junto a lo esgrimido por el accionante, resulta claro que aquello expuesto por el mismo es completamente desvirtuable, pues la medida legislativa no elimina todas las posibilidades adscritas al derecho de acceso a la seguridad social. Esto se puede afirmar en razón a que es evidente que la definición que tiene el accionante de familia es completamente errónea, puesto que pareciese que aquel se refiriese a esa solo como una unidad prevalentemente útil y funcional en la medida que puede brindar recursos económicos, que para el caso concreto corresponden a los recursos necesarios para satisfacer el goce de la pensión de sobrevivientes.

Lo cierto, es que el concepto de familia no se agota allí, y comprende una enorme dimensión de valores que el accionante omite, así que no es posible afirmar que las consecuencias jurídicas de la medida legislativa obedezcan a que “el hijo mayor de 25 años deje de ser hijo”, pues en ningún aparte del literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003 se consagró la eliminación de los múltiples y variados valores que deben conformar la familia.

En ese mismo sentido se ha referido la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, aduciendo que “...el concepto de familia se fundamenta, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales...”⁴⁸¹.

Por ello, es claro que el accionante erróneamente le endilga a la familia una supuesta y falsa característica casi que definitoria, como lo es la capacidad de brindar recursos económicos y de sostenimiento, desconociendo que ésta tiene múltiples dimensiones que van mucho más allá de la idea de un “apoyo económico perpetuo”.

Con respecto al derecho a la seguridad social, que se considera también como conculcado, es necesario afirmar que, siguiendo la línea argumentativa descrita en el párrafo precedente, la medida legislativa- literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003- tampoco elimina todas las posiciones adscritas al derecho, puesto que en ninguna de sus partes contempla una barrera jurídica que imposibilite totalmente el acceso al Sistema de SS.

Sumado a lo anterior, es claro que una persona que supera los 25 años no está en una situación de indefensión o vulnerabilidad que justifique incluirla como beneficiaria de dicha prestación ya que habiendo adquirido un nivel de capacitación se encuentra en condiciones de trabajar y contribuir al sistema de seguridad social, haciéndose por tanto acreedora en forma directa a los beneficios a que hubiere lugar. Por el contrario, si se actuase bajo lo propuesto por el accionante,

se entendería que la única manera de acceder al Sistema de Seguridad Social sería a través de la pensión de sobrevivientes, afirmación que es errónea, ya que de amplio conocimiento es el hecho de que existen múltiples formas de vinculación al Sistema de Seguridad Social.

Así pues, no se puede aceptar lo afirmado por el accionante, según el cual “se están excluyendo a los hijos beneficiarios mayores de 25 años del derecho a la seguridad social que tienen carácter irrenunciable”, pues, como ya se dio cuenta, la medida legislativa no representa una

⁴⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606-13. 2 de septiembre de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

exclusión del derecho a la seguridad social, sino solamente una exclusión de una de las modalidades para acceder al mismo, a saber la pensión de sobrevivientes.

Con base en lo anterior, resulta más que pertinente asignar un peso mayor a la medida legislativa- literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003- , dándosele por tanto en ultimas mayor peso al principio, sobre los derechos fundamentales aducidos como conculcados por el accionante.

2. La fundamentalidad de una posición con respecto a su función.

Esta regla expone que “...cuanto más importante sea un determinado fin legislativo inmediato para que el fin legislativo mediato- el principio constitucional que respalda la intervención- pueda desempeñar sus funciones, mayor será la fundamentalidad de aquel, y por lo tanto mayor será el peso del principio constitucional en la ponderación ...⁴⁸²”.

Es claro que esta regla también es aplicable al caso concreto, en tanto que el fin inmediato si es fundamental para que se desarrolle en fin mediato. A manera de causa –efecto, es posible entender que: la exclusión de los hijos mayores de 25 años del beneficio de recibir la pensión de sobrevivientes, si permite que se hagan plenamente efectivos y de manera completa e integral los principios de la igualdad material y de la solidaridad, eficacia y universalidad del sistema.

Con respecto al primer principio o fin mediato es claro que el fin inmediato si permite sus realización, en tanto que

“...La condición de hijo dependiente por razón de sus estudios no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo como lo pretende el demandante, pues de ser así la consecuencia sería entronizar en la norma un tratamiento que no tomara en consideración otras circunstancias externas, y ni siquiera las condiciones disímiles entre los hijos, de tal manera que se les daría a estos últimos un tratamiento formalmente igual a pesar de la existencia de condiciones fácticas disímiles, contrario al principio de igualdad material respecto de los menores de edad y los incapacitados, quienes no pueden ser tratados de igual manera en relación con los mayores y plenamente capaces...⁴⁸³”.

Y con respecto al segundo principio o fin mediato, es claro también que el fin inmediato permite que se logre cumplir a cabalidad el primero, pues el fin inmediato, a saber, la exclusión de los jóvenes ya aducidos del beneficio de la pensión de sobrevivientes, estableciendo la edad límite de 25 años se constituye una “...salvaguardia razonable a los principios de eficacia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social, aunado al respecto del derecho a la igualdad material...⁴⁸⁴”.

3. La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos o negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales adversos a los que se adscribe⁴⁸⁵.

Esta regla expone que “... Cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el derecho fundamental sobre otros principios constitucionales, mayor será su

⁴⁸² Esta regla se encuentra recogida como la “regla número57” del texto de Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p. 973.

⁴⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-451de 2005. Op. cit.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 60” del texto de Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p. 975.

fundamentabilidad y, por lo tanto, mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación al principio constitucional al que se adscribe...⁴⁸⁶”.

Siguiendo lo dispuesto por esta regla, es claro que al ponderar los efectos sobre los “otros principios constitucionales” - sobre los cuales tienen influencia de un lado (a) el fin inmediato, y (b) de otro lado, los derechos fundamentales aducidos como conculcados o la posición *ius* fundamental afectada- es el fin inmediato quien tiene mayores efectos sobre otros principios constitucionales, ya que no solo permite el efectivo cumplimiento del principio a la igualdad material, la solidaridad, eficacia y universalidad del Sistema de Seguridad Social, sino que también permite la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, pues al no destinarse los recursos que se habrían podido destinar a los hijos mayores de 25 años, antiguos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, son mayores los recursos que podrían ser usados como medio para proporcionar una ampliación de los beneficiarios del sistema, que si necesitan con mayor apremio de esta cobertura, en razón por ejemplo a que se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

4. *El mayor peso de un principio en razón del reconocimiento de su prioridad en decisiones institucionales anteriores*⁴⁸⁷.

Esta regla expresa que “...*el peso del derecho fundamental en la ponderación será mayor si en alguna decisión institucional anterior se ha reconocido su prioridad sobre el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa, en razón de una intervención análoga...*”

Tal regla es aplicable, en tanto para la época en donde se interpuso la demanda de inconstitucionalidad, ya había dos pronunciamientos- que si bien aunque no versaban exactamente sobre el mismo punto- que apuntan a establecer una argumentación similar a la que ha sido esgrimida hasta el momento. Tales pronunciamientos se recogen en las sentencias: T-780 de 1999 y C-1094 de 2003.

En la primera de ellas, que tuvo como magistrado ponente a Álvaro Tafur Galvis, se expuso que la sustitución pensional también busca proteger la educación como forma de dar cumplimiento a un fin esencial del Estado (asegurar la vigencia de un orden justo), y de asegurar la dimensión positiva del principio de igualdad para proteger a quienes se hallan en una situación de vulnerabilidad y a causa de sus estudios requieren durante algún tiempo un tratamiento diferencial. Dijo entonces lo siguiente:

“...En este orden de ideas, la protección especial estatal predicable del derecho a la sustitución pensional por estudios, tiene su razón de ser en el estado de debilidad manifiesta que presenta la persona que hasta ahora ostenta la calidad de estudiante, por cuanto es indudable su estado de indefensión cuando apenas transita por el camino de la formación educativa, en aras de acceder a un conocimiento que le permita valerse por sí misma, a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social...⁴⁸⁸”

⁴⁸⁶ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op.Cit.p. 975.

⁴⁸⁷ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 61” del texto de Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p. 976.

⁴⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-780 de 1999. Op cit.

Lo cual permite entrever que, a fin es cuentas, lo que persigue la norma es brindar una protección a quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad, situación que no es susceptible de ser predicada por los hijos mayores de 25 años.

El segundo pronunciamiento se encuentra en la sentencia C-1094 de 2003, a propósito de los límites de edad para el disfrute de los derechos derivados de la seguridad social. En tal decisión, la Corte al analizar la situación del cónyuge supérstite menor de 30 años sin hijos con el causante, declaró exequible el límite de 20 años a la pensión de sobrevivientes (literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003). Así, en dicha sentencia la Corte concluyó que las personas menores de la referida edad no quedan desprotegidas en materia pensional, pues deben asumir una actitud acorde con el principio de solidaridad haciendo sus propios aportes al sistema de seguridad social. Dijo entonces:

- “(...) la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite debido a la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el sistema general de pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión...”⁴⁸⁹”

Lo anterior, permite inferir igualmente que establecer unos límites para el goce de la pensión de sobrevivientes, para quienes se encuentran en “la plena edad más productiva de la vida”, no es desproporcionado, sino por el contrario muy razonable, pues, de lo contrario, se mantendría a perpetuidad un beneficio, que tomaría más bien el papel de privilegio, en razón a que gozarían de este personas que no lo necesitarían de tanta urgencia, como otras tantas que aun hoy en día y pese a encontrarse en una manifiesta situación de vulnerabilidad, no se encuentra cobijadas plenamente por el Sistema de Seguridad Social.

Por lo tanto y dando efectivo cumplimiento a la regla descrita, con base en lo anterior, en el caso concreto se le debe dar más peso a la medida legislativa.

b. Criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

Al igual que en el desarrollo de los criterios anteriores, en el presente análisis de la intensidad de la intervención el derecho fundamental, solo se tomará la regla relevante para el caso concreto, a saber:

5. Sobre la relación entre el derecho fundamental y la dignidad humana: el cual expone que “...cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación...”⁴⁹⁰.

De los derechos fundamentales aducidos por el accionante como conculcados (Igualdad, Familia, Seguridad Social), resulta claro que, pese a que el concepto de “dignidad humana” permea e irradia todo el ordenamiento, si tiene una cierta conexión más fuerte con algunos derechos particulares, como es el caso del derecho a la Seguridad Social. En bastantes

⁴⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1094 de 2003. 19 de noviembre de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁹⁰ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 61” del texto de Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p. 980.

pronunciamentos jurisprudenciales se ha reconocido tal relación, (que claramente ha sido objeto de importantes cambios conceptuales con el paso del tiempo, sin perder de vista en todos los casos la estrecha relación entre el derecho a la seguridad social y la dignidad humana), como se observa a continuación afirmándose por ejemplo que:

“...El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad...”⁴⁹¹”

“...El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna, y (...) En cuanto a la solidaridad, este es un principio que aspira a realizar el valor justicia, que tiene su fundamento en la dignidad humana...”⁴⁹²”

“...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 la obligación de promover el florecimiento de las condiciones requeridas para la materialización del principio de la dignidad humana y del postulado de la primacía de los derechos fundamentales...”⁴⁹³”

“...El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental...”⁴⁹⁴”

De lo anterior se colige que, evidentemente, el derecho a la seguridad social -a saber, uno de los tres derechos aducidos por el accionante como conculcados-, guarda una íntima relación con la “Dignidad humana”; se tiene que dar entonces más peso, respecto a este punto a los derechos esgrimidos por accionante como vulnerados.

3.2.1.2 Criterios empíricos: Análisis de la importancia de los principios desde su eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración.

Existen varios criterios empíricos para determinar la importancia de los principios. Estos principios son los siguientes:

Eficacia: es posible establecer una regla en punto a la eficacia, que dictamine que “...*cuanto más eficaz sea la intervención legislativa para contribuir a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación...*”⁴⁹⁵. En atención a esta regla resulta claro que la medida legislativa logra

⁴⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. 24 de junio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-116 de 1993. Marzo 26 de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

⁴⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-539 de 2009. 6 de agosto de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-032 de 2012. 1 de febrero de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁹⁵ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. cit., p. 982.

maximizar de una manera muy amplia los principios a los cuales se decidió satisfacer, a saber, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social, aunado a la protección del principio de la igualdad en sentido material. Por lo tanto, se le debe de dar un mayor peso en la ponderación a ésta.

Rapidez: en materia de rapidez se puede fijar una pauta clara, según la cual “...cuanto más expeditiva sea la intervención legislativa para contribuir a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación...”⁴⁹⁶”. Siguiendo lo preceptuado por esta regla, resulta claro cómo se analizó en punto al estudio de la necesidad de la medida legislativa, que esta ofrece beneficios inmediatos, pues con la simple consagración en el texto normativo de que se excluirán a los hijos mayores de 25 años del goce de la pensión de sobrevivientes, se genera de manera seguida, sin necesidad de ningún agotamiento en cuanto a recursos o tiempo, la exclusión efectiva de los mismos de esta modalidad de adquirir pensión. Por ende, si es posible considerar la medida como la más expedita o rápida.

Probabilidad: la regla en materia de probabilidad indica que “...cuanta mayor probabilidad exista de que la intervención legislativa contribuya al alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley, y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación...”⁴⁹⁷”. En punto a esto, es claro que la medida legislativa si ofrece una alta probabilidad de alcanzar el fin inmediato, pues no se trata de una amenaza de exclusión, sino que por el contrario de manera eficaz logra excluir a los jóvenes hijos mayores de 25 años del beneficio de la pensión de sobrevivientes.

Alcance: es posible establecer una regla en punto al alcance, que exprese que “...la intensidad de la realización del fin mediato del Parlamento será mayor cuantos más fines inmediatos adscritos a su ámbito normativo puedan ser alcanzados mediante la intervención legislativa...”⁴⁹⁸”. En punto a esto, es clave mencionar que evidentemente el alcance de la medida legislativa es bastante amplio, pues logra realizar más fines inmediatos adscritos a su ámbito normativo, como el hecho de que como consecuencia de la exclusión de los jóvenes mayores de 25 años del beneficio de la pensión de sobrevivientes, se genere la existencia de muchos más recursos susceptibles de ser destinados a sectores que necesiten de estos con más urgencia.

Duración: es posible establecer una regla en punto a la duración, que exprese que “...cuanto más tiempo contribuya la intervención legislativa a alcanzar el fin inmediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley y mayor el peso que deberá otorgarse a dicho principio en la ponderación...”⁴⁹⁹”. Es claro que, la duración de la decisión es bastante optima, pues solo podrá ser modificada en tanto (1) se desarrolle otra demanda de inconstitucionalidad que plantee el asunto en discusión desde otro punto de vista, so pena de que en caso de no hacerlo, es decir de plantear el mismo problema jurídico, se le respondería con base en el principio procesal de la cosa juzgada; o (2) en tanto

⁴⁹⁶ *Ibíd.*, p. 983.

⁴⁹⁷ *Ibíd.* p. 984.

⁴⁹⁸ *Ibíd.* p.984.

⁴⁹⁹ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op. cit., p. 984.

se decida hacer una modificación legislativa, que como es bien sabido requiere del previo cumplimiento de todos los requisitos para que sea efectivamente aprobada por el Congreso.

3.2.2 LA CONSTRUCCIÓN DE LA RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA ENTRE LOS PRINCIPIOS QUE SE PONDERAN.

En aras de comenzar con el análisis final en punto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, se debe seguir lo preceptuado por el jurista Alexy, según el cual “...para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura argumentativa de la ponderación: La ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación...”⁵¹⁰

3.2.2.1 Ley de la ponderación.

De acuerdo con esta ley, para poder dibujar el hilo conductor de las premisas que soportan la elección de la prevalencia de un principio sobre otro en el caso concreto, es posible aplicar tres pasos: “... En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro...”⁵⁰⁰

Tales tres pasos son susceptibles de ser concatenados en la siguiente idea “...cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro...”⁵⁰¹.

En ese sentido, será necesario delimitar muy bien cuáles son los principios que se contraponen; esto, con el objetivo de desarrollar un ejercicio argumentativo mucho más claro, pues aunque existen relaciones muy estrechas entre los derechos contrapuestos de cada lado, esto es del lado de los fines mediatos perseguidos por la medida legislativa base y del lado de los derechos fundamentales intervenidos o presuntamente conculcados por la medida, lo cierto es que es posible reducir tal discusión a la identificación de dos principios base que se contraponen entre sí, en el caso concreto.

Resulta mucho más práctico delimitar, en primera medida, el presunto *derecho fundamental intervenido*, pues una vez identificado este será mucho más fácil identificar su “opuesto”, ya que se tratará solo de analizar cuál es el principio que está obstruyendo la aplicación prevalente de aquel supuesto *derecho fundamental conculcado*.

Para ello, nos apoyaremos en lo expuesto en el aparte inicial desarrollado en punto al análisis del *sub principio de necesidad*, en donde se afirmaba que era posible reducir los tres presuntos derechos conculcados- aducidos por el accionante-, a saber, la igualdad, la familia y el derecho a la seguridad social, *en un único derecho fundamental intervenido*: el acceso a la seguridad social.

Una vez identificado el acceso a la seguridad social como una “cara de la moneda” es necesario identificar la otra, la opuesta. Tal segunda cara, que obedece de manera genérica al fundamento del fin inmediato de la medida legislativa, no es más sino el o los fines mediatos. De igual manera, en este caso se realizará un ejercicio de reducción- así como fueron reducidos los tres

⁵⁰⁰ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Op. cit., p. 351

⁵⁰¹ Ibid.p. 351.

presuntos *derechos fundamentales intervenidos* a un solo derecho representativo y conglomerador de los tres - con los fines mediatos.

Así pues, y trayendo de nuevo a colación a los fines mediatos, encontramos que estos corresponde a (a) la igualdad material y (b) los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad (Artículo 48 de la Constitución Política); sin embargo, al contraponer el *presunto derecho fundamental intervenido*- el acceso a la seguridad social- contra estos dos fines mediatos, resulta evidente que el argumento detrás de la negación u obstrucción del primero, se encuentra en la necesidad de *garantizar un mayor sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad Social*. Con ello, no se quiere significar que el derecho a la igualdad en sentido material, no sea importante como motivo para limitar la aplicación ciega del *presunto derecho fundamental intervenido*, pues ciertamente tal principio resulta fundamental para justificar la necesidad de aplicar la medida legislativa base, solo que el análisis respecto a este principio será desarrollado en un acápite posterior, ya que no se encuentra en un estricto plano de paridad estructural y conceptual, respecto del derecho de acceso a la seguridad social, el cual si encuentra un par claramente confrontable en el principio de la garantía del sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad Social.

Ahora sí, una vez identificados el acceso a la seguridad social como el presunto derecho fundamental intervenido y la garantía del sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad Social, como el principio contrapuesto, se sigue a continuación con el análisis de ponderación.

a. Grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

Con base en todo lo anterior, es posible afirmar que el grado de no satisfacción del *presunto derecho fundamental intervenido*- acceso a la Seguridad Social- no es muy alto, pues en realidad ya ha sido bastante reiterado que el hecho de que se excluya de la pensión de sobrevivientes a los hijos mayores de 25 años no vulnera su derecho al efectivo acceso al Sistema de la Seguridad Social, como lo aduce el accionante, sino que solo hace nugatoria una de las múltiples maneras de acceder mismo.

b. Importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

La importancia de la satisfacción del principio genérico de *Eficiencia del Sistema de Seguridad social* es muy alta, pues además de que como ya se ha expuesto con bastante amplitud, estos principios si guardan concordancia y armonía con la esencia del Estado Social de Derecho, en caso de no garantizarse su protección se caería en el grave error de pasar por alto el ideal de justicia distributiva, necesario y fundamental en el buen desarrollo de un Sistema de Seguridad Social eficiente y equitativo.

Ello ha sido respaldado por la Corte Constitucional, en numerosas decisiones aduciéndose que “...en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bien puede el Legislador adoptar, dentro del ámbito de su potestad de configuración, las medidas y requisitos que estime adecuados para asegurar la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social y la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social...”⁵⁰²”.

⁵⁰² COLOMBIA. CORTECONSTITUCIONAL.Sentencia C-451 de 2005.M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

c. *¿la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro?*

Evidentemente, en el caso concreto, resulta proporcionado permitir que prevalezca el principio de sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad social, por encima del de acceso al derecho de seguridad social de los hijos mayores de 25 años beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; pues la prevalencia de ese último derecho, acarrearía la reducción en la irradiación y campo de acción del derecho, ya que solo estaría focalizado en un solo grupo poblacional: los individuos que cumplan con la característica de ser mayores de edad, e hijos de un beneficiario inicial de la pensión de sobrevivientes. De otro lado, resulta evidente que el campo de aplicación del otro principio si resulta ser mucho más amplio y garantista, asegurando una mejor distribución de los recursos y la no focalización de los mismos en sectores de la población que no los necesitan con la misma urgencia que otros.

3.2.2.2 Formula del peso⁵⁰³.

Una vez desarrollado todo el análisis en punto a la determinación del nivel de importancia de cada uno de los principios contrapuestos en el caso concreto, es posible desarrollar una diagramación en donde se exponga el peso concreto de cada uno de los principios en juego, para ver en términos numéricos como uno de estos prevalece en la situación particular.

La aplicación de la “fórmula del peso” es un procedimiento para determinar el peso concreto del principio P1, en relación con el principio P2, a la luz de las circunstancias de un caso. Esto, se realiza con el objetivo de establecer una “*relación de precedencia condicionada*” entre los principios⁵⁰⁴.

Antes de comenzar con el desarrollo de la fórmula del peso para el presente caso, se deben tener claridad sobre las 3 “variables” necesarias para llevar a cabo tal análisis. La primera de estas corresponde a la evaluación del grado de no satisfacción o afectación de un principio, en donde se debe analizar la gravedad de la medida en punto a su capacidad de afectar negativamente el principio en el caso concreto, estos es ateniendo a todas las particularidades que están en juego en el análisis de la contraposición de estos dos principios; el segundo factor coincide con la evaluación del peso abstracto, entendido como el proceso de asignación de un valor de importancia determinado, que será reconocido a través de un análisis de la importancia del principio “en abstracto”, o considerado aisladamente como un concepto neutro, sin relación alguna con el caso concreto objeto de discusión, ni con ningún otro caso.

La tercera variable que interviene en el desarrollo de la fórmula del peso es el nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas, en otros términos, allí se analiza el grado de certeza de los “presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión”⁵⁰⁵, estos presupuestos empíricos se relacionan “con el significado que la respectiva medida tenga en el caso concreto para la no realización de Pi y la realización de Pj”⁵¹⁷. Los grados de certeza han sido clasificados en diversos estamentos y a cada uno les ha sido asignado un valor, a saber: (1) cierto o seguro, con un valor de 2^0 , es decir, 1; (2) plausible, con un valor de 2^{-1} , es decir, $\frac{1}{2}$; y (3) no evidentemente falso, con un valor de 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$.

⁵⁰³ La fórmula del peso que se desarrollará en el presente acápite, encuentra su fundamento y principal exposición en: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Op. Cit., pp.364-374.

⁵⁰⁴ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Op.Cit.p. 984.

⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 366. ⁵¹⁷ *Ibíd.*, p.71

Ahora bien, para efectos prácticos el proceso de asignación de valores a cada uno de los principios según los tres criterios expuestos en el párrafo precedente, se hará designando un número de 1 a 4 para cada análisis. Siendo el número 1 el indicado para las afectaciones o intervenciones más leves para cada variable, y el número 4 el que representa las afectaciones más gravosas.

Lo expuesto hasta este punto, puede ser graficado de la siguiente manera⁵⁰⁶: Siendo,

I_i = importancia del grado de no satisfacción del primer principio para el caso concreto. (El principio de acceso a la seguridad social).

I_j = importancia de la no satisfacción del principio en colisión en el caso concreto. (El principio de sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad social)

P_i = peso abstracto del principio i (El principio de acceso a la seguridad social).

P_j = peso abstracto del principio j (El principio de sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad social)

S_i = nivel de seguridad respecto de las apreciaciones sobre el principio i.

S_j = nivel de seguridad respecto de las apreciaciones sobre el principio j.

Así pues, y con base en todo lo que ha sido analizado en las páginas anteriores, es posible hacer la siguiente asignación empírica de valores numéricos para este caso concreto:

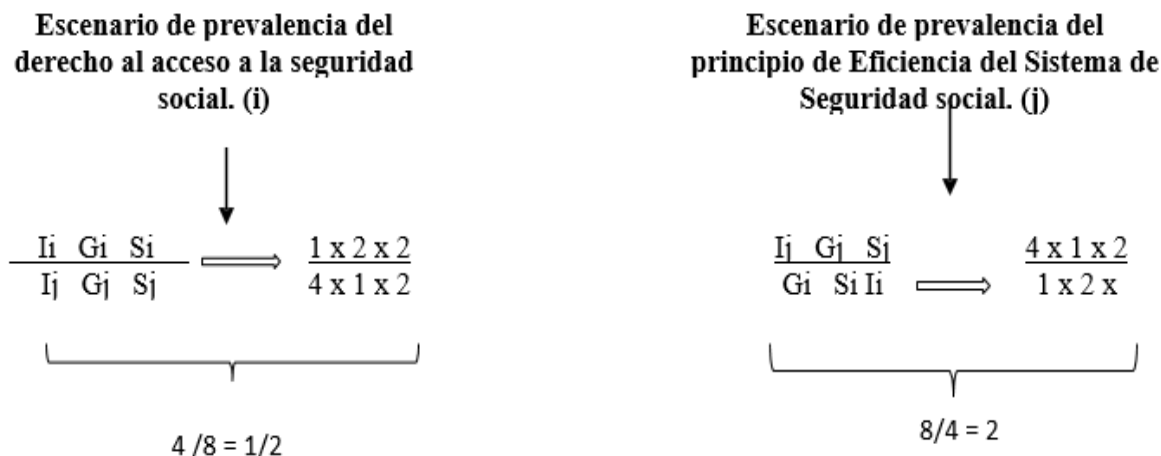
Tabla 17. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable de la edad.

Derechos- Principios contrapuestos.	Variables.		
	Importancia del grado de no satisfacción o afectación del principio.	Importancia abstracta.	Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas.
Derecho al acceso a la seguridad social.	1	2	2
Eficiencia del Sistema de Seguridad social	4	1	2

⁵⁰⁶ La fórmula del peso que se desarrollará en el presente acápite, encuentra su fundamento y principal exposición en: ALEXY, Robert. "Teoría de la argumentación jurídica. Op. Cit., p. 371.

Gráfico 14. Graficación de la Ley de ponderación para el juicio de proporcionalidad de la variable de edad.

Esta tabla puede ser graficada también numéricamente de la siguiente manera:



Es claro, que la protección del principio de Eficiencia del Sistema de Seguridad Social ofrece un mayor beneficio en el caso concreto. Sin embargo, resulta necesario exponer, brevemente, la razón del porqué fueron asignados tales valores numéricos a cada variable.

a) **Importancia del grado de no satisfacción o afectación del principio.**

- **Derecho al acceso a la seguridad social.**

Como bien fue expuesto en la descripción sobre la manera en que debe desarrollarse el análisis de la fórmula del peso, este debe atender específicamente a las circunstancias y particularidades del caso concreto, esto es, debe ubicar los principios contrapuestos en un escenario concreto de aplicación. En ese sentido, es claro que en el caso concreto la importancia de la afectación o no satisfacción del “derecho al acceso a la seguridad social” no es significativa, ya que en caso de no satisfacerse no se afectaría de manera desproporcionada a los derechos de los hijos mayores de 25 años y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, pues ellos cuentan con muchas otras formas para acceder al Sistema de Seguridad Social. Por ello, y atendiendo a que la importancia de afectación de este derecho en el caso concreto resulta tan poco relevante, es que se le asignó el valor numérico de “1”.

- **Principio de eficiencia del Sistema de Seguridad social:**

De igual manera para el presente escenario concreto, la no aplicación del principio de eficiencia del Sistema de Seguridad social si resultaría ser bastante relevante, pues en caso de afectarse tal principio se agotaría una importante fuente de recursos para el mismo sistema; fuente que por lo demás resulta ser bastante justificada ya que atiende a una redistribución justificada de los recursos de las manos de quienes cuentan con plenas capacidades para garantizarse por sí mismos una supervivencia, respecto de quienes, por cualquier motivo, no se encuentra en capacidad de asegurarse el acceso y la permanencia en el Sistema de Seguridad Social. Debido a la gran importancia de este principio en el caso concreto, es que se le asignó un valor de “4”.

Importancia abstracta de los principios.

- Derecho al acceso a la seguridad social.

Al analizar objetivamente y aisladamente- esto es, sin tener en cuenta el escenario de aplicación concreto que se ha discutido a lo largo del presente texto- la importancia del derecho al acceso a la seguridad social, resulta claro que este no puede ser entendido como un derecho de poca importancia, del cual los seres humanos puedan prescindir sin que ello no acarree consecuencias negativas; pero, a su vez este derecho tampoco puede ser entendido como uno de los más importantes derechos de los que goza el ser humano, como lo sería la vida, por ello la asignación numérica que le fue otorgada fue la del número “2”.

- Principio de eficiencia del Sistema de SS.

Este principio objetivamente analizado, de manera similar al anterior resulta ser importante para el buen desarrollo del Sistema de Seguridad Social, pues permite la eficacia concreta de principios como la universalidad, solidaridad y eficiencia del mismo; sin embargo, tampoco puede ser aparejado a un principio fundamental para el desarrollo del ser humano, como lo sería la vida o la dignidad humana. Por ello, le fue asignado el valor de “2”.

Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas: Resulta casi que inevitable no desviar la argumentación hacia alguno de los principios contrapuestos; no obstante esto, en la asignación de los valores del presente caso, se ha optado por ofrecer una valoración numérica objetiva, reconociendo también la posibilidad de que esta pueda estar mínimamente viciada. Por ello, los valores asignados a los dos principios fueron los mismos, a saber “2”.

3.2.2.3 Conclusión- Regla concreta para el caso en términos de una “relación de precedencia condicionada”.

Una vez se concatenan todos los elementos expuestos en cada una de las fases del “Juicio de Proporcionalidad”, resulta claro que al analizar los hechos concretos de este caso - esto es, la restricción hecha por el literal “c” del artículo 47 de la Ley 797 de 2003, a los hijos mayores de 25 de años que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes- debe prevalecer el principio de “sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad social”, sobre el principio de “acceso a la seguridad social”; pues el primero, soportado sobre los principios de igualdad en sentido material, y concretización de los elementos esenciales del Sistema de Seguridad Social consagrados en el artículo 48 constitucional, representa una verdadera manifestación de la pretensión de corrección que siempre persigue la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Lo expuesto en el párrafo precedente, es susceptible de ser cobijado bajo un solo concepto: la solidaridad. Indudablemente la solidaridad aparece en el escenario del siglo XX, como un principio constitucional definitorio y fundante del constitucionalismo del Estado social. Ello es así “...precisamente porque el constitucionalismo del Estado social, a diferencia del constitucionalismo liberal, que era constitucionalismo de la igualdad, es el constitucionalismo de la diferencia...”⁵⁰⁷. En otras palabras, es posible deducir la insolidaridad como componente estructural del constitucionalismo liberal y la solidaridad como componente estructural del Estado social⁵⁰⁸.

Y es precisamente este elemento de la “solidaridad” el que debe servir de tejido conector en una sociedad como la colombiana, en donde la colaboración mutua resulta tan fundamental;

⁵⁰⁷ DECABO, Carlos. Teoría constitucional de la solidaridad. Madrid: Marcial Pons. 2006. p. 45.

⁵⁰⁸ *Ibíd.* p.62.

pues, de no prestar ese “apoyo generacional”, se rompe la reciprocidad que debe caracterizar las relaciones sociales armónicas y pacíficas; que por demás garantizan convivencia y perpetuación de la sociedad en los términos en que se conoce hoy en día, una sociedad en donde los derechos del otro se deben respetar, pues se parte del principio de que también se respetarán los propios. En ese sentido, es innegable que el principio de solidaridad es un principio de articulación social, fuente de derechos y de deberes, que surgen naturalmente dentro del contexto de interrelación solidaria del Estado Social⁵⁰⁹; un estado que completa la función constitucional de articulación e integración social de la gran mayoría social, en donde los “débiles” ocupan un rol protagónico, pues estos se convierten en el fin último de dicho Estado, que busca reforzar el garantismo y extenderlo con la máxima eficacia a todos los sectores que comprende⁵¹⁰.

Así pues, “...los deberes de solidaridad correlativos a los derechos sociales, que favorecen a quienes no pueden velar por sí mismos, no tienen como fin prioritario patrocinar el ejercicio de la libertad, sino proveer lo necesario para la subsistencia del individuo en condiciones dignas. Según Tugendhat, lo que en realidad importa es reconocer que el hombre tiene determinadas necesidades que le son inherentes y cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política...⁵¹¹”. En la misma dirección, se ha pronunciado la Corte Constitucional al definir la solidaridad como “...un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo...⁵¹²”.

Bajo este esquema, es claro que la aplicación del principio de “Sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad social” representa una de las múltiples formas en las que el principio de solidaridad toma cuerpo; pero, a su vez, resulta pertinente afirmar que el principio de solidaridad entendido de la manera en que ha sido expuesto, supone una evidente concreción de la pretensión de corrección. La pretensión de corrección corresponde a un elemento casi que definitorio de cualquier sistema jurídico, así en términos de Alexy “...*todos los sistemas jurídicos elevan necesariamente la pretensión de corrección. Si un sistema no eleva la pretensión de corrección, este sistema no es un sistema jurídico...*⁵¹³”; y, claramente, nuestro sistema jurídico colombiano no puede ser ajeno a tal pretensión, por ello en la concretización de importantes decisiones jurídicas, esta debe constituir siempre el objetivo último de la decisión.

Tal pretensión de corrección toma forma en el caso concreto, al concedérsele prioridad y un papel relevante a la cuestión de la correcta distribución y la correcta compensación⁵¹⁴; siendo la primera forma de corrección- la de distribución- la más tangible y evidente; pues al aplicarse y permitirse la vigencia en el ordenamiento de la medida legislativa puesta bajo análisis, se pone de presente no solo la garantía del principio de sostenimiento y redistribución de los recursos del Sistema de Seguridad Social, con fundamento claro en la aplicación privilegiada

⁵⁰⁹ *Ibíd.*, p.57.

⁵¹⁰ *Ibíd.*, p.56

⁵¹¹ *Ibíd.*, p.300.

⁵¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-767de 2014. 16 de octubre de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵¹³ GAIDO, Paula. El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy. En: *Derechos fundamentales, principios y argumentación-Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Editorial Comares. 2011. p.263.

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Op. Cit. p 41.

del principio de solidaridad, sino también la consecución de una consecuencia práctica fundamental: la posibilidad de garantizar que los recursos puedan ser proyectados con una mayor cobertura, al no concentrarse en unos individuos en particular, a saber, los hijos mayores de 25 años, quienes al contar con una capacidad innegable para actuar, no se les debería asignar la misma cantidad de recursos que necesitan otros individuos que no disponen de tal capacidad. Precisamente, las cuestiones de la correcta distribución y la correcta compensación son cuestiones de justicia. Y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Con ello, la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Ibid.

CAPITULO VIII. ¿EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DE COTIZACIONES IMPACTA LA IGUALDAD?

8.1 ESCENARIO DE CONTEXTO DEL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN-IBC

¿Cómo se financian los regímenes pensionales? El ingreso base de cotización.

El ingreso base, para estructurar las cotizaciones, hace parte del conjunto de instrumentos que fundamentan las formas de financiar las prestaciones económicas ofrecidas por los Sistemas de Seguridad Social; el ingreso base, es asociado regularmente al salario percibido por los trabajadores, en vista de que permite la generación de una cantidad dineraria o monto de las cotizaciones, orientadas a cubrir las cargas prestacionales. Así mismo, no debe perderse de vista que su origen corresponde a una imposición del Estado sobre las rentas del trabajo.

Diversas son las formas de remunerar al trabajo, según se trate de trabajadores dependientes del sector privado, de empleados del sector público, de trabajadores por cuenta ajena, subcontratados, de trabajo intermediado, misional, cooperado, autónomo, informal o terciarizado, que, como se estudió en el capítulo del mercado del trabajo, ha dejado una huella de segmentación, heterogeneidad y desigualdad en el mercado del empleo. Estos diversos escenarios laborales permitirán extraer las aportaciones para superar la *imprevisión* de los riesgos que genera la vida activa, las incapacidades o la etapa de la vejez.

En este contexto, la protección al trabajo que reclamaron las nacientes clases obreras asalariadas en los espacios de las primeras industrializaciones - y bajo el marco de las sociedades del trabajo⁵¹⁶ en el siglo XIX-, inducen a que sean las rentas del trabajo los pilotes para extraer recursos con el propósito de financiar las primeras cargas prestacionales como lo han de ser los aseguramientos en salud, en accidentes de trabajo y prestaciones económicas para la vejez. En las primeras leyes también concurren para su financiación los empresarios y el propio Estado. Este sistema de contribuciones directas realizadas por los agentes de la producción se empieza a extender a varias naciones, aun cuando con algunos tropiezos. En efecto, en el norte de Europa y en la comunidad anglosajona predomina el aseguramiento privado bajo la responsabilidad del Estado y el principio de libertad subsidiada; mientras que, en las sociedades dependientes de América Latina a partir de la segunda década del siglo XX empiezan a crecer los sistemas prestacionales, de carácter restringido, dada la aun débil clase obrera industrial y su precario desarrollo económico, donde van a prevalecer las modalidades de trabajo no asalariado.

En el siglo anterior, se logra consolidar una visión de grandes empresas industriales que se estructuran "...como una colectividad, que reúne alrededor de una misma actividad económica y bajo la dirección de un mismo empresario a trabajadores de diferentes oficios...⁵¹⁷", en expresión del profesor Alain Supiot. Sobre esa premisa se ha de construir el "modelo fordista"

⁵¹⁶ Offe, Clauss. Las sociedades del trabajo.

⁵¹⁷ SUPIOT, Alain- Coordinador en el libro "Trabajo y empleo- transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa" Tirant le Blache. p 35.

para una sociedad urbana industrial con altos niveles de especialización y organización racional del trabajo.

Este modelo

“...es de la gran empresa industrial, que realiza una producción masiva, basado en una especialización estrecha de las tareas y las competencias y en una organización piramidal del trabajo...⁵¹⁸”. Para el grupo de investigadores que coordinara el profesor Supiot, la “...característica fundamental de este modelo, que está presente en todas partes en la misma medida, es la importancia preponderante de contratos de trabajo por cuenta ajena, a jornada completa, no temporales ni estandarizados o típicos (en particular para los hombres adultos), basados en un intercambio entre un elevado nivel de subordinación y de control disciplinario por parte del empresario y un elevado nivel de estabilidad y compensaciones en prestaciones sociales y garantías para el trabajador (que se extiende a los miembros de la familia por la difusión fuerte y homogénea de formas estables de familias nucleares) ...⁵¹⁹”

El desarrollo de la ecuación subordinación-control disciplinario versus estabilidad en el trabajo y prestaciones sociales en los escenarios del capitalismo del bienestar, va a consolidar el clásico modelo de relaciones laborales con una respuesta estructurada por parte del nascente derecho del trabajo en la primera mitad del siglo XX; esta estructura será la fuente para desarrollar las instituciones del derecho del trabajo y la fuente para generar acuerdos entre trabajadores y empresarios, tanto a nivel individual como a nivel colectivo. Quedan vinculados al proceso de aportes, los trabajadores subordinados, los empresarios y el mismo Estado en toda la cadena financiera.

De hecho, quienes están vinculados laboralmente por las reglas formales del derecho contractual o reglamentario, cuentan con una relación jurídica obligacional que los compele a cotizar pero también a contar con la materialización de unas expectativas para recibir una contraprestación o un beneficio posterior; quienes no tienen esos vínculos laborales están excluidos de las posibles prestaciones que genera el modelo clásico laboral; la extensión que se inicia para cubrir a trabajadores autónomos, por cuenta propia, domésticos, intermediarios e informales supondría para no continuar generando desigualdades en el mercado de trabajo y el mercado de pensiones-, la estructuración de otro modelo de relaciones laborales, dados los generalizados procesos de *deconstrucción* de las clásicas relaciones de trabajo a finales del siglo XX y principios del presente.

Las grandes transformaciones en las formas de producción y la incorporación masiva de tecnologías y nuevas modalidades de trabajo producen una “huida” del derecho del trabajo hacia las clásicas instituciones del derecho civil y comercial, particularmente en los contratos. Estos cambios llevaron al profesor Antonio Ojeda a conformar una visión crítica sobre lo que acontece en las tres instituciones fundamentales referidas al trabajador, al empleador y al contrato y en tal sentido señala “...veremos los desajustes producidos en la figura del empresario a través de las variaciones como el empresario subsidiado o el empresario difuso; acudiremos a analizar la hibridación del concepto de trabajador con los aportes de otras figuras fronterizas o con la desintegración de su contenido y asistiremos a la flexibilización del contrato de trabajo en sus requisitos, tipos y modalidades...⁵²⁰”.

⁵¹⁸ Ibid., p. 35.

⁵¹⁹ Ibid., p. 36.

⁵²⁰ OJEDA, Antonio. Deconstrucción del derecho del trabajo. *s.d.*

Para el equipo del profesor Supiot, esas grandes transformaciones se expresan principalmente en los tres niveles siguientes: a) el de la promoción o desarrollo del trabajo por cuenta propia (autoempleo) con respecto al trabajo dependiente por cuenta ajena, b) el de la evolución del criterio de la subordinación que caracteriza al contrato de trabajo; y c) el de la externalización o subcontratación del trabajo hacia empresas económicamente dependientes de un empresario principal.

Ahora bien, con el propósito de direccionar el discurso sobre las cotizaciones, sus bases y principios, se ha de tomar el siguiente sendero: (i) se analizarán los diferentes sistemas de financiamiento de los regímenes pensionales, diseñados hasta el momento y, más concretamente, los referidos a los marcos de protección al trabajo en el modelo bismarckiano, y en el modelo posterior presentado por Lord William Beveridge en 1942, quien tenía una amplia experiencia académica al haber sido director del “*London School Economics*” y luego Principal en la Universidad de Oxford; en un segundo momento, (ii) se realizará un acercamiento a la naturaleza jurídica de las cotizaciones, dado que algunos las consideran como parte integral de los salarios, y para otros, dado su carácter público, corresponde a una carga impositiva; posteriormente (iii), se estudiarán las bases, la cuota y sus restricciones, como elementos de la crisis financieras y la extensión de los regímenes pensionales a trabajadores no asalariados excluidos de la protección social; para finalizar, (iv) con un análisis sobre el escenario de las especificidades de las cotizaciones en el marco jurídico e institucional colombiano y sus alcances de cara al principio de igualdad.

1. Sistemas generales de financiación de los regímenes pensionales.

Desde el nacimiento de la seguridad social a finales del siglo XIX, se han construido diversas estrategias para financiar las cargas que ofrecen los regímenes pensionales, vinculados con la invalidez, la vejez y la sobrevivencia, a nivel de un país determinado o de un conjunto de trabajadores de una rama de actividad económica o profesional.

En este contexto, toma gran importancia el modelo de solidaridad intergeneracional que sustenta el aseguramiento en seguridad social. La deuda intergeneracional señala el profesor Devolder, “... constituye la aceptación de parte de un individuo de suspender la producción de bienes o servicios a partir de una cierta edad, es reconocida desde hace mucho tiempo por la mayor parte de las sociedades humanas. Pero era a menudo la célula familiar, la cual organizada de forma multi – generacional, la que se encargaba de proporcionarle el reposo...⁵²¹”.

La modernidad ha de generar el espacio para construir los dos grandes sistemas de financiación que se han de consolidar en el siglo XX de manera organizada y bajo el diseño de marcos institucionales y jurídicos; este proceso se inicia en Alemania, luego de las grandes expresiones de inconformidad de la clase obrera asalariada, cuando se estructuran entre 1883 y 1889, el reconocimiento de las pensiones de invalidez y vejez y los seguros de enfermedad. Posteriormente, se presentará el modelo inglés cuyas fuentes principales de financiamiento han de ser los impuestos generales.

Dentro del primer modelo, a saber, el del “Seguro Social”, se destaca el hecho de la obligatoriedad del sistema y de sus mandatos para organizar la protección, así en su primera fase se dirigiera solamente a los trabajadores asalariados industriales. El seguro social que surge va a ser similar al seguro privado, del cual se toman sus téc

⁵²¹ DEVOLDER. Op. cit., p. 17.

nicas, como lo expresara el profesor Paul Durand, dado que ambos cumplen una función consistente en la indemnización de riesgos. En otros términos

“...Ambos recurren para ello, a la misma técnica: agrupación de riesgos y su dispersión en el colectivo. El seguro social consigue esa finalidad mejor que el privado, porque se extiende obligatoriamente a un gran número de personas...⁵²²”. De esta forma, a los agentes de los procesos económicos y del trabajo se les imponen las llamadas contribuciones directas, como una “...carga financiera de los seguros que se repartía entre los empleadores y los asegurados. A veces se añadió a una subvención del Estado a estas cotizaciones...⁵²³”.

En el modelo de Beveridge, expuesto en la publicación titulada “*Social Insurance and Allied Services*”, el seguro social se concibe principalmente como un seguro nacional, y en concepto del profesor Almanza se destaca la propuesta de unificación y homogeneidad para superar la heterogeneidad de seguros, en hacer un compacto seguro y en unificar las cotizaciones por simplicidad económica y administrativa, cubriendo una única cotización y en unidad de acto, todos los riesgos; se destaca la estrategia de generalización protectora a todos los miembros de la población, con derecho protegible en virtud del simple título de ciudadano⁵²⁴. Ello induce a sentar las bases de una importante participación de recursos, cuyas fuentes son los impuestos. Agrega el profesor Almanza que “...la financiación debe gravar, de un lado, sobre las cotizaciones, que deben desligarse también de los salarios y cuantificarse según módulos racionales y soportables; de otro, sobre el Estado cuyas aportaciones han de enjugar los déficits que se produzcan...⁵²⁵”.

Así mismo, se debe destacar que, dentro del diseño de los Sistemas de Seguridad Social, gravitan los problemas financieros, los cuales llevan a preguntarse ¿Cómo pueden los regímenes de seguridad social lograr el desarrollo de sus políticas y el cumplimiento metas? ¿Son suficientes sus recursos? ¿Seguirán siendo los ingresos laborales, las principales fuentes para satisfacer las ofertas prestacionales? Para tal efecto analizaremos dos puntos básicos: a) sistema de fuentes de la financiación y b) las formas de financiación, que algunos estadísticos y economistas denominan igualmente técnicas de financiación.

A). Sistemas de fuentes de la financiación de los Regímenes Pensionales.

Los regímenes pensionales están llamados en todo momento a hacer frente a los desequilibrios que se presentan entre los ingresos recibidos y los gastos que generan los beneficios, lo cual conduce necesariamente a instaurar un debate permanente sobre las fuentes para obtener recursos que faciliten hacer sostenibles las prestaciones acordadas.

Según que los recursos provengan de los actores directos de la producción y del trabajo, los aportes tendrán como fuente principal las rentas del trabajo; o bien, en otra dirección, las cargas financieras estarán a cargo del Estado, mediante las modalidades de impuestos o tasas generales.

➤ **De las cotizaciones profesionales:** las primeras prestaciones, concebidas en Alemania, tuvieron como fundamento las contribuciones profesionales para los seguros de enfermedad, invalidez-viejez, donde participaron activamente los trabajadores asalariados

⁵²² DURAND. Op. cit., p. 110.

⁵²³ Ibid. p. 109.

⁵²⁴ ALMANZA. Derecho de la seguridad social. Op. cit., p. 73-74.

⁵²⁵ Ibid., p. 74.

y los empleadores, en ocasiones apoyados con subvenciones del Estado. En palabras del profesor Monereo "...la cotización está integrada, pues, por dos aportaciones: la denominada "cuota obrera", que corresponde al trabajador, y la cuota "patronal" que corresponde al empresario...⁵²⁶".

El profesor Duran, en su clásica obra, se introduce en las razones de justificación de este procedimiento ¿Por qué los asegurados? ¿Por qué los trabajadores? Y la respuesta del autor, indica que parece natural que participen en el financiamiento de las instituciones de las que obtendrán beneficios ¿No tendrían de lo contrario que constituir un ahorro solos, o suscribir una póliza de seguros, si las instituciones de seguridad social no existieran? Aún más, agrega el autor, que el pago de la cotización es lo que permite, por otra parte, que se reconozca a los asegurados un derecho (en sentido técnico) a las prestaciones de seguridad social y lo que permita también distinguir netamente entre el seguro y la asistencia⁵³⁹.

Para el profesor Almanza, la "cuota obrera" refleja "...en su tradición a conceptos tributarios, un impuesto sobre las rentas de las personas físicas, o si se quiere, sobre el rendimiento del trabajo personal. Sin embargo, y pese a esta primera apariencia, la carga tributaria es trasladada al empresario mediante aumentos de los salarios conquistados en convenios colectivos. El empresario, por su parte y siempre que le es posible, tiende a repercutir en el precio del producto la carga tributaria trasladada. Así, lo que en principio nace como impuesto directo, se convierte, tras sucesivas metamorfosis en impuesto indirecto sobre el consumo...⁵²⁷".

Se ha de entender que la superación de los riesgos asociados a los accidentes de trabajo, a las enfermedades profesionales y a la invalidez, interesan en forma directa al empresario; y, como agregara el investigador Durand "...los empresarios que obtienen un beneficio del trabajo ajeno deben participar en la tarea de garantizar medios de existencia que lleva a cabo la seguridad social (...) y esta obligación es tanto o más imperiosa, cuanto que los salarios a menudo son insuficientes para permitir a los trabajadores organizar por si mismos su cobertura contra los riesgos sociales (...) la política de indemnización de riesgos, y sobre todo su prevención, tiende a mejorar la condición del personal de la empresa...⁵²⁸".

Además de las rentas del trabajo, en el sistema de cotizaciones puede concurrir el Estado bajo diferentes modalidades, según las precisiones que hace Durand: concediendo anticipos a las instituciones de la seguridad social, que le permitan cubrir un hipotético déficit, anticipos que serán recompensados en futuros excedentes en los ingresos; un segundo procedimiento consiste en transferir parte de los recursos a la seguridad social; en tercer lugar, el Estado puede optar por la creación de impuestos, tasas o sanciones económicas y afectar a las instituciones de seguridad social; un cuarto procedimiento permitiría al Estado reemplazar en las instituciones parte de sus gastos, y, finalmente, el Estado puede reembolsar a los sujetos obligados a cotizar, total o parcialmente, el valor de las cotizaciones que ha pagado⁵²⁹.

➤ **De los impuestos:** contrario al régimen de cotizaciones que se caracteriza por contar con una contrapartida, se encuentra el régimen de impuestos; en efecto, se señala que cuando

⁵²⁶ MONEREO PEREZ. Op. cit., p. 188.

⁵²⁷ ALMANZA, Pastor. Derecho de la seguridad social. Op. cit., p. 553.

⁵²⁸ DURAND. Op. cit., p. 357.

⁵²⁹ Ibid., p. 361 y ss.

“...una participación financiera o un descuento obligatorio es calificado de impuesto, desde luego que no generan vínculos para establecer el derecho a una prestación...⁵³⁰”.

En este modelo, será pues el Estado quien asegure, en la conformación del presupuesto general, los recursos que van a afectar la seguridad social. Sin embargo, este tipo de financiamiento es muy limitado. Como modelo único, se puso en marcha por primera vez con absoluta generalidad en el sistema neozelandés “... el más completo de los conocidos, y donde quizá se vislumbre el ideal de la seguridad social”. Su instauración data de 1938, sin precedentes avanzados antes de esta fecha, la protección social era confiada a sociedad de seguros mutuos de carácter privado. Una ley del 14 de septiembre de 1938 sorprendió al mundo, instaurando un sistema asistencial completo, basado en la idea de solidaridad más avanzada, según la que todo individuo cuyo stand vital, descienda de un mínimo objetivo, posee un derecho frente a la sociedad para injurarlo...⁵⁴⁴”.

Este sistema protege a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, cobija todas las necesidades sociales, y se financia con impuestos generales sobre la base de una solidaridad nacional. Otra experiencia, la ofreció la Rusia Soviética donde “...la financiación de la seguridad social, a cargo exclusivamente de las empresas, se basa en un impuesto sobre el salario, cuya tasa varía según la rama de actividad...⁵³¹”.

Este par de enfoques clásicos sobre las fuentes, induce a una serie de combinaciones entre los agentes de la producción y del trabajo y las fuentes fiscales; de esta forma, cuando los estados deciden sobre las fuentes o la fuente principal para financiar la Seguridad Social, se enfrentan no solo a una “...cuestión técnica- económica, como canalizar los fondos del sistema, sino a una política social, referida a las preferencias para la redistribución de la riqueza nacional- , entre otras cosas, porque las decisiones de financiación marcan los niveles de protección...⁵³²”. Y desde la fundamentación de los enfoques, se precisa:

-“...Por un lado, el sistema contributivo, que se basa fundamentalmente en las aportaciones – cotizaciones o cuotas-; participación en el coste de las prestaciones, como el tique moderador en el caso de las farmacéuticas – de los “asegurados” (y de los empresarios), por otro lado, el sistema presupuestario, alimentado básicamente por las aportaciones fiscales – impuestos, generales o específicos, afectos a este fin- del estado-. El primero responde al principio de contributividad propio de los sistemas de seguridad social <profesionales>, el segundo hace efectivo el principio de solidaridad típico de los sistemas de seguridad social <universales>...⁵⁴⁷”.

Las formas de financiación.

Estas técnicas de cotización están regularmente asociadas a los planes de beneficios pensionales; y para ello, media un concepto que tiene gran relevancia en este escenario y es el que se refiere a la ecuación general de equilibrio actuarial. En teoría de pensiones, esta equivalencia, dice el profesor Devolder no se expresa de manera general a nivel de cada

⁵³⁰ SAUVE, Jean-Marc. Vicepresident du Conseil d 'Etat. Intervención en el Coloquio organizado por el Consejo de ESTADO Francés el 27 de junio de 2014, en el debate sobre “Impot et cotisation: que financement pour la protection sociale?.Conseild'Etat. La Documentation Française. Paris, 2015. p, 16.

⁵³¹ DURAND. Op. cit., p. 364.

⁵³² MONEREO PEREZ. Op. cit., p. 180.

individuo, sino más bien al nivel de un conjunto o de un colectivo. Al respecto el autor en comento, precisa:

- "...La ecuación de equilibrio de un régimen de pensiones, se basa en el principio de equivalencia actuarial, entre prestaciones y contribuciones: las prestaciones futuras deben ser financiadas bien sea por las contribuciones futuras, o bien por la reserva inicial eventualmente existente..."⁵³³

Sobre esos fundamentos, se construyen diferentes familias sobre los métodos de financiamiento; pero, principalmente se agrupan en dos grandes conjuntos: métodos de reparto y métodos de capitalización.

Para el jurista Almanza, las técnicas financieras de reparto, "...suponen la distribución inmediata o a corto plazo de las cotizaciones e ingresos generales de la seguridad social que, sin tiempo para ser capitalizados, se convierten en prestaciones a percibir por los sujetos beneficiarios. Las técnicas de reparto son las que mejor se adecuan a un sistema de seguridad social, ya contributiva, ya asistencial, y permite plasmar el principio de solidaridad financiera..."⁵³⁴. De otra parte, el jurista español Monereo, considera el reparto en términos simples, el cual "significa que los afiliados de hoy, no <pagan> sus prestaciones, sino la de los pensionados actuales, en la confianza de que los afiliados de mañana pagaran las suyas[...]"⁵³⁵.

Este modelo de fuerte tradición bismarkiana, se fundamenta en el principio de solidaridad intergeneracional y obviamente no está exento de que se produzcan fuertes desequilibrios, en el evento en que el valor de los ingresos no corresponda con el valor de las prestaciones. El economista Valdés llama "reparto" a la práctica de destinar el total de cotizaciones de un periodo de pago de pensiones, en el mismo periodo, evitando acumular o desacumular activos o fondos de pensiones⁵³⁶. Un atributo básico que se ha incorporado en el diseño de esta fórmula, que tomará el nombre de prestación definida, (PD) es su no correspondencia con la trayectoria y monto de las pensiones, y los beneficios establecidos para la edad de retiro que ha de obtener el trabajador. Ello, en tanto se definen las fórmulas de beneficios en la técnica del reparto, pero no se le acompaña de una relación sinalagmática, más propia del seguro privado.

La técnica de capitalización, individual, corresponde a la otra gran familia de financiamiento, "...donde cada activo financia, durante su vida activa, su propia pensión. Hay en ese caso equivalencia entre el valor actual de las cotizaciones entregadas durante la actividad laboral y el valor actual de las pensiones pagadas después del retiro..."⁵³⁷. El economista Valdés llama "capitalización" a la práctica de respaldar las promesas de pensión con activos protegidos por derechos de propiedad, como, por ejemplo, propiedad y títulos financieros endosables. Estas inversiones constituyen el "fondo de pensiones" del plan⁵³⁸.

Queda claro que es un método de acumulación de un stock de capital a futuro, donde el eje central no es el colectivo, así haya una comunidad de riesgos, sino que el riesgo lo asume cada trabajador, de cara a la imprevisión ante la posible pérdida de ingresos. Así lo reafirma el jurista Monereo al establecer que

⁵³³ DEVOLDER. Op. cit., p. 65.

⁵³⁴ ALMANZA. Derecho de la seguridad social. Op. cit., p. 559.

⁵³⁵ MONEREO PEREZ. Op. cit., p. 185.

⁵³⁶ VALDÉS. Op. cit., p. 391.

⁵³⁷ DEVOLDER. Op. cit., p. 78.

⁵³⁸ VALDÉS. Op. cit., p. 391.

“...cada generación de afiliados asume sus riesgos, y paga sus prestaciones, aportando las cantidades que, según el cálculo actuarial, para la pensión futura -, típico de la lógica del aseguramiento mercantil. El eje sobre el que se articula este sistema es de base claramente <capitalista>: la acumulación de recursos suficientes a lo largo del tiempo, para permitir cubrir el ciento por ciento del valor actual de las obligaciones para pensiones, construidas por los cotizantes actuales. Además, de los problemas de desigualdad que genera, – pues es obvio que no todos tienen la misma capacidad de ahorro- tiene gravísimos problemas financieros, como lo han evidenciado las escasas experiencias que lo han asumido recientemente (p. ej Chile): no protege frente a la inflación, con lo que todo el riesgo recae sobre el pensionista...⁵³⁹”.

Existe otra forma de acercamiento a las cotizaciones, desde la óptica de los beneficios, que los economistas y actuarios agrupan en donde grandes familias: “la fórmula, por años de servicio” y la “fórmula actuarial”. Esta última se llama también de “cuentas individuales”. La primera es una forma funcional, que premia explícitamente la mayor duración del periodo de aportes, mientras que la segunda la premia usando la fórmula del valor futuro de una anualidad, que también depende de la duración del periodo de aportes⁵⁴⁰. Agrega Valdés, que, con frecuencia, se supone que la fórmula “por años de servicio” se usa en los planes de reparto, y que la “fórmula actuarial” se usa en los planes financiados por capitalización, lo cual es un frecuente error, dadas las generalizadas formas de hibridación entre las dos fórmulas, y que en realidad el beneficio definido se refiere a que el plan no transmite riesgos agregados a los pensionados del plan⁵⁴¹.

Naturaleza jurídica de las cotizaciones.

Una de las mayores preocupaciones de cara a los procesos de financiación de la seguridad social, es la creciente participación de los recursos fiscales en el sostenimiento de las cargas prestacionales. Las crisis financieras de las naciones de occidente han retomado este tema, que hacía parte de la construcción de los estados de bienestar y han iniciado para los sistemas clásicos, fuertes recursos en las prestaciones, bien sea, en su participación financiera o bien en la contención de los gastos. Ello, ha ido generando una mezcla de participaciones fiscales con los agentes de la producción y el trabajo, hasta sentar las bases de los sistemas híbridos.

Surge pues, la necesidad de estudiar la naturaleza jurídica de las cotizaciones, la cual será diferente si proviene de los ingresos laborales a aquellas que se alimentan de los recursos públicos.

Para una parte de los tratadistas, como lo expresa el profesor Duran, las cotizaciones son una forma especial de salario; de esta forma, se trataría de pagos anticipados, ante eventuales riesgos, en la época de inactividad económica. En efecto “...en lugar de pagar al trabajador la totalidad de la remuneración a que tiene derecho, el empleador entrega una parte de ella a las entidades gestoras de la seguridad social, para asegurar en un futuro la subsistencia del asalariado que haya sido víctima de un riesgo. La cotización de seguridad social vendría de este modo a representar, un salario < diferido >, porque no se paga inmediatamente al trabajador, o un salario <solidarizado> o <socializado>⁵⁴² (...), también se habla de un salario de actividad,

⁵³⁹ MONEREO PEREZ. Op. cit., p. 185.

⁵⁴⁰ VALDÉS. Op. cit., p. 291.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 293.

⁵⁴² DURAND. Op. cit., citando expresiones utilizadas por L.E TROCLET. La securite social en Belgique. T.I, 41, 45. En el texto de Durand, p. 365.

que corresponde a la prestación de trabajo, y que se diferencia de un salario de inactividad, verdadero salario redistribuido...⁵⁴³”.

El tratadista Almanza, al precisar la doctrina salarial de la cuota, explica que las cotizaciones enlazadas con el salario del contrato del trabajo y con la prima del seguro privado, son asociadas con los defensores del seguro social tradicional⁵⁴⁴, lo cual no se corresponde con el concepto de seguridad social. En la misma dirección acota el profesor Monereo, al afirmar que “...no faltan tesis jurídico- privatistas que atribuyan a la cotización una naturaleza análoga a la <prima> del contrato de seguro o que más acreditadamente (en todo caso, sin basamento estrictamente jurídico), la calificación como una forma <salario de previsión> o <salario diferido>, que el trabajador recibirá en forma de prestación...⁵⁴⁵”.

La segunda gran escuela, advierte que la naturaleza de las cotizaciones a la seguridad social se corresponde con un verdadero impuesto, aun cuando con algunas restricciones. Siguiendo al tratadista Durand, “...es exacto que las cotizaciones en el sistema de libertad subsidiada, las primas pagadas por los empleadores a las compañías de seguros y destinadas a cubrir la responsabilidad por accidentes de trabajo, o finalmente, las cotizaciones pagadas espontáneamente por los empleadores a las entidades gestoras de subsidios familiares no respondían a la definición estricta de impuesto. Se trataban de deudas de derecho privado...⁵⁴⁶”. Esta situación se ha de transformar a partir del mandato de obligatoriedad de la cotización, impuesto por la ley, y al transformar el concepto de seguro social al de seguridad social, consagrado en el Social Security Act de 1935 en Estados Unidos. Y, para afirmar la naturaleza de impuesto, Durand, precisa que el tipo de cotización y la base no se dejan a la libre elección de los interesados, sino que se fija por autoridad pública con carácter general; el destino de esas cuotas corresponde, agregando argumentos el autor, a la institución de un auténtico servicio público, cuyo objeto es garantizar la asistencia a las víctimas de los riesgos en los que puedan incurrir. La deuda por cotizaciones de seguridad social no reposa ya sobre una base contractual, por el contrario, según esta teoría, constituye un verdadero impuesto, si bien, desprovisto de dos caracteres típicos de este: la anualidad, y la no afectación⁵⁴⁷. Ello, en virtud de que los recursos de la seguridad social no se fijan por anualidades y de que, la no afectación del impuesto se encuentra motivada por la autonomía administrativa y financiera de la seguridad social.

El profesor Almanza, luego de un escrutinio de diferentes figuras jurídicas asociadas a la imposición tributaria, logra desestimar la naturaleza de las cotizaciones como ingreso público especial, como impuesto común, como tasa y como contribución especial, llegando al final a la tesis de la *exacción fiscal*, con régimen propio.

Hoy en día la tendencia a considerar la cotización como una obligación de carácter tributario, aunque en sentido lato, dice Monereo es la tesis más asumida por la doctrina y la jurisprudencia (Supremo Tribunal Constitucional 124-1989), pero insiste en que el carácter especial que presenta no se puede identificar con los tributos; el régimen jurídico de la seguridad social difiere del régimen jurídico de la tributación. En definitiva “...la dimensión eminentemente

⁵⁴³ DURAND. Op., cit., citando expresiones utilizadas por L. Alvin.Salaires et Securite Sociale. Pgs 10-11 y Principes de Securite Sociales en Rev des sciences econom. 1948, pags 80 y ss. En el texto de Durand, p. 365.

⁵⁴⁴ ALMANZA. Derecho de la seguridad social. Op. cit., p. 288.

⁵⁴⁵ MONEREO PEREZ. Op. cit., P, 187.

⁵⁴⁶ DURAND. Op. Cit., p. 366.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 367.

<social> que tiene esta prestación patrimonial, impide que se pueda recurrir a lecturas estrictamente jurídico privadas, pero también matiza significativamente el uso de construcciones jurídico-tributario puras, pese a las últimas reformas orientadas a <imponer> una –extremada y contraproducente- concepción <fiscalista> de las instituciones de la seguridad social. En resumen, ninguna interpretación puede prescindir de que nos encontramos ante una prestación patrimonial pública, no es más preciso quien termina acudiendo a la técnica de lo cuasi tributario-, con un régimen jurídico peculiar y especial (...) que debería llamarse por su propio nombre, <la cuota de seguridad social>...⁵⁴⁸”.

Esta corriente de pensamiento se corresponde con la planteada por el jurista Almanza al afirmar la tesis de la cuota como *exacción parafiscal*; tesis sostenida por numerosos autores (Lega, Durand, Ucelay, Vicente- Arche), es particularmente atractiva para los que consideran las entidades gestoras de la seguridad social, como entidades estatales autónomas. En efecto, la parafiscalidad implica que tales ingresos no se integran en los presupuestos del Estado, ni se administran por este, sino en los presupuestos del organismo autónomo a quien corresponde su administración⁵⁴⁹.

Esta concepción de la naturaleza de la cuota, como expresión de la parafiscalidad se ha venido consolidando, no solo como parte de la doctrina jurídica, sino como expresión de la jurisprudencia; de ello dan cuenta, en el caso colombiano, las sentencias C-797 del año 2004 y T408 del año 2007. Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-243 de 2006, en donde se afirmó lo siguiente:

“...Los aportes obligatorios que realizan los afiliados al Sistema de Seguridad Social en pensiones, según la jurisprudencia constitucional, revisten el carácter de contribuciones parafiscales. Dichas contribuciones fueron definidas por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre las cuales la Corte ha indicado que son recursos con una destinación determinada y precisa lo que no las convierte en renta de destinación específica, y, además, pueden estar incluidas dentro del Presupuesto General de la Nación sin que por ello entren a engrosar el erario público ya que mantienen su afectación especial...⁵⁵⁰”.

Las bases, la cuota y sus restricciones.

Una vez identificadas las fuentes y las técnicas de financiamiento, corresponde ahora examinar los elementos que configuran las bases cuando se encuentran en pluralidad de cotizaciones o la base cuando afecta a un solo régimen prestacional.

La base de cotización, en palabras del jurista Almanza “...constituye la base imponible sobre la que se aplica el tipo impositivo. En realidad, si bien se observa, la base de cotización, similarmente a la determinativa de los impuestos comunes, expresa un índice directo indirecto de la capacidad contributiva de los sujetos afectados. Respecto al trabajador, su aportación tiene como base impositiva su propio salario, como una especie de impuesto sobre la renta. Respecto al empresario, la base se halla constituida por la masa salarial de la empresa, que normalmente indica el volumen económico de la misma...⁵⁵¹”. Es preciso tener presente, que la identificación de la base impositiva va a afectar no solo los recursos del sistema, sino en mayor o menor medida la protección de las contingencias del régimen de salud, como parte de la seguridad

⁵⁴⁸ MONEREO PEREZ. Op. cit., p. 187.

⁵⁴⁹ ALMANZA, Pastor. Derecho de la seguridad social. op. cit., p. 285.

⁵⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-243 de 2006. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁵¹ ALMANZA, Pastor. Derecho de la seguridad social. Op. cit. p. 286.

social, los riesgos de invalidez, sobrevivencia, vejez y el auxilio funerario; otros parámetros se han utilizado para proteger las contingencias que se presentan por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, a cargo exclusivamente de los empleadores. A aquello, habría que agregar las prestaciones que se producen por el desempleo, cuando el sistema de seguridad social lo ha consagrado y las asignaciones familiares que complementan los salarios particularmente bajos.

Según el sistema de gestión que hayan diseñado los regímenes de reparto o capitalización, es posible que se cuente con una mezcla de cotizaciones generales, específicas, parciales, conjuntas, extraordinarias o voluntarias; otros regímenes han preferido construir una sola cuota, unificada, para responder ante las diversas contingencias que hoy en día mantienen la mayor parte de los ordenamientos jurídicos.

En ese sentido, si la base del cálculo son los salarios reales, sobre ello se ha de aplicar el tipo impositivo. Sobre esto, se puede expresar en concepto del jurista Monereo que “...*el objeto de la relación de cotización es la cuota, suma dineraria que los cotizantes han de pagar a la seguridad social. Esta cantidad es resultado de la operación liquidadora de aplicar a una cantidad fijada legalmente- base de cotización- un porcentaje- tipo de cotización-. Los elementos estructurales de la relación de cotización son (hay que reconocer que análogo, a la relación obligatoria de contribución tributaria): la base, el tipo y la cuota*⁵⁵²...”.

La combinación de estos tres elementos que estructuran un sistema de cotizaciones trasciende las decisiones puramente técnicas. Generar una modalidad de estructura de donde surge la cuota es un tema de política pública que va a afectar un régimen específico y a un país determinado. Esta decisión condiciona la extensión y la profundidad de la acción protectora y en palabras del jurista Monereo “...nos conduce a tres acciones básicas:

- Cuota proporcional al salario, o bien de carácter fijo y uniforme.
- Cuota distributiva entre los sujetos a los que afecta, o bien a cargo de uno solo de ellos.
- Cuota variable para cada una de las contingencias protegidas, o ser una cuota única para todo el sistema...⁵⁵³”.

Sin embargo, no siempre aparece claramente definido el concepto de salario, al asociarlo frecuentemente con la “remuneración al trabajo”, cualesquiera que sean las formas que vaya tomando; así, en el trabajo dependiente por cuenta ajena se habrá de distinguir si se refiere a la remuneración, a los derechos que tiene el trabajador por su actividad productiva o bien si esa remuneración se refiere a la efectivamente recibida, en dinero o en especie por su vinculación al proceso de trabajo. Ello induce a precisar, en el diseño de la base salarial, los componentes de la remuneración, los complementos de ella y los beneficios acordados como factores salariales, ya sea en el contrato de trabajo o en la vinculación reglamentaria, y determinar aquellos elementos que no configuran el salario y que regularmente lo consignan los Códigos o los Estatutos del trabajo. A esa base, habría que agregarle los beneficios económicos que generan las propias empresas y también aquellos beneficios asistenciales que son excluidos del salario de base. Cuando ello no se estructura para efectos del reconocimiento

⁵⁵² MONEREO PEREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y QUESADA SEGURA, Rosa. “Manual de seguridad social”, Tecnos. Novena edición. Madrid, 2013. p, 191.

⁵⁵³ Ibid.

de las prestaciones económicas y de pensiones, lo que se hace es construir un escenario de conflictos, como más adelante se ha de referir, concretamente en las intervenciones y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en el caso colombiano, en el juicio de proporcionalidad que se ha de adelantar.

Más complejo se presenta el escenario de salarios cuando intervienen las empresas subcontratadas, subordinadas, cooperadas, asociadas y con los nuevos perfiles de trabajadores, de cara a las grandes transformaciones de la producción que se están dando, y a las denominadas nuevas economías. Las figuras de la interinidad, la flexibilidad, las variaciones en remuneración y la seguridad van a hacer difícil el acceso a estos trabajadores a los sistemas de protección, alejándolos con ello, del modelo clásico laboral del siglo XX.

Para los trabajadores autónomos, independientes, por cuenta propia, dadas las variaciones que se registran en sus ingresos laborales, la legislación se acerca a establecer unas bases impositivas, con fundamento en algunos supuestos sobre la generación de ingresos, con la dificultad de que en la práctica se hagan sostenibles sus cuotas y su permanencia en el régimen para acceder a una pensión. En el caso de los trabajadores de muy baja productividad, asociados a la informalidad, dadas las barreras que se tiene para generar ahorros y contribuir con sus cuotas, significa que el diseño de cotizaciones para alcanzar una protección en la incapacidad o en la vejez, no va a ser otra cosa que generar exclusión. Corresponderá al Estado diseñar e impulsar un conjunto de mecanismos para generar beneficios asistenciales o bien para contribuir con algunos segmentos de estos trabajadores para alcanzar la denominada pensión mínima.

Esta armonización entre salarios y cotizaciones va a ser significativa cuando se contraste con el monto de las prestaciones cobijadas por los regímenes pensionales. En efecto, si de la fórmula de capitalización se trata, ha de dominar el sinalagma, entendido como esa relación causa-efecto, extraída y próxima al seguro privado, donde se compensan el valor de las cotizaciones con el valor de las prestaciones otorgadas. La fórmula de reparto, que, como se analizó anteriormente, no genera dependencia entre la estructura de cotizaciones y el valor de las prestaciones recibidas; pero, la cuota procedente de aplicar el tipo a una base impositiva ha de dar fundamento al equilibrio financiero, de cara a una cohorte de individuos (generación) o a un colectivo de trabajadores, que en expresión de los actuarios, protege a una comunidad de riesgos.

El discurso sobre las formas de cotización supone una correspondencia entre afiliados-cotizantes en el régimen de reparto, para obtener una prestación definida (PD), en la fórmula actuarial, en donde lo básico es la cotización definida (CD) que le abre el sendero para obtener una pensión. En ambos sistemas, eje fundamental para la financiación es el equilibrio que se genere entre las cuotas de los cotizantes y los beneficios que se han de recibir.

Sin embargo, esos desequilibrios, cuando se presentan, se han convertido en las bases de las crisis de los sistemas de financiamiento de la seguridad social, dado que los regímenes pensionales han venido recibiendo mayores cargas, motivados, entre otros escenarios, por el proceso de envejecimiento acelerado de la población, aumentos sensibles en la esperanza de vida, una mayor universalización de los sistemas de seguridad social y de sus contenidos, no solo a la población asalariada, sino al conjunto en nuestro caso de la fuerza de trabajo, una mayor incorporación a la protección de contingencias sociales y un proceso de fiscalización de los recursos de la seguridad social que toca la estructura de subsidios como los que se analizaron

en el capítulo sobre los regímenes pensionales en Colombia. Ese conjunto de nuevos escenarios genera restricciones y desequilibrios financieros que hacen pensar a los estados en nuevas estrategias de protección y de reformas sobre todo paramétricas de los regímenes pensionales con un componente de inclusión.

El escenario de especificidades las cotizaciones en Colombia.

El sistema colombiano de cotizaciones reposa, como en la mayor parte de los regímenes, en las rentas del trabajo. En efecto, el artículo 17 subrogado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003, hace obligatoria la cotización durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, sobre la base de los salarios o ingresos por prestación de servicios que devenguen hasta el momento de acceder a la pensión de vejez o de pensiones anticipadas.

A la fórmula de cotización, concurren el empleador con un 0,75 % de participación y el trabajador dependiente por cuenta ajena con un 0,25 %, que en la práctica corresponden al 12 % y 4% respectivamente de la base cotizable. Cuando el trabajador es independiente o por cuenta propia ha de asumir la totalidad de la cotización, o sea, el 16 % a la fecha. Cuando el afiliado tenga un ingreso mensual igual o superior a 4 SMLMV, según el artículo 20 de la ley 100 de 1993, tendrá a su cargo un aporte adicional del 1 %; así mismo, la cuota aumenta para quienes devenguen más de 16 SMLMV hasta completar el 1% adicional.

Esta ley básica de seguridad social estructura las reglas básicas de la cotización en su artículo 18, y determina como base de cotización el salario mensual y genera otras normas importantes:

- El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.
- El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992.
- El límite de la base de cotización será el de 25 SMLMV, para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de 25 SMLMV la base de cotización será reglamentada por el Gobierno Nacional y podrá ser hasta de 45 SMLMV, para garantizar pensiones hasta de 25 SMLMV.
- Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración hace parte bajo la modalidad de salario integral, se calcula sobre el 70 % de dicho salario.
- En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.
- En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior a 1 SMLMV; excepto para los trabajos del servicio doméstico, según la ley 11 de 1998 (artículo 18).

Como se observa, la base es el salario mensual; sin embargo, se plantea un trato diferente para los trabajadores públicos y privados; como dice la norma, los trabajadores privados tiene como referente de salario mensual lo que establezca el Código Sustantivo del trabajo en el artículo 127, el cual fue modificado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990; en cambio, para los servidores públicos, el salario mensual, base de la cotización, es el que señala la ley 4 de 1992.

El artículo 127 del CST establece los elementos integrantes y en el nuevo texto expresa: "...Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera

la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”.

El mismo Código establece que para los eventos donde se produce salario en especie este no podrá superar el 50 % del valor total de la remuneración. En el artículo 128 especifica la norma laboral, los pagos que no constituyen salario, como los servicios que ocasionalmente o por liberalidad recibe el trabajador del empleador, así como primas, excedentes en empresas de economía solidaria y los dineros que reciba como gastos de representación, transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; tampoco se incluyen las prestaciones sociales y los ingresos acordados extralegalmente.

Para los servidores públicos, en cuanto a su régimen salarial, se rigen por la ley 4 de 1992, y los cálculos de la cuota se efectuarán según lo estipulado por el artículo 6 del decreto 691 de 1994, el cual fue modificado por el Decreto 1158 de 1994 y que consigna los siguientes ítems como factores que han de integrar los salarios:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados;

Será a partir del año 2003, que el tipo de cotización - o como lo denomina el artículo 20 de la ley 100 de 1993, la tasa de cotización sobre ese conglomerado de factores- va a aplicar el 13,5 % el cual se va a ir incrementando anualmente hasta llegar al 16 % actual; este porcentaje rige para los dos regímenes pensionales.

Si bien es cierto, los dos regímenes tienen fundamentos diferentes, se observa un trato diferenciado de cara a los futuros beneficiarios de los regímenes en cuanto a la distribución de la cuota. En efecto, ese 16 % de tasa de cotización de hoy, se distribuye de manera desigual si se trata del régimen de reparto, donde el 13 % tiene como propósito el financiamiento de las pensiones de vejez y la constitución de las reservas de capital, el restante 3% se dedica al financiamiento de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, junto con los gastos de administración; no sucede lo mismo con la distribución del monto en el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde el 3 % se destina, junto con la administración, a primas de seguros de FOGASYN y primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. Así mismo, cabe anotar que solamente, el 11,5 % de la cuota se destina a las pensiones que se fundamentan en las cuentas individuales.

Se podría afirmar que el régimen pensional colombiano se armoniza con los parámetros que se han venido construyendo, particularmente en los países de occidente y más de cara a los países de América Latina; sin embargo, preocupa que de esa ecuación, para lograr un equilibrio entre el valor de los ingresos de los afiliados-cotizantes, especialmente en el régimen de prima media – reparto- y las prestaciones otorgadas en la prestación definida, no se hayan alcanzado dada la presencia aun pronunciada de las finanzas públicas, para su mantenimiento. Ello, ha conducido a la introducción sistemática de reformas pensionales donde se han ajustado los parámetros de edad, de “tiempos de servicios”, de “tasas de remplazo”, se han reducido las mesadas

pensionales, y se han incrementado las tasas de cotización que en la actualidad se han llevado hasta el 16 %.

Pero, de otra parte, además de estipular topes mínimos y máximos en el reconocimiento de pensiones, el acto legislativo No. 01 de 2005 precisa la terminación de los regímenes especiales y exceptuados y se incorpora en concepto de “sostenibilidad financiera” como criterio de asignación de las pensiones, que posteriormente será desarrollado en la jurisprudencia consignada en la sentencia C-288 de 2012; en el mismo sentido, se reducen las mesadas pensionales para los que tengan pensiones superiores a 2 SMLMV, si su causación se realizó antes del 31 de agosto de 2011.

Las leyes han iniciado un proceso de ajuste de parámetros restrictivos dentro del Sistema de Seguridad Social, e impulsado simultáneamente fondos de apoyo y estabilización que algunos autores llaman de “igualización”, como lo son el Fondo de Garantías de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad, y el fondo de solidaridad pensional como una cuenta especial de la nación, sin personería jurídica, adscrito al Ministerio del Trabajo.

8.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD SENTENCIA SU-230 DE 2015- VARIABLE INGRESO BASE DE COTIZACION.

➤ MEDIDA LEGISLATIVA ACUSADA:

En esta oportunidad, la sentencia seleccionada para realizar el juicio de proporcionalidad corresponde a la sentencia SU-230 de 2016. Al respecto, resulta necesario partir de una aclaración importante, en relación con las razones por las cuales esa sentencia fue escogida. Ciertamente, la sentencia SU-230 de 2016 cierra el debate sobre la hermenéutica con la que debe leerse el IBL y la manera en que deben entenderse los factores de liquidación de la pensión, pero este debate tiene por antecedente y fundamento directo, la discusión abordada en la sentencia C-258 de 2013, en donde a través de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se fijaron una serie de pautas y reglas de aplicación particular a los funcionarios que se circunscribieran dentro de las hipótesis descritas en la norma, esto es, a los congresistas, magistrados y otros funcionarios con altos cargos.

No obstante lo anterior, la Sentencia SU-230 de 2015 terminó por extender la que regla que había sido fijada por la sentencia C-258 de 2013, de manera abrupta y sin discriminación o limitación alguna, pues pese a que -como se mencionó- las reglas fijadas en el 2013, solo podrían tener aplicación directa para los funcionarios cuya situación jurídica se viera cobijada por la Ley 4 de 1992, en la sentencia de unificación del 2016, la Corte optó por extrapolar la ratio fijada con anterioridad a cualquier otra hipótesis, como si se tratase de una regla general, desconociendo con ello la fundamentación desarrollada en el 2013, en donde se expuso con claridad que el análisis solo tendría efectos para los sujetos particulares ya mencionados, lo cual daba cuenta de que estas reglas debían ser concebidas como una excepción.

En razón a lo anterior, aunque la regla que será objeto de análisis y cuestionamiento en el presente juicio de proporcionalidad corresponda a una ratio fijada en la sentencia C-258 de 2013, se considera más apropiado analizar y cuestionar el contenido de la sentencia SU-230 de 2015, por las siguientes dos razones: en primer lugar (i) esta sentencia incluye las reglas fijadas por la C258, con el objetivo de unificar el debate que se había suscitado hasta el momento,

respecto de la correcta hermenéutica que debía hacerse sobre el IBL y el IBC a la luz de lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1994; pero así mismo, (ii) la sentencia SU-230 de 2015, fue la que terminó extendiendo las reglas fijadas por la C-258, a todas las hipótesis posibles, mutando su naturaleza a la de una “regla general”, como se señaló en el párrafo precedente.

Estando así las cosas, y con el objetivo de delimitar y tener total claridad respecto de la medida que será objeto de análisis en el presente juicio de proporcionalidad, se propone realizar un primer abordaje de la ratio fijada en la sentencia C-258 de 2013; para posteriormente, pasar a un breve análisis de los elementos facticos y jurídicos de la sentencia SU-230 de 2015, con el objetivo de delimitar la manera en que en esta sentencia se extiende la ratio fijada por la C-250.

➤ **Ratio fijada por la Sentencia C-258 de 2013.**

Para comenzar, se debe señalar que en virtud de que, en el acápite relativo al juicio de proporcionalidad sobre el IBL, se llevara a cabo un estudio pormenorizado de los principales elementos y conclusiones de la sentencia C-258 de 2013, se considera pertinente hacer una remisión a este acápite. Sin embargo, si resulta muy oportuno, traer a colación la norma demandada, a saber, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

Ahora bien, es claro que, al realizar la lectura de la norma, se puede observar con total claridad que esta introducía la posibilidad de que la liquidación de la pensión de los congresistas, aplicable a los magistrados y a otros altos funcionarios, se hiciese sobre la base de los ingresos que por todo concepto reciban los beneficiarios. Sin embargo, dicha disposición ya había sido objeto de análisis en la Sentencia C-608 de 1999, la cual condicionó la interpretación de la norma, afirmando que no podía tenerse en consideración cualquier rubro recibido por el pensionado sino sólo aquellos que tienen un carácter remunerativo de las actividades laborales que se desarrollan. Así mismo, en dicha oportunidad la Corte Constitucional también condicionó la exequibilidad del artículo 17 a que el ingreso de referencia debía ser el efectivamente recibido por el petionario de la pensión. De igual manera, indicó que no es posible tomar tan sólo unos cuantos meses para proceder a su liquidación, sino que debe (i) tenerse en consideración lo devengado por cada congresista y (ii) tiene derecho quien ha laborado en el Congreso al menos un año.

En ese orden de ideas, resulta dable afirmar que la sentencia C-608 de 1999, fijo un importante precedente en tanto estableció, si se quiere a manera de ratio decidendi, que para obtener el monto de la mesada en el régimen especial previsto en el precepto demandado, no puede tenerse en consideración cualquier rubro recibido por el pensionado sino sólo aquellos que tienen un

carácter remunerativo de las actividades laborales que el peticionario de la pensión haya efectivamente recibido.

Sin embargo, este precedente fue releído y reinterpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013-, que como se anunció, constituirá la herramienta de análisis de la variable del Ingreso Base de Cotización. Por ello, en las líneas siguientes se expondrá una breve síntesis de las conclusiones y reglas sentadas por el Máximo Tribunal, en torno al tema objeto de debate.

Para comenzar, a continuación, y en razón a su pertinencia, se traen a colación los principales argumentos por los que la norma fue demandada, exclusivamente en relación con los factores de liquidación:

“...El demandante considera que la norma acusada vulnera los artículos 13, 48 y 95 numeral 9, de la Constitución Política.

Como **primera medida**, argumenta que la norma “no tiene en cuenta los factores de cotización” ya que el artículo 48 de la Constitución, numeral 20, el cual fue incluido por el acto legislativo 1 de 2005, señala que para liquidar las pensiones, sólo deben tenerse en cuenta aquellos sobre los que la persona haya efectuado cotizaciones, lo cual debe complementarse, como lo señala la Corte en varias ocasiones, con el concepto de asignación salarial, el cual permite considerar elementos adicionales al salario, los cuales deben ser de carácter remunerativo por las actividades que realizan en el ejercicio de su función política.

La norma demandada “determina un porcentaje de ese salario del congresista o excongresista como valor de la mesada pensional que recibirá por su condición de tal, sin hacer ninguna referencia a que sobre tal proporción hubiera efectuado los aportes correspondientes”, en esto, considera el demandante, es clara la vulneración a la norma superior.

Resalta que la Constitución establece como principio fundante que la mesada pensional dependerá del esfuerzo de ahorro de cada persona durante su vida laboral por lo cual no puede ser “una dádiva” proveniente del presupuesto nacional. Por ello, para liquidar la pensión, sólo se tendrán en cuenta los factores cotizados para alcanzarla. Ello es desconocido por la norma acusada ya que ésta “fija la mesada sin consideración alguna de los factores con que cada congresista o excongresista hubiera cotizado”.

Señala que el régimen especial consagrado en la Ley 4 establece la mesada pensional sin considerar el aporte efectuado, por cuanto el ingreso base de liquidación se constituye con el promedio de lo recibido en el último año de servicio...”.

Ahora bien, una vez identificados los argumentos del accionante, en aras de lograr una mejor comprensión de los elementos que serán objeto de debate en el presente juicio de proporcionalidad, resulta oportuno exponer sucintamente cual fue la posición fijada por la Corte Constitucional en dicha sentencia.

Como punto inicial, la Corte señala que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 parece haber sido aplicado erróneamente, pues las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto” contenidas en el inciso primero y en el parágrafo de la norma en comento, han sido interpretadas en el sentido que todos los ingresos que obtiene un beneficiario del régimen especial en el

último año de servicios, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de su Ingreso Base de Liquidación, independientemente de si tienen o no carácter remunerativo o si ellos fueron tenidos en cuenta para determinar las cotizaciones con destino al sistema de pensiones a cargo del antiguo servidor, pasándose por alto el hecho de que las expresiones habían sido objeto de un anterior pronunciamiento constitucional.

En razón a lo anterior, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de estas expresiones, fijando la siguiente regla interpretativa:

“... Como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones...”. (Subrayado fuera de texto)

La conclusión a la que llegó la Corte Constitucional se encuentra soportada en los siguientes dos argumentos: (i) la aplicación de la norma comportaba una vulneración del principio de solidaridad, y (ii) la norma traía consigo una afectación a los principios de cobertura y universalidad, que caracterizan el Sistema de SS. Respecto del primer argumento, la Corte señaló lo siguiente:

“... Las expresiones en comento permiten que un beneficiario del régimen especial bajo estudio pueda incluir en su Ingreso Base de Liquidación ingresos sobre los que no hizo las respectivas cotizaciones al sistema y que ni siquiera constituían salario, en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005, así como de la sentencia de la Corte Constitucional C-608 de 1999 que tienen efectos erga omnes.

En efecto, el principio de solidaridad en la seguridad social, como ya se explicó, tiene dos implicaciones: (i) la obligación de los afiliados al sistema de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades, de tal forma que los que más ingresos tienen contribuyan en mayor medida a financiar el sistema y (ii) la obligación del sistema, a su turno, de brindar protección especial a los sectores más pobres y vulnerables, quienes por sus propios medios probablemente no podrían enfrentar las contingencias frente a las que la seguridad social ofrece amparo. Esta exégesis de la solidaridad fue además acogida por el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo inciso 6 expresamente dispone: “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

[...]

En este caso y de conformidad con lo expuesto, la Sala observa que las expresiones referidas desconocen las dos dimensiones de la solidaridad, pues, por una parte, permiten la existencia de afiliados al sistema que no contribuyen de acuerdo con su nivel de ingresos real, y por otra, en lugar de favorecer a los sectores más vulnerables, brinda una ventaja para el cálculo de la pensión a personas que de hecho ya se encuentran en una mejor situación dentro del grupo de potenciales beneficiarios del sistema pensional...”

Así mismo, respecto del segundo argumento la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“... Las expresiones citadas, en tanto permiten la entrega de subsidios públicos a personas que no son merecedoras de ellos desde el punto de vista de la seguridad

social y los principios del Estado Social de Derecho, sacrifica el cumplimiento de metas de cobertura y universalidad. Esto va en detrimento del mandato de progresividad en el ámbito de los derechos sociales.

Al extender los factores más allá de lo estipulado en los referentes constitucionales, el cálculo de las pensiones en ciertos casos condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que solo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema...”

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, y en aras de hacer una correcta delimitación del objetivo del presente juicio de proporcionalidad, se debe partir por señalar que atendiendo a que en esta ocasión la variable objeto de estudio es el Ingreso base de Cotización, el principal tema objeto de análisis corresponde al estudio del “escenario particular”, en donde al momento de liquidar la pensión se haya omitido algún “factor” que debiese haber sido incluido; ello, con el objetivo de analizar, la constitucionalidad de la respuesta que la Corte Constitucional emitió respecto de este punto, en la sentencia C-258 de 2013, al afirmar que estos factores de ninguna manera podrían ser tenidos en cuenta a efectos de liquidar la pensión. Situados en este contexto, se pasará a analizar la sentencia SU-230 del 2015.

➤ **Extensión de la *ratio* fijada en la sentencia C-258 del 2013, por la Sentencia SU-230 del 2015.**

La sentencia SU-230 del 2015, tiene por problema jurídico el análisis de una tutela elevada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez, beneficiario del régimen de transición en materia pensional, contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; quien trabajó en el cargo de analista 22 en el Banco Popular, desde el 19 de junio de 1974 hasta el 2 de diciembre de 1996, es decir, por espacio de 22 años, 5 meses y 14 días. Una vez, el accionante cumplió 55 años, solicitó su pensión de vejez, en atención a lo estipulado en el Ley 33 de 1985.

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, a quien le fue asignado su caso, determinó que su pensión debía ser calculada bajo las reglas de la Ley 33 de 1985, pero no avaló el reconocimiento de los intereses moratorios. Posteriormente, el accionante presentó Recurso de Apelación, el cual fue fallado por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien modificó la decisión del *a quo*, en el sentido de revocar el numeral que absolvía a la entidad financiera de las demás pretensiones formuladas y lo condenó al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Una vez la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá emitió su decisión, la entidad bancaria demandada presentó recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia. En la resolución de la sentencia que dio solución al caso de, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso aplicar a la liquidación de la pensión del accionante el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Los anteriores hechos, motivaron al actor para interponer acción de tutela contra la sentencia de casación emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En un primer momento, la acción de tutela fue avocada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia, quien falló de manera adversa a los intereses del accionante. Contra esta decisión, el accionante interpuso Recurso de Apelación, conociendo en segunda instancia la Sala de Casación Civil de esa misma Corporación, quien mediante auto de 18 de abril de 2012 declaró la nulidad de lo actuado desde la providencia que avocó el conocimiento, inclusive, y decidió no “*admitir a trámite la solicitud de amparo constitucional*”. Lo anterior conllevó a que el señor Quintero Rodríguez presentara una nueva acción de tutela, ante otra entidad judicial. Posteriormente, el 7 de mayo de 2012, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura avocó conocimiento de la acción de tutela, siendo esta asignada a la Corte Constitucional.

Hasta este punto, solo se ha esbozado el recorrido procesal y las características fácticas, con base en las cuales la Corte Constitucional emitió la sentencia SU-230 de 2015, pues esto resultará bastante importante para dar cuenta de la manera en que la Corte extendió una *ratio*, que, *en principio*, no debía ser aplicada a este caso concreto.

En ese orden de ideas, el problema jurídico abordado por la Corte Constitucional en esta sentencia, es pasible de ser sintetizado en los siguientes términos: ¿Vulneró los derechos fundamentales del accionante, la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al casar parcialmente la sentencia emitida por la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, y reconocerle su pensión de jubilación, por un monto inferior al que legalmente le correspondería, esto es, con base en el 75% del promedio salarial que sirvió de base para realizar los aportes en los últimos 10 años de relación laboral, como lo precisa el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el 75% del promedio de los salarios percibidos en último año de servicios, como lo ordena el artículo 1° de la ley 33 de 1985?

Para dar respuesta a esta pregunta, la Corte Constitucional tomó como elemento principal de su decisión, las reglas fijadas por la sentencia C-258 de 2013, omitiendo por completo el hecho de que esta reglas fueron fijadas a la luz de una norma que no resultaba aplicable para cualquier tipo de trabajador, sino para un grupo exclusivo de trabajadores, a saber los congresistas, magistrados y otros funcionarios con altos rangos, cuya situación jurídica se enmarcaba dentro del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Como consecuencia de ello, los “lentes” con los cuales se había analizado la situación fáctica y jurídica tan particular, expuesta en la sentencia C-258 del 2013, terminaron siendo los mismos con los cuales se leyó la situación jurídica y fáctica del señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez, quien se encontraba en un supuesto completamente diferente, pues se trataba de un trabajador oficial, cuyo régimen pensional no tenía coincidencia alguna, con los significativos beneficios con los que contaban los funcionarios amparados por la Ley 4 de 1992.

Como consecuencia de todo lo anterior, esto es, como consecuencia de la indebida extrapolación y extensión de las *ratio* sentadas en la Sentencia C-258 del 2013, a la solución del problema jurídico que debía resolverse en la Sentencia SU-230 del 2015 -un problema que a todas luces, era abismalmente diferente-, la Corte Constitucional determinó que debía confirmarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, en consecuencia, la liquidación de la pensión del señor Salomón Cicerón Quintero, debía ser calculada bajo los supuestos descritos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A continuación, se cita el fragmento en el que la Corte argumenta los motivos por los cuales las principales reglas sentadas en la sentencia C-258 del 2013, resultarían extensibles a cualquier tipo de situación:

“...Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca...” (Subrayado fuera de texto).

A través de una lectura integral de la sentencia SU-230 de 2015, se puede determinar que en el párrafo anterior se condensa toda la argumentación que sustenta la aplicación extensiva de una regla, que inicialmente había sido fijada solo para un grupo de funcionarios muy bien delimitados, por la sentencia C-258 de 2013. Estos argumentos se reducen al hecho de que en la sentencia C258, pese a que la Corte realizó un análisis a la luz de una situación facticia y jurídica muy concreta, al parecer también realizó una “*interpretación en abstracto*”, que permitió que se equiparase a un trabajador oficial, con un congresista, afirmándose que *mutatis mutandis* su situación jurídica debía ser analizada de la misma manera.

Con base en todo lo anterior, al realizar una concatenación del análisis abordado respecto de las sentencias C-258 del 2013, y la SU-230 del 2015, y en atención a que el presente juicio de proporcionalidad tiene por objetivo escudriñar en el entendimiento de la variable del Ingreso base de cotización, a través del análisis de la lectura que se le ha dado a los “factores de liquidación”, se plantea que la norma objeto de debate resulte de una composición entre las dos sentencias expuestas. Esto, en virtud de que -como fue expuesto con claridad en líneas anteriores- (i) en la sentencia C-258 de 2013, se encuentran los principales argumentos que eliminan la posibilidad de incluir factores de cotización, que no hayan sido objeto de cotizaciones en materia de seguridad social, como una regla particularmente aplicable a los funcionarios cuya situación jurídica encuadre dentro de la Ley 4 de 1992; pero a su vez, (ii) es la Sentencia SU-230 del 2015, la que termina por extender las *ratio* fijadas en la sentencia C-258 del 2013, bajo los argumentos ya expuestos.

En tal sentido, la medida que será objeto de cuestionamiento en el presente juicio de proporcionalidad, es la siguiente:

“...Como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones; regla que se resulta aplicable con independencia del régimen pensional al que pertenezca el trabajador...”.

Ahora bien, para abordar el análisis de tal medida, resulta necesario partir de la delimitación de los principios que serán contrapuestos en el presente juicio de proporcionalidad, los cuales se señalan de manera anticipada, para que haya un mejor entendimiento del ejercicio que será expuesto en las líneas siguientes. En ese sentido, de un lado, se considera que el principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS corresponde al fundamento principal, con base en el cual se construyó la argumentación de las sentencias C- 258 de 2013 y Su-230 de 2015; y de

otro lado, se tiene que el principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil es aquel que se ve afectado con la imposición de la medida expuesta. Las razones por las cuales se considera que el principio que juega en sentido contrario, es el de la remuneración mínima, vital y móvil, serán abordadas en líneas ulteriores; sin embargo, a manera de adelanto, vale la pena señalar que este principio se ve afectado en la medida, en que de seguirse la medida o regla fijada por la Corte Constitucional, se caería en el riesgo de desconocer el trabajo efectivamente realizado por el trabajador, el cual se corporiza en los llamados “factores de liquidación”, bajo el simple argumento de que estos no fueron objeto de pago de las debidas cotizaciones en materia de seguridad social, sin permitir la posibilidad de que se haga una posterior deducción de las cotizaciones, conservándose con ello el respeto por el trabajo material efectivamente realizado por el trabajador.

2. SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD.

En las líneas siguientes (1.1) se dará cuenta de la legitimidad del fin que fundamenta a la medida concreta, y de manera posterior, se expondrá cual es la relación entre la medida acusada con los fines inmediatos que esta persigue, en términos de cuan facilitadora es la primera para la consecución de los segundos.

2.1 Legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental.

1.1.1 Identificación y clasificación de los fines perseguidos con la norma.

✓ Medio.

El medio utilizado en el presente caso corresponde a la regla de interpretación fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, en lo que respecta específicamente a los factores de liquidación. A continuación, se cita la medida en comento, con el objetivo de tener total claridad respecto de la misma:

- *“...Como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones regla que se resulta aplicable con independencia del régimen pensional al que pertenezca el trabajado...”*.

☐ Fines inmediatos —————> Un Hecho.

Incluir como factores de liquidación de la pensión, de manera exclusiva a aquellos “factores” que además de tener carácter remunerativo, y fueron percibidos por el beneficiario, hubiesen también sido objeto de las respectivas cotizaciones al Sistema de SS. Luego, la consecuencia se centra en la exclusión absoluta y en todos los escenarios, de aquellos factores sobre los cuales no se hayan efectuado los aportes en seguridad social.

☐ Fines mediatos —————> Una norma.

c. Principio de eficiencia.

El primer fin mediato perseguido por la norma, al estipular que solo se tendrán en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, aquellos factores sobre los que se hayan hecho las respectivas cotizaciones al Sistema de SS corresponden a la maximización

del principio de eficiencia de los recursos del Sistema pensional, contenido en el artículo 48 constitucional.

Lo anterior se afirma en razón a que, de esta manera, solo se tendrán en cuenta unos factores muy bien delimitados, eliminándose con ello la posibilidad de que se realice la liquidación de la pensión teniendo en cuenta factores, sobre los que, aunque no se hicieron los aportes en seguridad social en la oportunidad legal, si fueron objeto de posteriores deducciones.

Naturalmente, ello acarrea como consecuencia una reducción considerable de los subsidios que el Estado reconoce en materia de Seguridad Social; recursos que bien podrían ser redistribuidos entre toda la población, maximizándose con ello la eficiencia de los recursos

“ahorrados”.

d. Principios de universalidad y cobertura.

Los segundos fines inmediatos perseguidos por la norma acusada, o por la norma objeto del presente juicio de proporcionalidad – correspondiente a la *ratio* expuesta inicialmente- se centran en la protección de los principios de universalidad y cobertura que por mandato constitucional deben guiar al Sistema de SS. A continuación, se citan los partes pertinentes del artículo 48 constitucional, el cual se constituye en fundamento de estos principios:

“...Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...) 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...”

Al realizar una lectura de la medida acusada, de la mano de los principios de universalidad y cobertura, se pone de relieve que estos últimos constituyen parte del fundamento por el cual la Corte Constitucional fijó dicha medida -*ratio*- en la sentencia C-258 de 2013, pues claramente en dicha oportunidad la Corte centraba su argumentación en el hecho de que al permitir que la liquidación de la pensión se realizase sobre factores de liquidaciones respecto de los cuales no se habían hecho las correspondientes liquidaciones, en últimas se estaba generando un aminoramiento de los subsidios del grupo poblacional directamente afectado por la medida; grupo que por demás, - como lo señala la Corte- no corresponde a un grupo de personas de escasos recursos, o que cuya mesada pensional sea precaria, sino por el contrario, un grupo de ciudadanos quienes en virtud de la labor que desempeñaba gozaban de unas significativas garantías pensionales.

En consecuencia, es claro que el argumento de la Corte Constitucional subyace en el hecho de reducir por esta vía los subsidios de las personas cobijadas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, quienes gozan de una notable suficiencia económica, en aras de que con estos recursos se garantice una mayor cobertura y universalidad del Sistema de SS.

1.1.2 Corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo. A continuación, y teniendo como base, las delimitaciones conceptuales desarrolladas en las líneas precedentes, se analizará si los fines inmediatos y mediatos, están o no prohibidos (análisis desde la concepción negativa de la legitimidad de los fines legislativos) expresa o tácitamente por la Constitución.

**e. Fin inmediato- Exclusión absoluta para efectos de la liquidación de la pensión,
de todos aquellos “factores” sobre los cuales no se hayan efectuado los aportes en SS.**

El sistema de seguridad social soportado sobre sus principios medulares: universalidad, solidaridad y eficiencia⁵⁵⁴ hace frente a múltiples vicisitudes que pueden acontecer a lo largo de la vida de las personas. En este contexto, vale la pena traer a colación el argumento interpretativo que trae a colación la misma sentencia C-258 de 2013, para justificar la constitucionalidad de su *ratio*, a saber, la norma contenida en el inciso número 6 del Acto Legislativo 01 del 2005, el cual se transcribe a continuación:

“Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”

La Corte Constitucional señala que la *ratio* que apunta a determinar que solo aquellos factores sobre los que se hayan hecho las respectivas cotizaciones, serán tenidos en cuenta para efectos de liquidar la pensión, se sustenta en un mandato constitucional, consignado en el acto legislativo 01 de 2005, reformativo de la Corte Constitucional; a ello se llega, a través de lo que la misma Corte señala como interpretación literal de la norma según la cual la norma es clara en su contenido al exponer que para efectos de liquidar la pensión solo y de manera exclusiva, se podrán tener en cuenta los factores sobre los que se hubieren efectuado las cotizaciones al Sistema de SS. Es por estas razones que no resulta plausible denunciar el fin inmediato como ilegítimo y contrario a la Constitución Política.

✓ **Fines mediatos- Fines de la eficiencia, universalidad y cobertura.**

Estos fines también encuentran expreso sustento constitucional, en tanto se encuentran contenidos en el artículo 48 constitucional como fue expresado en las líneas anteriores. Luego, no es posible predicar su eventual inconstitucionalidad.

2.2 Identificación de la idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato. Para poder desarrollar este análisis, es necesario, traer a escena de nuevo al fin inmediato:

“...Exclusión absoluta para efectos de la liquidación de la pensión, de todos aquellos “factores” sobre los cuales no se hayan efectuado los aportes en seguridad social...”.

⁵⁵⁴ COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 48 de la Constitución de 1991. COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 100 de 1993, Artículo 2 Ley 100 de 1993. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

Ahora, se debe tomar la norma acusada, a saber, la *ratio* sentada por la Corte Constitucional respecto de la interpretación que debía hacerse sobre los “factores de liquidación” que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión. Esta *ratio* corresponde a la siguiente:

“...Como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones...”.

Ahora bien, teniendo los dos elementos expuestos -el fin inmediato y la medida acusada- se tiene que desde la medida si resulta idónea para garantizar el efectivo cumplimiento del fin inmediato, pues, aunque la medida no señale específicamente que se excluirán aquellos factores sobre los cuales no se haya hecho la correspondiente cotización, a través de un análisis sistemático de la misma, se puede extraer con total claridad que esta es la intención de la norma. En otras palabras, como se puede observar la medida comienza su descripción con un “solo”, esto es, un adjetivo que indica que se excluyen todas las hipótesis contrarias a la regla fijada; luego, se excluirá cualquier hipótesis que permita incluir factores que no hayan sido objeto de cotización en el Sistema de SS. Por esta razón, si tal expresión normativa no existiera, no se produciría un aumento en la realización del fin inmediato; dicho esto en sentido contrario, la expedición de esta norma legal determina un aumento en la realización de dicho fin inmediato⁵⁵⁵.

SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD.

El sub principio de necesidad, como segunda fase del juicio de proporcionalidad, supone situarse en el análisis particular de los eventuales “derechos fundamentales intervenidos”, o afectados con la aplicación de la medida legislativa. Estos elementos, en el caso concreto, se corporizan de la siguiente manera: de un lado, como derecho fundamental intervenido, se tiene al derecho al reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil; y de otro lado, como medida presuntamente vulneradora de este derecho, se tiene a la *ratio* extraída de la conjunción de las sentencias C-258 de 2013, y SU-230 de 2015, en lo que respecta a la hermenéutica fijada por estas sobre los llamados “factores de liquidación”.

Este sub principio busca que “...toda medida de intervención en los derechos fundamentales sea la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto...”⁵⁵⁶.

Como ha sido expuesto en los ejercicios precedentes, para identificar el nivel de idoneidad de la medida seleccionada, resulta necesario partir de un ejercicio comparativo con otras medidas hipotéticas que, eventualmente podrían garantizar un mayor grado de satisfacción y protección de los derechos intervenidos o afectados con la medida base.

A continuación, se partirá (1) por una identificación y análisis de los medios alternativos, y su nivel de idoneidad para satisfacer los objetivos propuestos, para pasar posteriormente al (2) estudio concreto de estas medidas alternativas, en términos de cuán benignas puedan resultar con el derecho presuntamente afectado.

⁵⁵⁵ Modelo argumentativo propuesto por el Jurista Carlos Bernal Pulido en su texto “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, pp 920.

⁵⁵⁶ Ibid. p. 932.

1.1 ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD EQUIVALENTE O MAYOR DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.

Como se ha expuesto respecto de este punto, en los ejercicios precedentes, se debe tener en cuenta que el análisis expuesto siempre tendrá como punto de análisis al fin inmediato y no al fin mediato de la intervención legislativa⁵⁵⁷. Sumado a ello, se debe señalar el carácter hipotético de las medidas que serán propuestas en las líneas ulteriores; ello, en aras de que el lector no pierda de vista que el presente ejercicio corresponde a una práctica de comparación jurídica y académica, respecto de medidas que aún no han sido propuestas formalmente, ni mucho menos implementadas.

En ese sentido, y para mayor claridad a continuación se trae de nuevo a escena al fin inmediato:

- “Exclusión absoluta y en todos los escenarios, de aquellos factores sobre los cuales no se hayan efectuado los aportes en seguridad social”

Ahora sí, hechas estas precisiones, las medidas alternativas consideradas para el siguiente caso, son las siguientes:

- A. Sancionar pecuniariamente a los empleadores que hayan incumplido con su deber legal de realizar en la debida oportunidad legal, las cotizaciones al Sistema de SS, sobre los factores de liquidación que correspondan al trabajo efectivamente desarrollado por los trabajadores.
- B. Implementar un mecanismo a través del cual, se repita contra las Entidades de Seguridad SS, que incumplieron con su deber de registrar las cotizaciones en seguridad social, que deben hacerse sobre los factores de liquidación que correspondan al trabajo efectivamente realizado por los trabajadores. En aras de garantizar que con las sumas recaudadas se complete las cotizaciones no realizadas.

A continuación, se desarrollará el análisis sobre la pertinencia de las medidas alternativas expuestas en términos de (1) su eficacia, para la obtención del fin inmediato, (2) su capacidad de producir una protección efectiva con mayor agilidad, su (3) nivel de contribución en la realización de otros fines adscritos al fin principal, y para finalizar, también se estudiará (4) el nivel de probabilidad del medio alternativo para contribuir a la obtención del fin inmediato.

De acuerdo a esta óptica, cada una de las medidas alternativas propuestas, será analizada de cara a los 4 criterios anotados, con el fin de analizar si pueden o no reportar mayores beneficios en lo que respecta a la obtención del fin inmediato.

A. Análisis respecto de la medida alternativa A:

Sancionar pecuniariamente a los empleadores que hayan incumplido con su deber legal de realizar en la debida oportunidad legal, las cotizaciones al Sistema de SS, sobre los factores de liquidación que correspondan al trabajo efectivamente desarrollado por los trabajadores.

Antes de dar inicio al análisis pormenorizado de la medida alternativa “a”, a la luz de las 4 variables señaladas, vale la pena resaltar que esta medida tiene un directo sustento legal, en tanto parte de la base legal consagrada en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, en donde se señala lo siguiente:

⁵⁵⁷ Ibid. p. 932-936.

“...Artículo 22. Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador...”

Con base en esta norma, se puede afirmar con total claridad que la medida propuesta parte de un supuesto que ya había sido objeto de regulación por el Legislador, esto es, un objeto que ya había sido previsto, pero que, a pesar de su consagración legal, carece de eficacia jurídica, pues en la práctica cotidiana se observa con frecuencia que los empleadores omiten su deber de realizar el pago de las cotizaciones.

Ahora bien, señalado el fundamento jurídico de la medida, la cual claramente no es del todo hipotética, pues parte de un presupuesto legal ya existente, se para a realizar el análisis de su pertinencia de cara a los cuatro criterios.

Para comenzar, (1) respecto del primer criterio, se pone de presente la ineficacia de esta medida alternativa en lo que respecta a la garantía y concreción del fin inmediato, pues este fin busca que aquellos factores que no fueron objeto de las debidas cotizaciones, sean excluidos *ipso facto* de la base de la liquidación pensional, mientras que, de otro lado la medida alternativa parte de un supuesto en donde se castiga al empleador por haber incumplido con su deber legal, y en consecuencia se ordena que este pague una sanción. Lo cual, en últimas tendrá por objetivo eliminar la sanción que en la práctica recaía injustamente sobre el trabajador, situando la carga en quien tenía la obligación legal originaria de realizar las cotizaciones al Sistema de SS, a saber, el empleador.

De otro lado (2), respecto de la perceptiva temporal, esta medida tampoco reporta mayores beneficios que la medida base, en tanto el reconocimiento de la primera, supone el cobro de una sanción administrativa, que claramente debe cumplir con todos los requisitos procedimentales de legalidad, para su efectiva interposición. Luego, es claro que la medida alternativa “A” resulta ser más dispendiosa en términos temporales que la medida original, la cual opera *ipso facto*, esto es, una vez no se realizan las cotizaciones en seguridad social sobre determinados factores de liquidación.

Ahora bien, respecto de la (3) tercer variable objeto de análisis a saber la realización de otros aspectos relativos al fin inmediato, es claro que la medida alternativa no aporta elementos innovadores o destacables, pues eventualmente aquellos fines que se podrían considerar como relacionados con el fin inmediato, como lo son la concreción del principio de sostenibilidad fiscal, no se ven maximizados con la medida, pues es claro que esta medida no reporta ningún ahorro; por el contrario supone una erogación económica de tipo sancionatorio para aquellos empleadores que hayan incumplido con su deber legal de realizar las cotizaciones al Sistema de SS, sobre los factores de liquidación de los trabajadores de sus empresas.

Para finalizar (4) desde el punto de vista de la probabilidad, es claro que el medio alternativo no ofrece más seguridad en punto a la garantía del efectivo cumplimiento del fin inmediato, pues como fue analizado en las líneas precedentes, el efecto directo de la medida alternativa “A” es reducir la maximización del fin inmediato, en aras de garantizar a través del efecto

disuasivo de una sanción pecuniaria impuesta a los empleadores que incumplen con sus obligaciones legales, que estos cumplan en una futura oportunidad.

B. Análisis respecto de la medida B.

Implementar un mecanismo a través del cual, se repita contra las Entidades de Seguridad SS, que incumplieron con su deber de registrar las cotizaciones en seguridad social, que deben hacerse sobre los factores de liquidación que correspondan al trabajo efectivamente realizado por los trabajadores. En aras de garantizar que con las sumas recaudadas se complete las cotizaciones no realizadas.

Desde el punto de vista de (1) la eficacia, esta medida tampoco resulta completamente maximizadora del fin inmediato, pues no supone la exclusión inmediata de aquellos factores de liquidación que no fueron objeto de las debidas cotizaciones al Sistema de SS; por el contrario, esta norma trae consigo una sanción económica, a manera de repetición que sería destinada para completar aquellas cotizaciones que no fueron registradas por la negligencia de las entidades de SS. Luego, es claro que esta norma no maximiza en ninguna medida el fin inmediato perseguido por la medida base acusada.

De otro lado, (2) respecto de la perspectiva temporal se puede evidenciar que esta medida tampoco resulta más beneficiosa en términos temporales. Este análisis debería ser omitido, en la medida en

que es claro que la “medida alternativa B” no maximiza ni se dirige hacia los mismos objetivos del fin inmediato; sin embargo, vale la pena destacar que aunque eventualmente- como se verá en las líneas siguientes- puede que esta medida resulte ser mucho más garantista de la protección del derecho fundamental intervenido a saber – el reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil- esta no resulta ser más efectiva en términos temporales, pues como es bien sabido el esquema jurídico de las acciones de petición, se caracteriza por ser dispendioso, y demorado.

Ahora bien, respecto de la tercera variable, esto es la cantidad de aspectos relacionados con el fin inmediato que se verían maximizados por la interposición o aplicación de la medida alternativa, se tiene que siguiendo la línea desarrollada en el párrafo precedente, y en atención a que la medida no supone ningún tipo de “ahorro” o “exclusión”, sino por el contrario comporta la consagración de una “sanción” y “la inclusión de los factores que se habían omitido”, es claro que la medida alternativa “B” no permite la maximización de ningún otro aspecto adscrito al fin inmediato. Para finalizar, (4) desde la perspectiva de las probabilidades es claro que la medida alternativo B no ofrece más seguridad en punto a la garantía del efectivo cumplimiento del fin inmediato, ya que como fue expuesto, esta medida no es pasible de circunscribirse dentro de la misma línea ideológica de la medida base acusada.

2.2 BUSQUEDA DE UN MEDIO MÁS BENIGNO CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO.

Teniendo en cuenta de nuevo a los dos medios alternativos, propuestos en líneas precedentes es necesario abordar el estudio sobre si tales medios proporcionan un tratamiento más benigno al derecho fundamental afectado, esto es, si alguno de estos medios alternativos no afecta negativamente al derecho fundamental o el principio, o lo afecta en un grado inferior a la medida adoptada por el Parlamento⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Ibid. p. 942.

Teniendo claro, el concepto de medio más benigno es necesario traer a colación el principio presuntamente afectado por la ejecución de la medida legislativa base, a saber, el reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil, el cual ha sido definido de la siguiente manera por la Corte Constitucional:

“...aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional...⁵⁵⁹”.

En tal sentido, y al analizar el grado de intervención de las medidas hipotéticas sobre el *principal derecho fundamental intervenido*- el reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil- es claro que, respecto de la primera medida, la medida alternativa A, no resulta predicable una maximización del principio afectado, en tanto pese a que esta medida estipula la posibilidad de implementar una sanción económica para aquellos empleadores que hayan incumplido con el deber legal consagrado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, según el cual son estos quienes se deben de encargar de realizar las cotizaciones al Sistema de SS, sobre los factores objeto de la liquidación pensional, de sus trabajadores, lo cierto es que la medida no ofrece ninguna solución concreta para los trabajadores que se vieron afectados por la negligencia de sus empleadores. Este silencio obedece a que la medida alternativa “A” tiene un simple efecto disuasorio para los empleadores, con el objetivo de que con la consagración de la sanción, estos prefieran realizar los pagos en materia de cotizaciones al Sistema de SS, en la debida oportunidad legal, pero no tiene ningún objetivo restaurador o compensador, que permita predicar una maximización o garantía del derecho afectado, a saber el reconocimiento del salario, mínimo, vital y móvil.

De otro, lado respecto de la medida alternativa “B”, se tiene que esta medida si resulta ser mucho más garantista y maximizadora del derecho afectado – el reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil- ello se afirma, en la medida en que esta medida si ofrece una alternativa concreta a los trabajadores que vieron lesionados y aminorados sus derechos pensionales, como consecuencia de una actuar negligente de la Entidad administradora del Sistema de SS.

Lo anterior, se corrobora al analizar el fin perseguido por la medida alternativa “B”, el cual no solo se detiene en la imposición de una sanción a las Entidades de SS, que con sus omisiones causaron un perjuicio o detrimento económico al trabajador, haciéndole nugatorio su derecho al efectivo reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil; sino que por el contrario, esta medida supone que los dineros obtenidos como consecuencia de la aplicación de la misma, sean destinados a la cobertura de aquellas cotizaciones que no fueron realizadas. Con ello, se pone de presente que la medida alternativa “B” si tiene un fin mucho más restaurador y compensador.

SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

3.1 Modulación de la intensidad en el control de proporcionalidad en sentido estricto.

La intensidad de los argumentos usados en el análisis de la sentencia C-258 de 2013, debe encuadrarse dentro del “control de justificabilidad o medio” este exige tan solo un grado medio de seguridad en las premisas, es decir que estas, pueden no tener un grado absoluto de certeza

⁵⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 157 de 2014. M.P. Dra. Maria Victoria Calle.

sino ser meramente plausibles, no obstante, no es dable concluir que sea idéntico al juicio leve pues en este debe existir un evidente contrasentido con la Constitución por ello no necesita un nivel riguroso de fundamentación. Ahora bien, el ejercicio de proporcionalidad será -como ya fue mencionado- cimentado en un control de proporcionalidad medio, por las siguientes premisas:

Premisa 1: Los argumentos de la Corte Constitucional resultan plausibles en tanto tienen un claro sustento constitucional, consagrado particularmente en el artículo 48 constitucional; y más concretamente en la interpretación literal que la Corte realiza respecto del inciso número 6 del Acto Legislativo 1 de 2005; el cual, como es bien sabido al provenir de la voluntad del Legislador goza de legitimidad, y constituye una de las formas a través de las cuales se puede ampliar el contenido de la Carta Política.

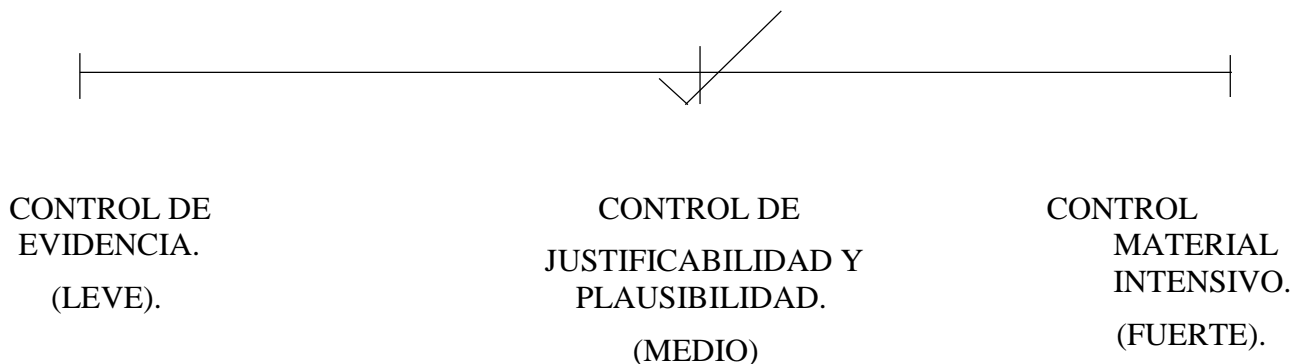
Premisa 2: Pese a que la argumentación expuesta por la Corte Constitucional resulta ser bastante garantista de cara a la protección de los principios fundamentales del Sistema de SS, lo cierto es que parte de una interpretación literal del inciso 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto fija una regla de interpretación hermética, que termina por lesionar derechos de significativa importancia como lo es el reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil. Ello se afirma en la medida en que la interpretación restrictiva fijada por la Corte Constitucional implica eliminar por completo la posibilidad, de que aunque no se hayan realizado las respectivas cotizaciones sobre los factores de liquidación, estos si hagan parte de la base de liquidación, a través de un descuento posterior de aquellas.

Conclusión.

Aunque, la medida acusada encuentra un respaldo constitucional a través de una interpretación literal y restrictiva del inciso número 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, su aplicación hermética también planea problemas de cara a una eventual interpretación más favorable y extensiva.

A continuación, se expone gráficamente el tipo de control en el cual serán abordados los argumentos:

Gráfico 15. Nivel de intensidad argumentativa.



ESTRUCTURA CONCRETA.

1.2.1 CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA REALIZACIÓN DEL FIN LEGISLATIVO EN LOS NIVELES ANALÍTICO-NORMATIVO Y EMPÍRICO.

Como se ha esbozado en los ejercicios precedentes, este acápite supone un claro ejercicio comparativo entre los dos principios contrapuestos, los cuales para el presente caso- como ya ha sido expuesto- corresponden de un lado al principio de la eficiencia; y de otro lado, al principio de salario mínimo, vital y móvil. Para dar cuenta de tal análisis comparativo, se deben seguir unas ciertas reglas argumentativas encargadas de aislar, en la medida de lo posible, la duda, la incertidumbre y la arbitrariedad en los argumentos que serán esbozados a favor de cada uno de los extremos; tales reglas se conocen como “criterios” que operan en diferentes niveles, los cuales son: nivel analítico- normativo y nivel empírico.

El análisis del caso concreto a la luz de estos criterios se llevará a cabo en las líneas siguientes:

1.2.1.1 Criterios que operan en el nivel analítico- normativo.

A continuación, se realizará la correspondiente esquematización de los criterios que operan en el nivel analítico- normativo, según se trate de (a) los criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo y (b) según se trate de los criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

a. Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo.

Pese a que existe un amplio catálogo de reglas argumentativas existentes, para el presente caso solo serán analizadas las siguientes cuatro, en razón a su pertinencia para extraer información relevante respecto del debate de los dos principios contrapuestos, a saber: el principio de la eficiencia, y el reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil.

I. Área del ámbito normativo afectado negativa y positivamente.

Esta regla expone que “...cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectada por la intervención legislativa, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá otorgarse al derecho fundamental en la ponderación (...) esta regla implica que (...) por ejemplo, la intervención legislativa en el derecho fundamental deba ser considerada como intervención más intensa cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho en cuanto elimina solo algunas de ellas...⁵⁶⁰”.

Para identificar la magnitud en que se ve afectado el principio que juega en sentido contrario, a saber, el de salario mínimo, vital y móvil, resulta necesario partir por una delimitación conceptual del mismo y de sus implicaciones en el marco de nuestro actual Estado Social de Derecho. Para ello, se propone un abordaje desde cada uno de sus elementos, de cara a la determinación individualizada de la manera en que el *ámbito normativo* de cada uno de estos elementos se ve afectado con la imposición de la medida acusada.

⁵⁶⁰ Esta regla se encuentra recogida como la “regla 56”, en el texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Colombia, p. 972.

a. Remuneración mínima vital.

Para iniciar, resulta necesario tener en cuenta que el salario mínimo vital no se limita a la fijación nominal de una retribución por el trabajo producto de una negociación de las partes de una relación laboral; sino que, por el contrario, la remuneración mínima vital toma en consideración la expectativa que tiene el trabajador de que, por medio de la retribución a su trabajo pueda, de un lado, cubrir los gastos de manutención y de otro, superar las carencias que posea.

En ese sentido, el concepto de mínimo vital, resulta ser un elemento que trasciende la tradicional concepción del salario fijo, como retribución a la realización material de las actividades desarrolladas, para ubicarse en otro contexto mucho más garantista y protector del trabajador, en donde no solo resulta importante la apreciación numérica de las necesidades biológicas básicas de una persona⁵⁶¹ sino también, y de acuerdo al Estado Social de Derecho, la apreciación material del valor del trabajo, las circunstancias y condiciones particulares de cada individuo, es decir, el mínimo de condiciones decorosas de vida, por ejemplo, el vestido, la alimentación, la educación, la salud.⁵⁶²

La Corte Constitucional se ha encargado de abordar este concepto en reiteradas ocasiones, definiéndolo de la siguiente manera:

- “...Aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional, y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional...⁵⁶³”

Como se observa, el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales. Sobre este punto resulta importante hacer especial énfasis, pues la Corte Constitucional en sentencia T-043 del 2001, señaló además el marco de cobertura del mínimo vital con otros derechos, afirmando lo siguiente:

“...El pago oportuno y completo de un salario garantiza el goce de lo que se ha denominado el mínimo vital, considerado éste como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida...⁵⁶⁴”

A su vez, la Corte Constitucional ha afirmado la existencia de una estrecha relación entre los conceptos de salario mínimo vital y subsistencia, en el entendido de que la garantía del primero, constituye una herramienta clara para poder garantizar la subsistencia de las personas. Al respecto vale la pena traer a colación la sentencia T-426 del 2014, que expuso lo siguiente:

⁵⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-995 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

⁵⁶² CORTE CONTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia SU 995 de 1995.

⁵⁶³ CORTE CONTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-944 de 2004 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

⁵⁶⁴ CORTE CONTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-043 de 2001 (M. P. Álvaro Tafur Galvis)

“...Igualmente debe recordarse que el derecho fundamental a la subsistencia de las personas depende en forma directa de la retribución salarial, según lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, pues de esta manera también se estará garantizando la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social...⁵⁶⁵”.

Así mismo, la Corte Constitucional se ha referido a la remuneración mínima vital, subrayando su relación, no solo con la satisfacción del derecho fundamental a las personas a la subsistencia, sino también con la realización y ejercicio de valores y propósitos de la vida individual, como fue señalado en la Sentencia SU 995-99:

“...La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social; pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador...⁵⁶⁶”

Para finalizar el análisis respecto de la manera en que la Corte Constitucional ha interpretado el derecho al salario mínimo vital, resulta fundamental hacer mención de una cierta “relatividad” que se le ha reconocido a este concepto. Bajo esta regla, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo a las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra.

Ello ha sido afirmado, en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, con el objetivo de fijar una hermenéutica clara del salario mínimo vital, de cara a la identificación particular de las necesidades de cada sujeto, atendiendo a sus particulares características y condiciones de vida, pues es claro que son diferentes las necesidades que cada persona tiene y crea, dependiendo de su nivel de ingresos, ya que con base en los mismos, cada persona tendrá un estilo de vida particular, que debe ser amparado en todos los casos. A continuación, se cita un fragmento que da cuenta de la posición de la Corte Constitucional:

“... El derecho al mínimo vital adopta una visión de la justicia constitucional en la que el individuo tiene derecho a percibir un mínimo básico e indispensable para desarrollar su proyecto de vida, el cual no se agota con medidas asistenciales que, aunque bienvenidas, son insuficientes. Ello supone mirar a las personas más allá de la condición de individuo o de persona y entenderlas como sujetos activos en la sociedad. La interacción de estos depende en buena medida de sus condiciones personales, que deben ser aseguradas mínimamente por el Estado. En este orden de ideas, aunque el mínimo vital se componga inevitablemente de aspectos económicos, no puede ser entendido bajo una noción netamente monetaria. No se protege solo con un ingreso económico mensual. Este debe tener la virtualidad de producir efectos reales en las condiciones de la persona, de tal manera que no solo le garantice vivir dignamente sino también desarrollarse como individuo en una sociedad. Esta tesis ha sido resaltada por esta Corte en diferentes

⁵⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-426 de 2014.

⁵⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia SU 995 de 1995.

oportunidades, cuando ha sostenido que el derecho al mínimo vital no es una garantía cuantitativa sino cualitativa. Eso significa que, aunque los ingresos de una persona funcionan como un criterio para analizar la vulneración del derecho, su protección va mucho más allá...” (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, esto es, en relación con la relatividad del concepto de “salario mínimo vital” la Corte Constitucional, señaló en la sentencia T-199 de 2016, lo siguiente:

“... El mínimo vital es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo con el estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna...”

Así mismo, y en atención a que el Bloque de Constitucionalidad resulta ser hoy por hoy una herramienta de imperativa consulta y análisis, a continuación, se señalan algunas de las fuentes, que en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contemplan o hacen referencia a la remuneración mínima vital:

El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla en su numeral 3° que *“toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”*.

Claramente, esta norma da cuenta de una dimensión extensiva del concepto de remuneración, en el entendido de que no solo tiene por objetivo satisfacer o cubrir las necesidades del individuo, sino también las de su núcleo familiar; a través, claro está, de la remuneración de las actividades laborales efectivamente desarrolladas. Así mismo, en este artículo se realiza una especial cualificación del salario mínimo vital, al ligarlo con el concepto de la dignidad humana.

En los artículos número 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se estableció el derecho de toda persona a contar con unas *“condiciones de existencia dignas (...)”*, al igual que el derecho a *“(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”*.

Evidentemente, este articulado da cuenta de un mandato implícito que obliga a que la remuneración mínima vital, persiga la garantía efectiva de la dignidad humana.

El artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), expresa el derecho a *“(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)”*.

b. Remuneración móvil.

La remuneración ha sido considerada como consecuencia directa de la relación laboral en la que un individuo (trabajador) es parte prestando un servicio con un contenido o dinerario o valorativo y bajo el entendido que en muchas situaciones es la única fuente de ingresos de las personas. Por ello mismo, esto es, en razón a que el salario resulta ser en la mayoría de los casos, la única y principal fuente de ingresos y subsistencia de los trabajadores, se considera

que este no puede perder su valor intrínseco por un fenómeno económico tal como la depreciación de la moneda o un aumento nominal del valor del bien producido.

Negar lo anterior implicaría, de un lado, aceptar la pérdida del poder adquisitivo del salario contrariando una de las finalidades básicas del Estado que es garantizar la vigencia de un orden justo y, de otro lado, permitir un enriquecimiento sin causa del empleador ante el aumento del valor del bien producido. En ese sentido, la pertinencia en la discusión sobre el valor nominal o real de la prestación en las obligaciones de materia laboral es la que le ha dado la naturaleza *móvil* a la remuneración.⁵⁶⁷

La remuneración *móvil* ha sido definida por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“...En el seno de una economía inflacionaria, no puede menospreciarse la importancia de la movilidad del salario, expresada como la capacidad de reajustar una asignación dada, estimando las fluctuaciones monetarias e intentando mantener el poder adquisitivo real de los salarios. Al respecto la Corte ha afirmado: "Los incrementos salariales, que en cualquier momento y de acuerdo con distintos criterios puede fijar el Gobierno pueden tornarse útiles o indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario, o para restablecer condiciones económicas de equilibrio en áreas de la gestión pública en las que ellas se hayan roto por diversas razones...⁵⁸³".

Así mismo, la Corte Constitucional ha hecho referencia a la relatividad de este concepto, pues de la misma manera que cuando se hace referencia a que el salario mínimo vital se trata de un concepto que debe ser analizado en atención a las condiciones particulares de cada trabajador, respecto de la movilidad del salario también se sigue una regla parecida, expuesta en la sentencia C-911 de 2012:

“...De este modo, el derecho a la conservación del poder adquisitivo de los salarios no puede entenderse como un derecho a fijar un porcentaje de incremento igual para todos los salarios, sin excepción. La correcta interpretación de este derecho implica que la remuneración de los trabajadores debe ser justamente “*móvil*”, virtualmente variable, mas no se traduce en que el porcentaje de ajuste que refleje dicha movilidad deba aplicarse por igual a los distintos valores que puede tener la remuneración salarial de los trabajadores...⁵⁶⁸”.

Ahora bien, una vez delimitados conceptualmente cada uno de los componentes del derecho fundamental que se considera afectado con la imposición de la medida acusada, resulta necesario dar cuenta del ámbito normativo de este derecho – la remuneración mínima, vital y *móvil*- que se ve afectado con la imposición de la medida acusada.

En ese orden de ideas, es claro que la remuneración mínima, vital y *móvil* corresponde a la efectiva protección de un conjunto de garantías que permitan que todo trabajador, pueda garantizar para sí y para su familia un nivel de vida digno, de acuerdo con sus características socio económicas personales; pero, vale la pena resaltar que, siguiendo la misma definición que se ha expuesto hasta el momento, resulta imperativo que esta remuneración corresponda a la retribución que se hace al trabajador por las actividades que este efectivamente ha

⁵⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-102 de 1995. ⁵⁸³CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-995 d 1999.

⁵⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-911 de 2012.

desarrollado. En ese sentido, al contrastar la medida acusada con cada uno de los elementos expuestos hasta este punto, se pone de relieve la gran irrupción de la medida acusada en la efectiva garantía del derecho a la remuneración mínima, vital y móvil, pues, evidentemente, la aplicación automática de la medida, conllevaría a la negación del trabajo materialmente realizado por un trabajador, quien pese a que realizó las actividades materiales del trabajo, por razones indeterminadas, no pagó las cotizaciones respectivas al Sistema de SS, sobre algún o algunos “factores de liquidación”.

En atención a lo anterior, se resalta que la regla fijada por la Corte Constitucional, en lo que respecta a los factores que serán tenidos en cuenta al momento de calcular el monto de la pensión, se trata de una regla nugatoria, o si se quiere restrictiva del reconocimiento del derecho al salario mínimo, vital y móvil, pues su taxatividad y hermeticidad restringe cualquier hipótesis en donde, pese a que el trabajador no realizó las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones, si desarrolló efectivamente la actividad material del trabajo que le corresponde. Esta lectura literal del inciso número 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, puede ser superada mediante una postura mucho más garantista como la sugerida por el Consejo de Estado en la Sentencia del 4 de agosto del año 2010, en donde se determinó lo siguiente:

“...Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado los aportes a la seguridad social, no puede concluirse que, automáticamente los factores que no han sido objeto de deducciones de Ley, deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar...⁵⁶⁹”.

Esta postura será analizada con mayor profundidad en el abordaje de otras reglas.

2. La fundamentalidad de una posición con respecto a su función.

Esta regla expone lo siguiente:

“...cuanto más importante sea un determinado fin legislativo inmediato para que el fin legislativo mediato- *el principio constitucional que respalda la intervención- pueda desempeñar sus funciones, mayor será la fundamentalidad de aquel, y por lo tanto mayor será el peso del principio constitucional en la ponderación ...*⁵⁷⁰”.

Para llegar a esta afirmación, se debe partir del hecho de que el fin inmediato, a saber “*la exclusión absoluta y en todos los escenarios, de aquellos factores sobre los cuales no se hayan efectuado los aportes en seguridad social*” si resulta fundamental para que se logre la concreción del fin inmediato; ello, en virtud de que al excluirse aquellos factores que no fueron objeto de las cotizaciones al Sistema de SS, en últimas lo que se logra es cumplir con el mandato fijado por la medida acusada, ya que esta señala con total taxatividad que “solo” podrán tomarse aquellos ingresos que cumplan con una serie de condiciones, dentro de las

⁵⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sección II- Sentencia de 4 de agosto de 2010.

⁵⁷⁰ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 57” del texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Colombia, p. 973. ⁵⁸⁷ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 60” del texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Colombia, p. 975. ⁵⁸⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición., p. 975.

cuales se encuentra el que sobre dichos factores de liquidación se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

Ahora bien, respecto de la maximización del fin mediato, a saber, el principio de eficiencia vale la pena señalar que aunque el fin inmediato tiene una potencialidad de redistribuir los recursos que sean “ahorrados” por medio de su implementación, lo cierto es que de un lado, el “ahorro” no es pasible de traducirse en una cifra significativa, y de otro lado, existen otras múltiples maneras para maximizar el fin mediato, en una medida mayor.

En otras palabras la no realización del fin inmediato, no resulta ser de gran importancia para garantizar la maximización del fin mediato, - a saber, el principio de eficiencia- pues este bien puede garantizarse de una manera mucho más afectiva, a través de múltiples formas, que distan de la propuesta fijada por el fin inmediato en este caso concreto, a saber, la exclusión absoluta, y en todos los escenarios, de aquellos factores sobre los cuales no se hayan efectuado los aportes en seguridad social; luego, aunque evidentemente la aplicación del fin inmediato si máxima el fin mediato, su aplicación no resulta fundamental o indispensable para garantizar el florecimiento del principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS.

***3. La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos o negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales adversos a los que se adscribe*⁵⁸⁷.**

Esta regla expone lo siguiente:

“... Cuantos mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el derecho fundamental sobre otros principios constitucionales, mayor será su fundamentabilidad y, por lo tanto, mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación al principio constitucional al que se adscribe...”⁵⁸⁸”.

Para abordar esta regla, resulta necesario ubicar aquellos “otros” principios constitucionales que se verían afectados con la implementación de la medida acusada, los cuales para el caso concreto corresponden a: (i) el principio, derecho y valor del trabajo, y (ii) el principio de favorabilidad.

A continuación, se abordará la manera en que cada uno de estos “otros” principios son afectados.

Principio, derecho y valor del trabajo.

Al trabajo, se le ha reconocido una triple dimensión, la cual en términos de la Corte Constitucional ha sido expresada de la siguiente manera:

“...La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas

por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social...⁵⁷¹”.

Indudablemente, para el actual Estado Social de Derecho, modelo jurídico adoptado con la Constitución de 1991, el trabajo resulta ser un valor fundamental, en tanto permite la realización del ser humano en todas sus dimensiones y, además, garantiza que este tenga una calidad de vida en términos de dignidad humana, no solo para el trabajador mismo, sino también para su familia.

Al respecto, vale la pena detenerse un poco para realizar un breve estudio sociológico que resulta de imperativa mención, en aras de dimensionar con precisión las implicaciones del llamado “derecho al trabajo”. Al respecto el profesor francés Alain Supiot, señala que el trabajo resulta de una mixtura de elementos que trasciende la tradicional idea de la realización de una determinada actividad determinada a cambio de una contraprestación económica, a continuación se cita un fragmento que ilustra con claridad lo expuesto por este autor:

“...el trabajo evoca a la vez la constrictión, el padecimiento de una actividad que no constituye su propio fin, y la libertad, el acto creador con que se realiza el hombre...⁵⁷²”.

Lo anterior, particularmente el último fragmento, responde a una definición del trabajo propuesta por el autor francés, quien señala lo siguiente:

“... el trabajo designa ese acto, en el que se mezclan por excelencia el dolor y la creación, acto en que se concreta cada vez, como en todo trabajo, el misterio de la condición humana. En el trabajo, se condensan fuerzas, y las obras del ser humano. (...) A los que carecen de trabajo- cuyo número no deja de crecer hoy- se les niega esta parte de la humanidad, el derecho a ensayar, el derecho a probarse, y adquirir un lugar legítimo entre sus semejantes...⁵⁷³”

Lo anterior pone de presente una doble dimensión del tradicional al concepto del “derecho al trabajo”, según el cual es claro que el trabajo no puede encasillarse de manera exclusiva en la categoría jurídica de ser una actividad material, para la obtención de un salario; esto implica trascender la idea del trabajo como un objeto, para situarlo en una esfera sociológica, en donde se comprende que el trabajo corresponde a una de las principales actividades de los seres humanos, mediante las cuales no solo se obtiene el sustento económico necesario, sino también una identidad, un reconocimiento de las habilidades particulares y una dignificación del ser humano. Estas dos dimensiones del trabajo han sido nominadas por el profesor

⁵⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-593 de 2014.

⁵⁷² SUPIOT, Alain. Crítica al derecho del trabajo. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales – Subdirección General de Publicaciones, 1996. p. 19.

⁵⁷³ Ibid., p. 19.

Supiot, como la noción material o patrimonial del trabajo y, de otro lado, como una concepción ligada al cuerpo como objeto del trabajo.

Respecto de la primera postura- el trabajo como un bien, con un marcado enfoque patrimonial-, el profesor Supiot señala lo siguiente:

“... Al disponer que “toda persona será libre para llevar a cabo el negocio, ejercer la profesión, arte u oficio que desee”, el decreto de Allarde de 16 de febrero de 1971, sitúa al trabajo en el mismo plano de los negocios, y somete a uno y otro al mismo principio de libertad de comercio y de industria. Esta forma de ver las cosas, hallara su traducción técnica en el Código Civil, que asimila la relación laboral, a una de las formas de arrendamiento: el arrendamiento de servicios...⁵⁷⁴”.

Esta dimensión del trabajo es acompañada de una lectura del mismo, enmarcada en el concepto de patrimonio. Sobre este punto, Supiot expresa que:

- “...esta primera concepción, permite (...) considerar el trabajo como un bien, propio del derecho del patrimonio. A partir de ahí, el trabajador no es más que la persona titular del patrimonio, que decide negociar con este bien. Dicho de otro modo, esta concepción reposa sobre una definición patrimonial del trabajo, de la cual se deduce una definición del trabajador...⁵⁹³”

Ahora bien, respecto de la segunda dimensión que en opinión del profesor Supiot, ostenta el derecho del trabajo, es necesario situarse en un marco sociológico, según el cual el trabajo implica no solo la realización material o intelectual de una actividad, sino también la puesta a disposición de todo el cuerpo del trabajador, en aras de lograr la efectiva realización de la tarea o tareas asignadas. Al respecto, vale la pena traer a colación el siguiente fragmento:

- “... El estatuto jurídico del cuerpo en la relación de trabajo no depende, en efecto, de la naturaleza “manual” o “intelectual” de la prestación. En todos los casos, y de forma indisoluble, hay en todos los casos la “alienación de la energía muscular” y de la energía mental. Así como no existen funciones puramente físicas, que no pongan en juego las funciones intelectuales, tampoco existen funciones puramente intelectuales, que no empleen ninguna energía física. En todos los casos, la capacidad de trabajo se halla subordinada a una capacidad física, y todos los acontecimientos que afecten a esta afectarán a aquella: la fatiga, la enfermedad, la juventud o la vejez...⁵⁷⁵”.

Lo anterior pone de presente que, sin duda alguna, para comprender el derecho al trabajo se debe partir de un análisis que permita contemplar todas las aristas e implicaciones concretas de este concepto pues, como bien apunta el profesor Supiot, el trabajo no solo corresponde a una actividad física que será retribuida económicamente, y que es pasible de circular en el mercado, como un bien más; sino también, como un elemento que permite la realización humana, y la

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 74.

dignificación del ser humano, por medio del compromiso de todo el cuerpo humano, en la ejecución de las labores encomendadas.

Así mismo, se debe señalar que esta visión multidimensional del trabajo debe acompañarse del llamado “principio protector”; a continuación, se cita un fragmento que da cuenta de este principio:

“... El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta al derecho del trabajo, ya que este en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador...⁵⁷⁶”

Con base en todos los argumentos descritos en las líneas precedentes, se considera que la aplicación de la medida acusada resultaría a todas luces nugatoria de tan importante derecho, valor y principio que sustenta el modelo actual de Estado, en tanto de llegar a aplicarse se desconocerían el tiempo, las actividades y el esfuerzo de un trabajador, que por “x” o “y” motivo no pudo realizar las debidas cotizaciones al Sistema de SS, sobre algún “factor de liquidación” determinado”. Pues, además, debe tenerse en cuenta que esta hermenéutica traería consecuencias directas sobre otro derecho constitucional fundamental, a saber, el derecho a la pensión de vejez; ya que como ha sido expuesto a lo largo del presente texto, todo aquello que sea realizado o desarrollado en el escenario de la vida laboralmente activa, tendrá repercusiones directas en el final de la vida, y más concretamente en el reconocimiento de la pensión de vejez.

Esta postura, se encuentra defendida en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, en donde se expuso lo siguiente:

“...El capital humano en toda sociedad constituye un factor fundamental para su desarrollo, es por tal razón que los derechos laborales deben gozar de especial protección en la medida en que las condiciones óptimas para su desempeño y la adecuada remuneración del mismo son presupuestos fundamentales para alcanzar la prosperidad general, fin estatal previsto por el artículo 2° de la Constitución Política. A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación el empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar...⁵⁷⁷”.

En virtud de lo anterior, se considera que la medida acusada, además de comportar una vulneración directa al principio de remuneración mínima, vital y móvil, también resulta lesivo del derecho, principio y valor del trabajo.

Principio de favorabilidad.

⁵⁷⁶ PLA RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del derecho del trabajo”, Editorial FCU. p. 73.

⁵⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sección II- Sentencia de 4 de agosto de 2010.

El principio de favorabilidad resulta ser casi que una característica definitoria del derecho de las relaciones laborales y la seguridad social, en donde indudablemente hay una especial protección por el trabajador, al entenderse como el extremo más débil de la relación de trabajo. Este principio apunta a que en el caso de que se esté en presencia de una única norma pasible de ser analizada de diferentes formas, se seleccione aquella interpretación que sea más garantista con los derechos del trabajador. En palabras del tratadista uruguayo Américo Pla Rodríguez, este principio es pasible de ser definido de la siguiente manera:

- “...Corresponde a un criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable para el trabajador...”⁵⁷⁸”

A su vez, la Corte Constitucional se ha encargado de definir este principio de la siguiente manera:

“... el principio **in dubio pro operario** (favorabilidad en sentido amplio) implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador.

(...) Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio *in dubio pro operario* lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica...”⁵⁷⁹”

Es claro que la definición que la Corte Constitucional realiza sobre el principio de favorabilidad se inscribe dentro de una conceptualización del mismo como una categoría genérica, tal como lo señala una investigación de la Universidad Externado, en donde afirma que “... La Corte Constitucional, además de dar un tratamiento distinto al uso convencional que se les ha dado a los principios laborales, en varias ocasiones los unifica bajo el concepto de favorabilidad...”⁵⁸⁰”.

Ahora bien, resulta pertinente abordar el fundamento o antecedentes de este principio, los cuales han sido profundamente trabajados por Américo Pla, quien al citar a Devali, señala lo siguiente:

“... Siguiendo a Devali, podemos decir que el reconocimiento del carácter especial del derecho al trabajo importa el rechazo del principio admitido en el derecho privado, según el cual los casos dudosos se deben resolver en favor del deudor (*in dubio pro reo*). Este principio que en un primer tiempo fue ampliamente aplicado aun en el campo de las relaciones laborales, por considerarlas como excepciones a los principios del derecho privado, no puede ser ya admitido, una vez que se reconoce la autonomía

⁵⁷⁸ PLA RODRIGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Editorial FCU, p. 91.

⁵⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-832 de 2013.

⁵⁸⁰ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. “Principio de norma más favorable, condición más beneficiosa e *in dubio pro operario*”. Bogotá, febrero de 2015. p. 29.

del derecho del trabajo, se admite su carácter especial y se acepta que su propósito consiste en otorgar un amparo a la parte más débil en el contrato de trabajo; parte más débil, que precisamente en consecuencia a su debilidad, se halla en la mayoría de los casos en la situación de la parte acreedora (...) siendo el trabajador el acreedor de su empleador...⁵⁸¹”.

Así mismo, el profesor Américo Pla señala la existencia de dos condiciones necesarias para la aplicación del principio de favorabilidad, o de in dubio pro operario, a saber: (i) la existencia de una duda sobre el alcance de una norma legal, y (ii) que la interpretación hecha no esté en pugna con la voluntad del legislador⁵⁸². A renglón seguido, señala como con la aplicación de este principio no se pretende “...corregir la norma, ni siquiera integrarla: solo cabe utilizar esta regla cuando existe una norma, y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles. De modo que cuando una norma no existe, no es posible recurrir a este procedimiento para sustituir al encargado de dictarla, y mucho menos es posible apelar a esta regla, para apartarse del significado claro de la norma. O para atribuirle a esta un sentido que no se puede desprender de ninguna manera de su texto ni de su contexto...⁵⁸³”.

Al respecto, una investigación de la Universidad Externado señala que los presupuestos necesarios para la aplicación del principio del in dubio pro operario son los siguientes:

1. “...Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
2. Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador.
3. Por lo anterior, la posibilidad lógico-axiológica de dirimir esa duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
4. Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino adjudicarle el sentido más favorable al trabajador...⁵⁸⁴”

Una vez definido el concepto del principio de favorabilidad, es claro que la aplicación de la medida acusada resultaría completamente vulneradora de dicho principio, en la medida en que privilegiaría una interpretación regresiva y reducida, que aminora los derechos del trabajador, en vez de ofrecer una mayor garantía, a través de la interpretación más amplia, esto es, la que fue propuesta por el Consejo de Estado en la Sentencia del 4 de agosto del 2010.

En ese sentido, es claro que la medida acusada realiza una interpretación literal, exegética y hermética del inciso número 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto siguiendo el estricto tenor de la norma, termina por argumentar que solo aquellos factores sobre los que se hayan hecho las respectivas cotizaciones en el Sistema de SS

⁵⁸¹ PLA RODROGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Editorial FCU, p. 92.

⁵⁸² *Ibíd.* p. 94.

⁵⁸³ *Ibíd.* p. 94.

⁵⁸⁴ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. “Principio de norma más favorable, condición más beneficiosa e in dubio pro operario”. Bogotá, febrero de 2015. p. 49

serán tenidos en cuenta al momento de calcular la base pensional. Ello, sin duda, supone pasar por alto de manera indiscriminada una hipótesis evidente que resulta mucho más garantista de los derechos del trabajador, a saber, la hipótesis del Consejo de Estado, en donde a través de una interpretación extensiva y garantista de la norma en comento, se dispone que no fue la voluntad del legislador excluir cualquier factor de liquidación que no haya sido objeto de las debidas cotizaciones al Sistema de SS, pues claramente es posible que aunque no se hayan hecho estas cotizaciones, en aras de garantizar una maximización de los derechos del trabajador, resulta mucho más apropiado, incluir dichos factores y realizar posteriormente las deducciones a que haya lugar.

Esta posición, es abordada por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

“...La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución.

Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional. Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse...⁵⁸⁵”.

Con base en lo anterior, se considera que la medida acusada, además de comportar una vulneración directa al principio de remuneración mínima, vital y móvil, también resulta lesivo del principio de favorabilidad.

5. El mayor peso de un principio en razón del reconocimiento de su prioridad en decisiones institucionales anteriores⁵⁸⁶.

Esta regla expresa que:

⁵⁸⁵ Ibid.

⁵⁸⁶ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 61” del texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Colombia, p. 976.

“...el peso del derecho fundamental en la ponderación será mayor si en alguna decisión institucional anterior se ha reconocido su prioridad sobre el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa, en razón de una intervención análoga...”.

Hasta el momento, no se conoce ninguna decisión en donde se haya dado prelación al principio de reconocimiento de una remuneración mínima, vital y móvil, por encima del principio del principio que fundamenta la media acusada, a saber, el principio de eficiencia; razón por la cual, se considera que esta regla no debe ser aplicada.

b. Criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

Al igual que en el desarrollo de los criterios anteriores, en el presente análisis de la intensidad de la intervención el derecho fundamental solo se tomará la regla relevante para el caso concreto, a saber:

“...Cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación...⁵⁸⁷”.

Respecto de la aplicación de esta regla, resulta necesario partir de una afirmación que resulta casi que irrefutable: el principio que cuenta con mayores conexiones con el concepto de dignidad humana es el del reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil, pues en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional se ha encargado de delimitar la conexidad entre esos dos conceptos. Al respecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia Sentencia T-053 de 2014, que expresa lo siguiente:

“...Así las cosas, se concluye que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la **dignidad humana**, el cual se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional y encuentra su materialización en las diferentes acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral...⁵⁸⁸”.

Así mismo, resulta de imperativa mención la sentencia T-211 de 2011, en donde la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“...Así las cosas, esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la **dignidad humana**, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo

⁵⁸⁷ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 61” del texto de Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, p.980

⁵⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-053 de 2014.

el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional⁵⁸⁹...”.

A su vez, la sentencia T-053 de 2014, también se preocupó por ligar el concepto de remuneración mínima, vital y móvil, con el de la dignidad humana, así:

“...El derecho al mínimo vital se relaciona con la **dignidad humana**, ya que se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna...⁵⁹⁰”.

Para finalizar, resulta interesante traer a colación la sentencia T-457 de 2011, en donde por medio de una lectura en clave de control de convencionalidad, se estableció lo siguiente:

“...El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla en su artículo 3° que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que se asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la **dignidad humana** y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección. Esta norma, permite evidenciar que el derecho al mínimo vital protege la subsistencia de las personas, tanto del individuo como de su núcleo familiar y que, en principio, tal derecho se satisface mediante la remuneración de la actividad laboral desempeñada. Otro elemento que se desprende del mencionado artículo es que no se trata de cualquier tipo de subsistencia, sino que la misma debe revestirse de tales calidades que implique el desarrollo de la dignidad humana⁵⁹¹...”.

Con base en todo lo anterior, es posible afirmar que, sin duda alguna, el principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil es aquel que tiene más conexiones con el valor de la dignidad humana.

4.2.1.1 Criterios empíricos: Análisis de la importancia de los principios desde su eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración.

Existen varios criterios empíricos para determinar la importancia de los principios. Estos principios son los siguientes:

□ Eficacia:

En atención a esta regla, resulta claro que la medida -la ratio extraída de la sentencia SU230 del 2015, en conjunto con la Sentencia C-258 de 2013- logra maximizar de alguna manera el fin mediato que en últimas pretendía satisfacer, a saber, el principio de eficiencia; No obstante lo anterior, se debe recalcar que no se trata de una maximización sustancial, en tanto, además de que los efectos directos no son significativos en términos económicos, existen otras múltiples estrategias que si logran maximizar el fin mediato de una manera mucho más efectiva.

Rapidez:

La rapidez de la medida puede ser cuestionada en la medida en que, como se ha visto hasta el momento, pese a que esta tiene sustento en al menos dos sentencias de la Corte Constitucional, a saber las sentencias C-258 del 2013 y la SU-230 de 2015, no

⁵⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-211 de 2011.

⁵⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-053 de 2014.

⁵⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-457 de 2011.

ha sido reconocida como un precedente obligatorio por otras jurisdicciones, como la jurisdicción contencioso administrativa, la cual en sentencia del 25 de febrero de 2016, optó por apartarse a las dos decisiones, en virtud de considerarlas legítimas a la luz de la jurisprudencia y la garantía que debe darse a los derechos de los trabajadores.

□ **Probabilidad:**

En punto a esto, es claro que la medida legislativa si ofrece una alta probabilidad de alcanzar el fin inmediato; sin embargo, la maximización del mismo y del fin mediato-la eficiencia-, una vez se de aplicación de la medida, no es considerable ni realmente significativa.

□ **Alcance:**

Ciertamente, el alcance o el nivel de irradiación de la medida- la *ratio* ya expuesta- en otros derechos y principios no es significativa, pues el principio de la eficiencia aparece consagrado constitucionalmente, en conexidad especial con la administración de los recursos del Sistema de SS; pero más allá de esto, no aparece un vínculo con otros principios.

□ **Duración:**

La duración de la decisión en principio podría considerarse, como “óptima”; sin embargo, el hecho de que haya sido desconocida de manera abierta por otra decisión, pese a que se supone debía ser acatada en todos los casos al tratarse de una sentencia de unificación, da cuenta de que la misma no cuenta con una legitimidad que garantice una estabilidad de la medida.

4.2.2 LA CONSTRUCCIÓN DE LA RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA ENTRE LOS PRINCIPIOS QUE SE PONDERAN.

4.2.2.1 Ley de la ponderación.

De acuerdo con esta ley, para poder dibujar el hilo conductor de las premisas que soportan la elección de la prevalencia de un principio sobre otro en el caso concreto, es posible aplicar tres pasos: “... En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro...”⁵⁹².

Ahora bien, concretizando lo expuesto al presente juicio de proporcionalidad, y teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de este texto, resulta claro que el presunto principio o derecho fundamental intervenido y afectado por la aplicación de la medida -la *ratio* inferida de la sentencia SU-230 del 2015- corresponde al principio del reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil.

De otro lado, respecto de la delimitación del principio que juega en sentido contrario, también ha sido enunciado con suficiente claridad que aquel constituye el fundamento y la justificación

⁵⁹² BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op.Cit.p. 991.

de la aplicación de la medida en comento – la *ratio* extraída de la sentencia SU-230 del 2015-, y que se concretiza en el principio de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS.

Una vez ubicados los extremos del ejercicio de ponderación, en las líneas siguientes se procederá a la concreción del mismo.

4.2.2.2 Formula del peso.

La aplicación de la “fórmula del peso” es un procedimiento para determinar el peso concreto del principio P1, en relación con el principio P2, a la luz de las circunstancias de un caso. Esto se realiza con el objetivo de establecer una “*relación de precedencia condicionada*” entre los principios⁵⁹³. Dentro de dicha fórmula del peso, son tomadas en cuenta las siguientes variables: la primera de estas corresponde a la evaluación del grado de no satisfacción o afectación de un principio, el segundo factor coincide con la evaluación del peso abstracto, y, el tercer y último elemento que se debe incluir en la fórmula del peso hace referencia al nivel de seguridad en punto a la asignación de valores de cada principio; esto es, al análisis sobre si las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras.

En ese sentido, y teniendo en cuenta la línea argumentativa expuesta hasta este punto, es posible hacer la siguiente asignación empírica de valores numéricos para este caso concreto:

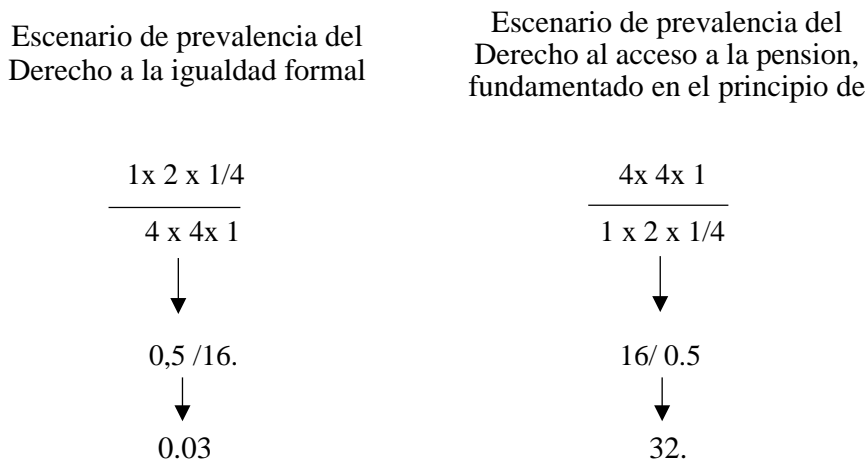
Tabla 18. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable del Ingreso Base de Cotización.

Derechos- Principios contrapuestos.	Variables.		
	Importancia del grado de no satisfacción afectación del principio.	Importancia abstracta.	Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas.
Principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil.	4	4	1
Principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS.	2	1	1

⁵⁹³ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales Op.Cit.p. 984.

Esta tabla puede ser graficada también numéricamente de la siguiente manera:

Gráfico 16. Gráfico de la Ley de ponderación para la variable de Ingreso Base de Cotización.



Es claro, que la protección del principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil - que da fundamento y legitimidad al ejercicio del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, ofrece un mayor beneficio en el caso concreto. Sin embargo, a continuación, se dará cuenta de manera detallada del porqué se asignaron tales valores numéricos.

Es claro que la protección del principio de reconocimiento del salario mínimo, vital móvil, ofrece un mayor beneficio en el caso concreto. Sin embargo, a continuación, se dará cuenta de manera detallada del porque se asignaron tales valores numéricos.

✓ Importancia del grado de no satisfacción o afectación del principio.

- Principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil.

En el caso concreto de la importancia de la afectación o no satisfacción de “reconocimiento del salario mínimo vital y móvil”, resulta ser bastante relevante, pues este principio permite la concreción del reconocimiento del derecho al trabajo de la manera en que fue expuesto en la líneas precedentes, esto es, a través de una concepción que trascienda la tradicional idea que vincula al trabajo con la prestación de una determinada actividad a cambio de una remuneración, para abrir la puerta a una noción mucho más omnicomprensiva de todos los fenómenos que se encuentran ligados al trabajo y que, en razón a ello, justifican el imperativo de proteger el efectivo reconocimiento de la actividad desempeñada por el trabajador, con independencia de que sobre el mismo, traducido en los factores de liquidación, no se hayan realizado los aportes en materia de seguridad social.

Esta lectura, que resulta ser mucho más garantista de los derechos del trabajador implica hacer un esfuerzo para garantizar la efectiva protección y reconocimiento del trabajo desempeñados por el trabajador, aislándolo de eventos que lo pueden afectar considerablemente, como consecuencia de una actuar negligente por parte de los empleadores o las entidades administradoras de la SS.

En ese sentido, es claro que la importancia de la no satisfacción o afectación del principio de reconocimiento del salario, mínimo, vital y móvil, resulta ser un tema bastante preocupante, pues su negación comportaría la negación de otros derechos y principios como lo son el derecho al trabajo, y el principio de favorabilidad; lo cual comportaría, en últimas, una afectación en el derecho fundamental a la pensión, en cabeza de un grupo de trabajadores que pese a que actuaron diligentemente llevado a cabo sus labores asignadas de la mejor manera, tienen una disminución en el monto de su mesada pensional, como consecuencia de la exclusión de los factores de liquidación que no fueron objeto de las cotizaciones al Sistema de SS.

Por todo lo anterior, esto es en razón de la gran importancia del principio de “reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil”, que, en el caso concreto, se le asignó un valor de “4”.

- **Principio de eficiencia.**

Para el caso concreto, es claro que la afectación o no satisfacción del principio de eficiencia, no constituye un gran agravio al ordenamiento jurídico que caracteriza el Estado Colombiano presente, a saber un Estado Constitucional, preocupado por que la garantía efectiva de los derechos fundamentales siendo el trabajo y el reconocimiento del mismo, uno de los más importantes; tanto así, que ocupa un espacio particular en el preámbulo, los fines del Estado, y se consagra como un deber a la luz de la Constitución política de 1991.

En este ámbito, se debe tener en cuenta que el principio de eficiencia no puede convertirse en un “inconveniente” en el camino de la concreción de los derechos fundamentales, particularmente del derecho fundamental al reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil, del trabajo, y, en consecuencia, del derecho social fundamental a la seguridad social, materializado en el canal de la pensión de vejez, el cual en el caso concreto se ve aminorado por la medida acusada, en razón a que su implantación supondría negar el valor del trabajo realizado por trabajadores que por razones ajenas a su voluntad, no lograron realizar las cotizaciones devaluada en el Sistema de SS, sobre determinados factores de liquidación.

Es por ello, que se afirma que una afectación al principio de la eficiencia, para el caso concreto, no resulta ser un asunto trascendental; por lo cual, el valor que se le asigna es de 2.

□ **Importancia abstracta de los principios.**

- **Principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil.**

El peso abstracto del principio del reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil resulta ser trascendental en cualquier escenario, pues objetivamente analizado, este principio resulta ser la base de otros fundamentales principios protegido en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional y por las normativas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como el principio de la subsistencia digna y del trabajo.

Así mismo, no debe perderse de vista, que el principio del reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil guarda una estrecha relación con el principio de la dignidad humana, piedra angular de nuestro actual Estado Social de Derecho; razón por la cual, en vista de que su afectación podría comportar una lesión al principio de la dignidad humana y del mínimo vital, se considera que la afectación a este principio en el caso concreto resulta ser mayor, y de mayor importancia.

En razón a lo anterior, el peso abstracto del principio del reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil es pasible de ser definido con el numero “4”.

- **Principio de eficiencia.**

Como ha sido expuesto, en acápite precedentes este principio objetivamente analizado, de manera similar al anterior, resulta ser importante para el buen manejo de la economía del Estado; Sin embargo, no se puede negar su marcado carácter instrumental, en el sentido de que su principal potencial se concentra en servir de puente o de herramienta para la consecución de los fines del Estado. En razón a esto es que se le asigna el valor de “1”.

□ **Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas.**

En punto a este último elemento de la fórmula del peso, es de destacar que, evidentemente, los principios contrapuestos revisten características bastante particulares y diferenciadas; ello se afirma, en razón a que, de un lado, el principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil representa una máxima casi que inquebrantable dentro de nuestro Estado Constitucional actual, mientras que de otro lado, el principio de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, se presenta como un principio de tipo mucho más instrumental, que no constituye un fin en sí mismo, sino el medio para poder garantizar una mayor cobertura en la protección de los derechos fundamentales constitucionales.

En atención a la complejidad de asignar unos valores neutrales a cada uno de estos principios, máxime si se tiene en cuenta la particular carga constitucional y de fundamentabilidad de que goza el principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil, se considera que a cada uno de estos se les asignada el valor de “1”, respecto la variable en comento.

4.2.2.3 Conclusión- Regla concreta para el caso en términos de una “relación de precedencia condicionada”.

Una vez se concatenan todos los elementos expuestos en cada una de las fases del “Juicio de Proporcionalidad”, resulta claro que al analizar los hechos concretos de este caso, debe prevalecer el principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil, sobre el principio de eficiencia, pues el primero se encuentra íntimamente ligado, con trascendentales principios del Estado Constitucional Colombiano, como lo son el trabajo, la dignidad humana y la subsistencia; con lo cual, su desconocimiento comportaría no solo pasar por encima de un principio de gran significado y contenido constitucional, sino también de importantes garantías reconocidas a los trabajadores a través de históricas luchas.

CAPITULO IX. ¿EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DE COTIZACIONES IMPACTA LA IGUALDAD?

9.1 CONTEXTO DE LA VARIABLE IBL.

En el escenario del derecho social fundamental a la seguridad social, y más en concreto al relacionarlo con las pensiones, se encuentran entrelazados importantes elementos, los cuales conforman toda una arquitectura jurídica cuyo propósito es asignar y distribuir los recursos que los trabajadores aportaron a lo largo de su ciclo de vida activa que junto con las contribuciones de los empleadores y del Estado, por la vía de la solidaridad, les brindará seguridad económica al retiro de su vida laboral, la cual se manifiesta en la mesada pensional.

Los Estados han diseñado regímenes pensionales para proteger a la población anciana, originaria en una primera fase para los trabajadores industriales de las manufacturas; surge de los vínculos con el trabajo moderno y requerirá cerca de un siglo para extenderse a las sociedades más desarrolladas y más recientemente a las sociedades emergentes. Era necesario generar mecanismos para superar la imprevisión y carencia de recursos a futuro para quienes abandonaran la actividad productiva. Ello supone que las personas que hayan estado vinculadas a la actividad productiva aportando al Sistema de SS, al final serán recompensadas con unos ingresos que han de sustituir los salarios percibidos. Los “beneficios” corresponden a quienes hayan tenido el estatus de vinculados al régimen pensional de seguridad social, el cual les ha de proporcionar unos ingresos a futuro.

Ahora bien, dentro de la arquitectura jurídica que compone el Sistema de SS, encontramos importantes elementos, cuya naturaleza es, en últimas, ser condicionantes de la cuantía del monto pensional obtenido, en aras de moldear y adaptar el beneficio general a la situación concreta y particular de cada trabajador. Dentro de tales variables que resultan determinantes para el cálculo de la pensión, las siguientes resultan ser las más relevantes: la edad, el género, el ingreso base de cotización, la densidad y el periodo de cotizaciones y el ingreso base de liquidación. Las dos primeras variables corresponden a hechos vinculados al ciclo de vida de una persona natural: la edad se registra en un documento de identidad y así mismo, sobre el género tampoco se puede presentar mayor debate en punto a su inclusión en las complejas fórmulas para calcular la pensión, pues a fin de cuentas, - y pese a los debates actuales respecto del concepto de género, que fueron objeto de otro acápite del presente texto- este mismo documento de identidad que permite conocer la edad, también permitirá determinar el género del trabajador o trabajadora.

Sobre la tercera variable, no es posible predicar lo mismo, pues el ingreso base de liquidación, ligado a la remuneración al trabajo que obtiene cada ciudadano-trabajador depende de variables económicas, del mercado laboral, de los acuerdos entre trabajadores y empresarios, de las capacidades de las personas y hasta de las oportunidades de formación de cada quien. La cuarta variable, cuyo fundamento corresponde a la densidad y volumen de cotizaciones señala un elemento de tipo objetivo, pues la ley es quien se encarga de fijar el tiempo necesario durante el cual el trabajador tuvo que haber aportado al Sistema de SS para obtener la pensión. Lo cierto es que esta última variable –el Ingreso Base de Liquidación (en adelante IBL)- es lo que se

encarga en ultimas de recapitular la información obtenida en el ciclo de vida laboral para condensarlo y procesarla en una fórmula que defina el beneficio final que obtendría el trabajador como recompensa a todos los años de su trabajo; y es precisamente esta última variable la que será objeto de análisis de este acápite.

Así pues, para abordar de manera breve el significado e importancia del IBL dentro de la estructura marco del Régimen de Prima Media, que dan fundamento a los cálculos de la mesada pensional, se procederá así: primero (1) se expresarán los fundamentos para comprender el concepto de IBL a través de la delimitación y el alcance de los beneficios y como se concretan en prestaciones propias del Sistema de SS; posteriormente (2) se analizará la manera en que éste es desarrollado en la legislación colombiana- particularmente en el contexto del Régimen de Prima Media o denominado también “Beneficios por años de servicio” - y más concretamente la formula usada para obtener su cálculo específico; haciéndose además especial referencia a la manera en que el

IBL ha sido interpretado y aplicado en el contexto del llamado “Régimen de transición”; y para finalizar (3) se dará cuenta de cómo la idea de los “beneficios” con fundamento en el concepto de solidaridad, ha venido tomando otras formas como lo es Régimen de Capitalización.

A continuación, se desarrollará el primer tema anunciado.

1. ¿QUÉ CONNOTACIÓN TIENEN LOS BENEFICIOS EN EL SISTEMA GENERAL DE SS?

En el trabajo se condensan las fuerzas y las obras del ser humano⁵⁹⁴, se dice de ese acto en el que se mezclan por excelencia el dolor y la creación, acto en el que se concreta cada vez más, como en otro trabajo el misterio de la condición humana⁵⁹⁵. Será en el siglo XIX donde el trabajo adquiere su sentido actual, al mismo tiempo que fuente de connotaciones de creatividad. Con el advenimiento del mundo capitalista el trabajo tomará la forma patrimonial de intercambio, es decir se convertirá en una mercancía; el trabajador entrega sus servicios, sus habilidades, su destreza a cambio de una remuneración; grandes transformaciones se han dado en estos dos siglos en la forma de estructurar los sistemas de producción donde reposa el trabajo. Con el producto de este intercambio, el trabajador logra la subsistencia suya y la de su familia; el trabajo le proporciona igualmente a ese ciudadano su propia identidad dentro de este todo del cual hace parte, que se llama sociedad.

Sin embargo, el trabajo como hecho social de gran relevancia tiene restricciones en el tiempo; bien lo dice el estudio “Envejecimiento sin crisis” del Banco Mundial que “...a medida que vamos envejeciendo, trabajamos, producimos y ganamos menos, y por tanto necesitamos una fuente de ingresos para sobrevivir...⁵⁹⁶”. Por ello, las sociedades crean diversos mecanismos para proteger a sus trabajadores ancianos. Los mecanismos formalizados y regulares se estructuran en los regímenes pensionales que se iniciaron en la segunda mitad del siglo XIX, en Alemania. Estos sistemas han tenido múltiples transformaciones en la segunda mitad del siglo XX y en la década del presente siglo, donde la solidaridad como piedra fundante de la protección al post-trabajo, ha devenido en capitalización y ha generado la asunción de cargas de la seguridad social a los esfuerzos de cada individuo; luego de un largo periodo de trabajo en la edad adulta, el trabajador ha de tener descanso en la etapa final de su ciclo vital, la vejez

⁵⁹⁴ SUPIOT. Crítica al derecho de trabajo. Op.cit., p. 19.

⁵⁹⁵ Ibid.

⁵⁹⁶ BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Op. cit., p. 1.

y su actividad laboral en la sociedad se le retribuye con una suma dineraria comúnmente denominada derecho a la pensión de vejez.

En ese sentido, para que pueda predicarse la existencia de la pensión, en el contexto de un Sistema de Seguridad social, es necesario que el afiliado cumpla con unas determinadas cargas, que se encuentran en cabeza exclusiva de este, como lo son trabajar por un determinado tiempo, y hasta una determinada edad y contribuir mediante cotizaciones. Pero, sumado a ello, resulta vital contar con un segundo elemento, que aunado al primero- el trabajo individual- permite materializar el derecho constitucional a la pensión. Este segundo elemento se estructura en la solidaridad, esto es, en el reconocimiento del esfuerzo y los aportes de aquel trabajador, por parte de la sociedad, pues sin ello, estaríamos frente a un escenario en donde, formalmente, se tiene el derecho, pero con restricciones para ejercitarlo ya que, sin dicho reconocimiento y colaboración social, el derecho mitiga su nivel de exigibilidad y concreción efectiva.

Con todo ello, resulta indudable la fuerte base sociológica que caracteriza a la Seguridad Social, pues "...desde el momento en que la protección de la necesidad no queda abandonada a las vicisitudes individuales, sino que el individuo entra en contacto , y se liga con otros individuos o con una entidad, desde ese momento han surgido relaciones sociales (...) que por demás, pueden ser de solidaridad o cooperación, desde el momento en que los individuos se unen para alcanzar institucionalmente el fin protector que les es común...⁵⁹⁷".

Por lo anterior, no es errado afirmar que la Seguridad Social, a través de las sociedades del trabajo busca generar seguridad económica en la vejez, y con ello, incluir al individuo que haya cumplido con sus cargas dentro de dicho Sistema, en el catálogo de los amplios y significativos beneficios que este trae consigo.

En tal sentido, es claro que "... la base sociológica es fundamental para la seguridad social, porque es la propia estructura de la sociedad la que permite apreciar y delimitar la necesidad merecedora de protección (...) pues de hecho, solo los datos sociológicos pueden ofrecer indubitativamente, la edad en que la vejez se constituye en causa productora de necesidad: solo puede protegerse debidamente a la enfermedad si el cuerpo social sanitario colabora con la seguridad social y esta conoce las vicisitudes de ese cuerpo social...⁶¹⁷".

En ese sentido, es de destacar que, pese a que en nuestro país se encuentran vigentes dos modelos de administración del régimen pensional, ambos con origen público, -esto es con origen en el Estado Colombiano- pero con diferentes canales de concreción, a saber, el canal público, y el canal privado, es indudable que el objetivo común de ambos es la protección del trabajo. Sin embargo, las relaciones jurídicas de beneficios son creadas por la Ley, y materializadas en sus instituciones; igualmente, los canales de concreción de estos beneficios son públicos; el régimen de prima media con prestación definida se mantuvo como una forma monopólica hasta el nacimiento de la Ley 100 de 1993, pues es justamente en este régimen en donde el principio de la solidaridad no reviste carácter de accesorio, sino por el contrario, constituye la columna vertebral del mismo, como fue estructurado en la última década del siglo XIX en Alemania.

Por ello, el contenido de la relación de seguridad social, varía notablemente dependiendo del régimen en el que se encuentre adscrito el ciudadano- trabajador, pues de un lado en el aseguramiento privado, serán protagonistas la sinalagmaticidad y la retribución, mientras que

⁵⁹⁷ ALMANZA PASTOR. *Derecho de la seguridad social*. Op. Cit p. 109. .

el contenido de la relación de seguridad social en el Régimen de Prima media obedece a elementos compensatorios, soportados en la solidaridad y colaboración social, es decir en una concepción no individualista de los beneficios.

Al respecto, el jurista español Almanza afirma que "... la relación jurídica de seguridad social en un sistema asistencial, liga directamente al Estado y sus entes instrumentales con el sujeto protegido, que lo es en cuanto miembro de la colectividad. Y liga a ambos sujetos, con la exclusiva función económico-social de protección del Estado en las situaciones de necesidad. La financiación de la actividad estatal queda ajena a la relación jurídica de seguridad social por cuanto aquella es cubierta con una parte de los presupuestos generales del Estado, y se integra en la más genérica relación tributaria común...⁵⁹⁸".

La relación jurídica de seguridad social, tradicionalmente se compone de tres sub relaciones, a saber: la relación de afiliación, la relación de cotización y la relación de protección⁶¹⁹. Para efectos concretos, la relación que más interesa a la luz del concepto de los beneficios o denominados también "prestaciones" que ha sido desarrollado a lo largo de este texto, es la relación de protección, a saber, aquella relación que condensa los elementos de la relación de seguridad social, en un resultado: los beneficios, o las llamadas "prestaciones". Ciertamente "... la relación de protección tiene como objeto las prestaciones que son debidas a los sujetos protegidos en cuanto beneficiarios de las mismas, constituye también relación subordinada e instrumental, a través de la que se materializa la protección de las necesidades...⁵⁹⁹".

A su vez, la relación jurídica de protección se configura de los siguientes elementos estructurales: "...los sujetos que son los beneficiarios y las entidades gestoras, el objeto, el cual lo constituyen las prestaciones y el contenido, que está integrado por la obligación de la entidad gestora a dispensar la protección y por el derecho del beneficiario a exigirla...⁶⁰⁰".

Ahora bien, es necesario dotar de mucho más contenido a la relación de protección, pues suele cuando esta se hace exigible, es que logran aparecer en escena las variables necesarias para calcular el monto de la pensión, y más concretamente solo en este punto el IBL cobra gran relevancia. Para ello, es necesario partir de la idea de que la relación de protección se caracteriza por unos presupuestos, unos sujetos, y un objeto o fin último: las prestaciones. A continuación, se dará cuenta de manera muy sucinta de cada uno de estos elementos.

Antes de iniciar, es necesario aclarar que "... la relación jurídica general de seguridad social tiene como finalidad la de proteger a los sujetos en ella incluidos, solo que de protección puede ser actual o potencial, según el sujeto se halle o no en una situación de necesidad. En cambio, la relación de protección se dirige a conceder prestaciones a los sujetos cuando estos se encuentren en situación de necesidad actual, de modo que la protección satisfecha es actual y no potencial...⁶⁰¹".

En ese orden de ideas, respecto del primero de sus elementos compositivos, a saber, sus presupuestos, se debe hacer mención de dos: la situación de necesidad y el hecho causante. La primera supone un estado o situación de incidencia sobre el sujeto protegido de necesidades sociales previstas y tipificadas por la Ley como merecedoras de protección. El segundo

⁵⁹⁸ Ibid., p.117

⁵⁹⁹ Ibid., p. 118.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 119.

⁶⁰¹ Ibid., p. 320.

elemento, a saber, el hecho causante, corresponde a la actualización de la contingencia protegida, o en otras palabras al dispositivo que acciona la dinámica protectora⁶⁰².

Una vez se reúnen los presupuestos precitados, resulta necesario identificar cuáles son los sujetos que se encuentran presentes dentro de dicha relación de protección, y que permiten la concreción de la satisfacción de la necesidad. Tales sujetos corresponden a los sujetos beneficiarios, por una parte, y los sujetos obligados, por otra. Estos últimos corresponden a las entidades sobre las cuales recae la obligación jurídica concreta de garantizar la protección; mientras que los primeros- los beneficiarios- son aquellos “...sujetos protegidos que por hallarse en situación de necesidad y reunir las condiciones exigidas legalmente, ostenta y ejercita un derecho actual, directo, o derivado a percibir las prestaciones de seguridad social...”⁶⁰³.

Para finalizar la caracterización de la relación de protección, es necesario hacer mención de las prestaciones, a saber, los beneficios mismos. En ese sentido, es claro que “... el objeto de la relación jurídica de protección está constituido por las prestaciones, esto es, la atribución patrimonial en dinero o en especie, destinada a subvenir a la situación de necesidad actualizada del beneficiario...”⁶⁰⁴.

En suma, la relación de protección compuesta por una serie de presupuestos, sujetos y objeto concreto supone el canal a través del cual se materializa el acceso de los ciudadanos a los beneficios que trae consigo el reconocimiento y consolidación del derecho fundamental a la pensión.

2. ¿QUÉ ES EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN? ¿CÓMO SE ENTIENDE ESTE EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA?

Ciertamente, en la legislación colombiana, y particularmente en las normas atinentes al Régimen Pensional colombiano se presenta una bifurcación, ante la cual ha de reaccionar el trabajador dependiendo de sus intereses; es decir, atendiendo a los objetivos perseguidos por el cotizante-, el Legislador, esto es el órgano máximo de representación política de todo el Estado, se ha encargado de modelar dos esquemas a partir de los cuales se puede obtener la pensión, a saber: (i) el régimen de prima media, en donde el dinero recaudado de las cotizaciones, se encuentra en un fondo común y público, y no hay proporcionalidad directa entre lo aportado y lo recibido, esto es, no hay un carácter sinalagmático entre los aportes⁶⁰⁵, o (ii) cotizar bajo las reglas particulares del régimen de ahorro individual, en donde no hay fondo común, sino una cuenta individual de ahorro personal del cotizante, encontrándose, además, una relación directa entre lo aportado y lo recibido, de tal manera que el resultado final dependerá de la propia capacidad de capitalización del afiliado⁶⁰⁶.

En estos dos regímenes, resulta necesario establecer la manera en que se reconocerá el monto final de la mesada pensional; pues es precisamente este, el punto cúlmen de la vida de todo trabajador, que ha cumplido con todos los otros requisitos establecidos por el legislador, y que

⁶⁰² *Ibíd.*, p. 321- 323.

⁶⁰³ *Ibíd.*, p. 328.

⁶⁰⁴ *Ibíd.* p. 329.

⁶⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA- Sentencia T-361 del 2000. 27 de marzo del 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Sala Quinta.

⁶⁰⁶ ARENAS, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. LEGIS, Bogotá- Colombia, 2007. p. 182.

está a la espera de obtener los beneficios que trae consigo su inclusión dentro de dicho modelo. A continuación, se dará cuenta de la manera en que se calcula el monto del beneficio, para el primer modelo de administración de las pensiones, a saber, el modelo de Prima Media con prestación definida. Y de manera posterior, en el acápite siguiente se expondrá la particular estructura usada en el Modelo de Capitalización.

Antes de ahondar en especificidades, es necesario hacer una importante aclaración, pues para hacer una correcta lectura de la manera en que el IBL es interpretado y aplicado en el Régimen de Prima Media con prestación definida, se debe tener en cuenta que existen dos escenarios normativos que tienen plena vigencia jurídica actual. Ello quiere decir que un trabajador que haya realizado sus cotizaciones en este régimen encontrará que su situación jurídica podrá ser regulada- *grosso modo*- por dos conjuntos de normas, a saber: (2.1) aquellas del régimen común, aplicable por regla general, y que se encuentran comprendidas en la Ley 100 de 1993, o (2.2) las normas especiales y excepcionales del llamado “Régimen de Transición”. En ese sentido, en aras de abordar el estudio propuesto de la manera más sistemática posible, se dará cuenta de cada uno de estos escenarios jurídicos de manera separada, comenzando por las normas del régimen general.

2.1 Hermenéutica del IBL en el Régimen General del modelo de Prima Media con prestación definida.

En el Régimen de Prima Media con prestación definida, existe una regulación de la dinámica a través de la cual se logra la concretización de la pensión. En dicha dinámica, el ingreso base de liquidación (de ahora en adelante IBL) cobra un papel especial, pues es a partir de este que se determina bajo qué base se deberá calcular la mesada pensional, esto es, el beneficio último del Modelo de Prima media con prestación definida.

A su vez, el IBL está directamente relacionado con el ingreso base de cotización, esto es el monto sobre el cual el empleador y el trabajador cotizaban; pero centra su atención concretamente en el periodo de tiempo durante el cual se promediarán los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes, promedio que a su vez será el 100% sobre el cual se aplique el porcentaje determinado como monto.

Sin embargo, para aplicar la fórmula del IBL es necesario contar con la base de aquello que fue cotizado, lo cual, por demás, atendiendo al principio de solidaridad que caracteriza al Régimen de Prima Media, resulta de una concatenación de esfuerzos individuales, aportes del empleador, y contribuciones estatales. Así, la Ley 797 de 2003, que introdujo una reforma trascendental en materia de seguridad social, estatuyó en su artículo 7 lo siguiente:

- *Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante. Este artículo debe leerse de la mano del artículo 1 del Decreto 4982 del 2007, que consagra que:*
- *Apartar del 1° de enero del año 2008, la tasa de cotización al Sistema General de Pensiones será del 16% del ingreso base de cotización.*

En ese sentido, por regla general le corresponde al empleador asumir el 12 % de la cotización, y al trabajador el 4 %, a través del descuento que se hace del salario de los mismos. Sin embargo, es de destacar que la reforma del año 2003 no solo trajo consigo lo expuesto hasta este punto, sino que también comportó una valiosa herramienta en aras de garantizar más equidad, ya que se dejó de lado el tradicional sistema de liquidación escalonado, por uno de

corte más actuarial, ligado a la “capacidad de pago” y el porcentaje de ingreso del trabajador, en donde se instituyó una regla implícita según la cual “a mayor capacidad de pago, menor monto de pensión “. Con esto, se propendió por reducir los subsidios implícitos a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, modificando la fórmula para calcular su monto e incorporando -por primera vez en nuestra historia- la variable “capacidad de pago” como determinante del monto. Tal regla, se encuentra contenida en el siguiente párrafo del artículo 7 de la Ley 797 del 2003.

“Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la ley 100 de 1993.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 S.M.L.M.V de un 0.2%, de 17 a 18 S.M.L.M.V de un 0.4%, de 18 a 19 S.M.L.M.V, de un 0.6%, de 19 a 20 S.M.L.M.V, de un 0.8% y superiores a 20 S.M.L.M.V de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente Ley...⁶⁰⁷⁶⁰⁸”.

Sumado a lo anterior, se debe tener claridad sobre el hecho de que “...para efectos de establecer este ingreso promedio se debe seguir un principio básico y lógico, que hoy día en Colombia tiene rango constitucional (Inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política), según el cual solo será factor de liquidación aquel que haya servido como factor de cotización, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador que fomente la elusión en los aportes o cotizaciones...⁶⁰⁹”.

Ahora bien, una vez identificada la manera en que se distribuyen las cotizaciones en el Sistema General de SS, es necesario dar cuenta de la manera en que se obtiene el monto de la mesada pensional.

Para dar cuenta de ello, el concepto de IBL resulta ser de vital importancia. La legislación colombiana concretiza la definición del IBL en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual estipula lo siguiente:

- **“...ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación.**

Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia,

⁶⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 797 del 2003, Artículo 7. DIARIO OFICIAL No.

⁶⁰⁸ .079 de 29 de enero de 2003.

⁶⁰⁹ ALARCON CHINCILLA. Alexander. El régimen de transición de la Ley 100. Tensiones entre el Legislador, el Juez y el Administrador. Bogotá: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. 2012. p. 51.

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo...⁶¹⁰”.

De la lectura de la norma, se observa con claridad que el IBL dependerá del promedio de los factores sobre los cuales el trabajador haya cotizado durante los últimos diez años anteriores al reconocimiento pensional, es decir que se trata de una variable que está directamente relacionada con el ingreso base de cotización; y que, en palabras muy sucintas, corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, debidamente actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), reportado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Sin embargo, se debe destacar que si el IBL obtenido en la forma ya dicha resulta inferior al IBL ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, el afiliado podrá solicitar que le sea tenido en cuenta éste último IBL, siempre y cuando haya cotizado mínimo 1250.

En suma, el IBL constituye el valor promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado a lo largo de “x” tiempo; valor que será necesario para calcular el monto final de la pensión.

Sumado a lo anterior, es necesario anotar que lo que se calcula no es el promedio de los últimos 10 años entendidos en sentido cronológico continuo, sino de los últimos diez años cotizados, vale decir de los últimos 120 meses cotizados, los cuales en tiempo real pudieron haber sido cotizados en más de 10 años por haberse presentado interrupciones en la continuidad de la cotización.

En la norma originaria, Ley 100 de 1993, la estructura del IBL que para la pensión ordinaria de vejez correspondía al promedio de salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado un afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, contaba con un componente que estimulaba a los afiliados a permanecer en el sistema hasta completar un 85 % de la tasa de remplazo; en efecto, el monto con un coeficiente creciente va a pasar del 65 % de la tasa aplicable, cuando se logran las 1000 semanas de cotizaciones, a un IBL correspondiente al 85 % si permanecen hasta las 1400 semanas como tope del monto de la pensión.

La reforma introducida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 cambia la estructura de la tasa de remplazo e introduce un nuevo predicado: a medida que el ingreso base de liquidación, o sea la base para calcular el monto crece, el coeficiente que se ha de aplicar para obtener el monto o la cantidad de la mesada pensional decrece; en palabras sencillas, entre más ingresos registre el afiliado, menor será el monto de su pensión de vejez. Este mandato encuentra su fundamento en la fórmula adoptada por el Régimen Pensional de Prima Media, para el cálculo de la mesada, así:

$$r = 65.50 - 0.50 s, \text{ donde:}$$

⁶¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 100 DE 1993, Artículo 21. DIARIO OFICIAL 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

r = porcentaje del ingreso de liquidación

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo anterior tiene como fundamento distribuir el subsidio, fundamento del régimen de prima media de la manera más compensatoria posible, garantizando a quienes tienen unos salarios más bajos un monto mayor de pensión; y a quienes tienen unos salarios más altos, un menor monto pensional.

2.2 . Hermenéutica del IBL en el Régimen de Transición.

Para dar cuenta de la manera en que el IBL es entendido en el llamado “Régimen de Transición”, es necesario primero (1) delimitar, aunque sea sucintamente las características de este régimen pensional de excepcional aplicación, para abordar en un segundo lugar (2) los debates actuales que se han suscitado en torno a su interpretación y aplicación en casos específicos.

2.2.1 ¿Qué es el Régimen de Transición?

El Régimen de Transición corresponde a una “excepción” bastante amplia del régimen general de pensiones, establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Concretamente, el Régimen de Transición atiende a la necesidad del Estado de brindar seguridad jurídica a sus ciudadanos, al amparar y no desconocer las expectativas legítimas de aquellas personas, cuya situación jurídica en materia de obtención y causalidad de la pensión de vejez, se encontraba regulada en un escenario normativo anterior a la citada Ley 100. Ello con el objetivo de garantizar la seguridad en el derecho, pues estas personas confiaron su situación jurídica pensional a una norma anterior a la norma general (Ley 100 de 1993); con lo cual, se introdujo una excepción a la derogación automática de la ley, permitiendo que las normas anteriores no perdiesen vigencia automática con la aparición de la nueva norma general por la cual se creó el sistema de seguridad social integral.

Cabe anotarse, - como fue ya expuesto en líneas precedentes- que el legislador instituyó dos regímenes pensionales solidarios, independientes y excluyentes entre sí, el régimen solidario de prima media con prestación definida (R.P.M.) y régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.); pero, para el caso específico del régimen de transición, este solo aplica en el régimen solidario de prima media con prestación definida, que maneja los fondos públicos.

La razón de ser, o el *telos* de este particular régimen, se encuentra en la necesidad del derecho de garantizar confianza y certidumbre a los ciudadanos en sus relaciones jurídicas, máxime cuando se trata de personas cuya situación jurídica es pasible de definirse bajo el concepto de “derechos adquiridos”, en vista de que estuvieron amparados por un considerable espacio de tiempo de estabilidad normativa. En ese sentido, y en el contexto particular que nos interesa, es claro que:

- “...Cuando un sistema pensional es modificado, generalmente se afectan las expectativas de quienes pretendían obtener el derecho pensional, ya que las condiciones y beneficios propuestos en el momento en que se ingresó al mercado laboral pueden ser desmejorados, sin desconocer que ha sido aceptado históricamente que quienes tienen derechos adquiridos, es decir que ya cumplieron

los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional conforme a la reglamentación inicial, tendrán una especial y completa protección....⁶¹¹”.

Al respecto, Gerardo Arenas, describe el régimen de transición como un mecanismo de protección de expectativas pensionales donde “*se combinan reglas del régimen anterior con reglas del nuevo régimen, lo que no sería posible si se tratara de verdaderos derechos adquiridos*”⁶¹²”.

Como consecuencia de ello, este régimen de transición, al tratarse de una excepción a la regla general en materia del cálculo del monto de las pensiones, también tiene una norma especial en cuanto a la obtención del IBL.

A continuación, se citan las normas que definen el citado régimen de transición, y la interpretación que debe de hacerse del IBL en el mismo:

“... Artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. (...)

- **Acto Legislativo 1 de 2005:**

El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los

⁶¹¹ ALARCON CHINCILLA, Alexander. *El régimen de transición de la Ley 100*. Op. Cit. p. 12.

⁶¹² ARENAS, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Op. Cit. p. 297.

requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen...”.

En ese sentido, es claro que la Ley 100 de 1993, en sus artículos 21 y 36, al estipular la manera en que debe ser calculado el IBL coinciden en que se trata del promedio de las bases de cotización (salarios reportados a la seguridad social) actualizadas con el IPC durante un determinado periodo; por regla general, los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. Sin embargo, el artículo 36 de la Ley 100 establece el IBL como el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, que puede ser un mes, y el mismo artículo 21 de la citada ley establece que puede ser el promedio de toda la vida si el afiliado ha cotizado durante más de 1.250 semanas de cotización.

2.2.2 Principales debates que se han suscitado en torno a la interpretación del IBL en el Régimen de Transición.

Como es bien sabido, el escenario de la seguridad social en nuestro país, se ha caracterizado por ser un asunto de constante transformación; lo cual se manifiesta en cambios que van desde la re conceptualización de la misma, que se manifiesta en la evolución respecto de su significado, es decir en lo atinente al cambio radical que se ha tenido en su concepción, pasando de ser considerada un servicio público a un derecho fundamental autónomo⁶¹³; hasta, cambios que afectan la base jurídica misma de su aplicación, con ello se hace referencia a las normas que componen el derecho de la seguridad social.

En ese mismo sentido, es claro que, desde hace algunos años, se ha asistido a una hiper producción normativa en asuntos relacionados con la aplicación y el reconocimiento de los derechos derivados de la seguridad social; máxime si se tiene en cuenta la sensibilidad e importancia de este derecho fundamental constitucional, lo cual ha hecho que en este escenario sean particularmente protegidas las expectativas legítimas de los trabajadores- ciudadanos que se encuentran en una situación jurídica particular estable, respecto de una norma concreta.

Por lo tanto, se hace evidente que hoy por hoy, existe un universo de leyes encargadas de regular la manera en que cada persona puede acceder a su pensión en el Régimen de Prima Media con prestación definida, y particularmente en el llamado Régimen de Transición aún vigente para regular situaciones jurídicas excepcionales; así, dependiendo de las particularidades que, revista la historia laboral de cada colombiano, serán muy diferentes los caminos que cada uno tendrá que recorrer para adquirir su pensión. No obstante, estos caminos están medidos paso a paso, por decretos, leyes y hasta resoluciones que fijan de manera muy específica- mas no del todo clara- los requisitos para obtener el goce de este derecho.

Lo cierto es que, a causa de la súper producción normativa existente en este campo, la pensión de cada colombiano se encuentra supeditada y condicionada a múltiples variables, que como se dijo anteriormente se ajustan a la situación particular de cada persona. Por ello, es común observar que personas que – *en principio*- parecieran contar con una historia laboral similar, se vean sometidas a reglas diferentes para el cálculo de su pensión, y en consecuencia a resultados diferentes respecto al monto final obtenido.

⁶¹³ Tal consagración del derecho a la seguridad social, como un derecho fundamental se encuentra recogida en numerosas decisiones de la Corte Constitucional, dentro de las cuales destacan las siguientes sentencias: T-414 de 2009, T-030-13 y T-164-13.

Como ya fue expuesto en líneas precedentes, existe un conjunto de variables determinantes del resultado final de la pensión, sobre los cuales en principio no se presenta mayor discusión; pero de otro lado, respecto del IBL si se ha suscitado un álgido debate, particularmente en lo que respecta a su hermenéutica en el marco del Régimen de Transición. Este debate ha tomado cuerpo en diferentes posturas interpretativas, lideradas, de un lado por la Corte Constitucional y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y de otro lado por el Consejo de Estado.

Concretamente, el núcleo del principal debate en torno a la interpretación y aplicación del IBL, se ha centrado, en el hecho de si este debe o no ser tomado como uno de los elementos de la transición, o en otras palabras si el IBL que se debe aplicar a un trabajador sujeto al régimen de transición, es el correspondiente al del régimen general (Ley 100 de 1993) , o aquel anterior a la Ley 100, que se encuentra contenido en la norma anterior que regula el resto de sus condiciones jurídicas para la obtención de la pensión de vejez.

Ahora bien, una vez delimitado el problema jurídico sobre el cual versarán las siguientes líneas, es necesario destacar que la principal sentencia emitida por la Corte Constitucional en este asunto es la SU-230 del 2015⁶¹⁴, la cual, resulta ser muy importante pues parece “el punto final” a todas las discusiones en punto a la interpretación del IBL, dejadas por ambigüedad en la redacción del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De otro lado, el Consejo de Estado en el año 2010⁶¹⁵, expidió una decisión paradigmática sobre este mismo asunto, que ciertamente pareciera quedarse sin eficacia jurídica, al ir en contravía de lo postulado 5 años después por el máximo Tribunal de nuestro Estado: la Corte Constitucional.

Esta bifurcación de posturas ha traído, sin duda alguna, confusión y caos jurídico pues, por muchos años, los diferentes jueces de nuestro país, cada uno aferrado a los principios y reglas fijadas por su jurisdicción, se encargaron de dirimir miles de casos, en donde inevitablemente debía de echarse mano de aquella “escurridiza” variable del IBL; escurridiza, pues al parecer ninguna de las altas Cortes osaba definir de manera concreta y unívoca, la hermenéutica bajo la cual debía leerse y aplicarse aquel debatido inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encargado de fijar la pauta sobre la manera en que debía de procederse respecto al cálculo del IBL, de las personas sujetas al régimen de transición. Lo cierto es que, con el paso de los años, se fueron forjando las dos posturas ya delimitadas en el párrafo precedente, y que serán analizadas a continuación con mayor profundidad. Para ello, se expondrá por separado la postura de cada uno de estos Máximos Tribunales.

A. ¿Cómo entiende la Corte Constitucional, el concepto de IBL, en el marco del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

El primer asunto de debate, respecto de la interpretación del IBL en el contexto del régimen de transición, se centra en la manera en que es entendido de manera genérica dicho régimen especial. De un lado, la Corte Constitucional parte por afirmar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encarga de establecer una excepción a la aplicación universal del sistema de seguridad social en pensiones, para quienes tengan una expectativa y confianza legítima de adquirir su pensión, al cumplir con los requisitos estipulados por la norma.

No obstante lo anterior, - y es aquí donde se presenta tal vez el núcleo de la discusión- en opinión de esta Corporación, a estas personas, en virtud del régimen de transición, se les debe

⁶¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA- Sentencia SU-230 del 2015.

⁶¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA- Sentencia del 4 de agosto, 2010.

aplicar lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100, a la que se encontraban afiliados; permitiendo con ello el ejercicio de la ultractividad de las reglas relacionadas con los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo; pero de ninguna manera en lo relacionado con el IBL, pues – según la Corte- este se trata de un aspecto que no puede ser sometido a transición, y que debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Corte Constitucional considera que el IBL, no puede ser considerado de ninguna manera como un aspecto de la transición, y que, en consecuencia, las reglas contenidas en el artículo 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, son las que deben observarse para determinar el monto pensional. Ello, con independencia del régimen especial al que el trabajador pertenezca, esto es, con independencia de si aquel trabajador es un congresista o magistrado, como en el caso analizado en la sentencia C-258 del 2013 (Corte Constitucional de Colombia- Sentencia C-258, 2013), o si se trata de un empleado público, como será analizado con la sentencia T-078 de 2014.

Ciertamente, la Corte Constitucional no llegó a la tesis expuesta en el párrafo precedente de un momento a otro; por el contrario este resultado final obedece a un cambio radical en la jurisprudencia de este Honorable Tribunal, cambio que encuentra origen en la sentencia C- 258 del 2013, que se encargó de analizar los cargos de constitucionalidad contra las elevadas pensiones obtenidas por congresistas y magistrados, como consecuencia de algunos elementos que introducían a través de tratos desiguales e injustificados, ciertos beneficios y que estaban consagrados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

El año siguiente a la promulgación de la polémica sentencia C-258 del 2013, la Corte Constitucional emitió un primer pronunciamiento desarrollando la pauta interpretativa fijada en el 2014; así, en la sentencia T-078 de 2014 se negó el amparo solicitado por el ciudadano Miguel Santos, quien alegaba un error, por cuanto se tomó como base para liquidar su pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio. Ello, se hizo con el mismo argumento esbozado en la sentencia de los magistrados y congresistas, pese a que en este caso la situación fáctica era bastante diferente; un argumento algo ciego, según el cual, con independencia del régimen anterior, el IBL no puede ser considerado en ninguna posibilidad un aspecto susceptible de transición, y que, por tanto, debe ser calculado con base en la regla general estipulada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, resulta de imperativo análisis la ya citada sentencia SU-230 del 2015, en donde la misma Corte Constitucional reconoce que tenía un marcado precedente en materia de interpretación del IBL -consolidado por lo menos en 28 decisiones- en las cuales la ratio decidendi, apuntaba a que “...se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...”⁶¹⁶. No obstante, en la misma sentencia se reconoce que tal línea jurisprudencial fue cambiada por la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de excluir la posibilidad de calcular

⁶¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia SU-230 del 2015*.

el ingreso base de liquidación, con apoyo al régimen anterior a la 100, aplicable cuando se cumple con los requisitos del régimen de transición del art. 36.

Lo anterior merece especial atención, pues con la sentencia SU-230 del 2015 La Corte no emitió una providencia más en materia de interpretación y aplicación del IBL, sino que, por el contrario, emitió una decisión fundada en argumentos de autoridad, en donde reconoció y argumentó que pese a que ya había un precedente conformado por cerca de 28 decisiones que apuntaba hacia una dirección unívoca en materia de interpretación del IBL en el Régimen de Transición, esto no comportaba ningún impedimento de cara a un cambio jurisprudencial, como naturalmente ocurrió.

El mensaje implícito detrás de esta sentencia de unificación que, como es bien sabido tiene más fuerza vinculante que las sentencias de tutela y de constitucionalidad, -en tanto se entienden como sentencias que cierran el debate por completo respecto de un asunto en particular- guarda relación con la seguridad jurídica, pues claramente al “reversar” más de 28 decisiones, lo que se quiere decir en últimas es que la seguridad de los ciudadanos en las normas y en las decisiones judiciales, está supeditada a eventuales e imprevistos cambios jurisprudenciales que no están dotados de una justificación suficiente, y que terminan por afectar derechos constitucionales, como resultó suceder en el caso presente, en donde la inesperada decisión de la Corte, terminó por aminorar la pensión de las personas que se encontraban sujetas al régimen de transición.

Para finalizar, desde la posición de la Corte Constitucional, es posible condensar su argumentación en la siguiente regla:

“ Cada vez que se esté frente a un conflicto que verse sobre la aplicación integral del régimen especial anterior a la Ley 100, y el régimen de transición mencionado del artículo 36 de la Ley 100- con total independencia de los regímenes y sus características- ,deberá acudirse a la regla interpretativa sentada en la Sentencia 258 de 2013, según la cual “el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL⁶¹⁷”.

B. ¿Cómo entiende el Consejo de Estado el concepto de IBL, en el marco del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

El Consejo de Estado es enfático en exponer que, en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa; por ello, la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones exigidas, no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior. Ello lo sustenta bajo la idea de que dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión para acceder a la pensión, “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”. En ese sentido, no hay duda alguna que para el Consejo de Estado de llegar a tomarse la norma anterior- en los casos en los que la persona

⁶¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia SU-230 del 2015.*

cumpla con los requisitos del régimen de transición-, esta debe tomarse en su integridad, seleccionando también las reglas que esta preceptúa, en cuanto a la fórmula que calcula el IBL.

Sumado a lo anterior, el Consejo de Estado, según el cual el IBL si puede ser considerado un “aspecto de transición”, pues cuando se aplica el régimen del artículo 36, es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación⁶¹⁸.

En suma, es posible sintetizar la postura del Consejo de Estado en materia de interpretación del IBL en el escenario concreto del régimen de transición de la siguiente manera: el IBL debe ser considerado un “aspecto de transición”, con independencia del régimen anterior al cual pertenecía el trabajador que recibía los beneficios del régimen de transición. Por ello, en los casos en los que el trabajador se encuentra cubierto bajo la hipótesis del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho.

3. VIENTOS MODERNOS: DESPLAZAMIENTO DE LAS CARGAS PÚBLICAS AL INDIVIDUO Y AL SECTOR PRIVADO

Desde hace algunos años, se ha hecho notoria la incapacidad del Estado para asumir las diferentes cargas en materia de garantía, protección y acceso a los derechos de sus ciudadanos, razón por la cual ha comenzado a emerger, cada vez con mayor frecuencia, figuras que dan cuenta de la necesidad de descentralizar funciones que antes recaían de manera directa en cabeza del Estado.

El escenario del Sistema General de SS no ha sido nada ajeno a este fenómeno pues, naturalmente en este ámbito el Estado, también ha reconocido su incapacidad de cara a las múltiples tareas que emergen cada día en materia de protección del derecho a la seguridad social. En ese contexto, los fondos de seguros privados han emergido como una herramienta muy útil, de descentralización de las funciones del Estado. Estos fondos privados, conocidos bajo el nombre de “Régimen de Ahorro individual” (De ahora en adelante RAI), revisten un carácter híbrido, que da cuenta de una mezcla de elementos estatales y privados, pues su origen tiene como fuente la Ley del Congreso, encargada de regular la forma en que estos funcionarán y los principios que deberán respetar; pero en lo que respecta a la forma concreta en que administran los recursos y la filosofía que los orienta, indudablemente, tienen un marcado carácter privado.

En ese sentido, la característica principal de las pensiones de las personas pertenecientes al RAI es que estas son financiadas por ellas mismas durante su vida laboral (exceptuando aquellas que, cumpliendo los requisitos, no alcanzan a acumular el capital para financiar una pensión mínima). A su vez, en estos planes de ahorro individual, “... *los trabajadores dependen en ultimo termino de los aportes de estos, de la renta que produzcan los ingresos invertidos, y del número de años de vida que se prevean. (...) Allí, la pensión del trabajador se financia con los fondos que se acumulan en la cuenta de ahorro antes de la jubilación, y el monto de estos depende de la tasa de aporte, de la tasa de aumento de la remuneración, de la tasa de interés, y del número años de trabajo y de jubilación...*”⁶¹⁹.

⁶¹⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. *Sentencia del 4 de agosto del 2010.*

⁶¹⁹ BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis.* Op. cit., p. 237.

Ahora bien, en lo que respecta a la estructura concreta por medio de la cual se calcula el monto del beneficio adquirido en el régimen de capitalización, es posible encontrar dos fórmulas clásicas, que dan cuenta de cómo el IBL puede ser leído de diferentes maneras.

En dichas formulas, el IBL es incluido con el objetivo último de calcular el “beneficio” pensional, esto implica que existan dos posibles caminos de calcular el monto de la mesada pensional. En ese sentido, dependiendo de cómo se acomoden las variables de la fórmula, puede producir un resultado- monto pensional- diferente. Sin embargo, y en esencia es definida como “...la relación entre el monto de los aportes que realiza el trabajador individual durante “x” periodos, y el valor presente esperado del incremento de los beneficios (pensiones y otros pagos) que logra ese individuo a cambio...⁶²⁰”. A su vez, las fórmulas de beneficio son susceptibles de ser agrupadas en dos familias principales: la formula “por años de servicio” y la formula “actuarial”.

La primera de las formulas, es pasible de ser definida de la siguiente manera “... los beneficios de cada individuo se determinan con una formula basada en dos datos: los años de servicio y uno de los dos siguientes: el salario promedio cotizado o el salario final cotizado en el último año de servicio...⁶²¹”. Es claro que en esta fórmula la pensión de un individuo no depende de la tasa de cotización que se le aplicó a ese mismo individuo, pues lo que se premia explícitamente es la mayor duración del periodo de aportes.

La segunda de las fórmulas, premia igualmente la mayor duración en el periodo de aportes, pero lo hace usando la fórmula del valor futuro de una anualidad, que también depende de la duración del periodo de aportes. Por ello, no es errado afirmar que en esta última formula el beneficio individual dependerá de cuanto contribuyó cada individuo más los intereses acreditados⁶²².

9.2 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA VARIABLE IBL. SENTENCIA C-258 de 2013.

El juicio de proporcionalidad supone la ponderación entre dos principios o valores a la luz de las particularidades de un caso concreto; en razón de esto es que resulta necesario conocer a profundidad los debates y matices que componen cada caso, esto es, los elementos compositivos del debate que se desarrolla en el contexto del análisis de constitucionalidad realizado a una medida legislativa cualquiera, pues solo de esta manera se podrá realizar un efectivo ejercicio de ponderación.

Para el caso concreto, respecto de la variable del Ingreso Base de liquidación, la sentencia objeto de análisis será la C-258 del 2013. Sin duda alguna, esta sentencia ofrece innumerables elementos de análisis, ya que desarrolla un completo estudio de una norma -el artículo 17 de la Ley 4 de 1992-, cuyo contenido era de discutible vigencia constitucional, y de manera paralela realiza un recorrido argumental de significativa importancia en lo que respecta a los toques de las mesadas pensionales. En dicho recorrido, la Corte Constitucional se tuvo que valer de una fortísima y rigurosa argumentación, para justificar la inxequibilidad parcial de la norma en

⁶²⁰ VALDES. Op. cit., p. 291.

⁶²¹ DAVIS, Philp. *Pension Funds: retirement income security and capital markets*. CLARENDON PRESS, OXFORD, 1995. p. 230.

⁶²² VALDES. Op. cit., p. 290.

comento; argumentación que hace de esta sentencia un texto jurídico que merece especial atención.

En ese sentido, antes de ahondar en las especificidades del juicio de proporcionalidad de la sentencia C-258 del 2013, es necesario, a modo de contextualización, (A) identificar el marco normativo base aplicable a la situación; para poder abordar con estos insumos, el debate jurídico llevado a cabo en dicha sentencia; esto, para que sea mucho más sencillo desarrollar una (B) breve exposición sobre el ejercicio de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional en dicha providencia.

Así mismo, es necesario anticipar que antes de desarrollar el juicio de proporcionalidad correspondiente a la variable del Ingreso Base de Liquidación –el cual tendrá por fuente una de las principales *ratio*⁶²³ sentadas por la Sentencia C-258 del 2013-, se harán una serie de (C) precisiones, necesarias en atención a las particularidades que reviste esta sentencia, con el objetivo de delimitar con meridiana claridad los principios o valores que se contrapondrán y serán objeto de análisis, desde el inicio.

En consecuencia, a continuación, se dará cuenta del marco normativo necesario para comprender el escenario legal en el cual se gesta la desigualdad en la construcción de la ley que fue objeto de análisis constitucional en la sentencia en comento.

A. Marco normativo necesario para comprender el ulterior debate constitucional.

El marco normativo en el cual se circunscribe el debate llevado a cabo en la sentencia C-258 del 2013, tiene como tema principal el del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, y más concretamente la pensión de vejez de los congresistas y por extensión de los magistrados, miembros de la rama judicial y funcionarios de los organismos de control, que obtuvieron la consolidación de su pensión, con base en los requisitos estipulados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Por ello, el primer elemento normativo a tener en cuenta es el artículo 48 de la Constitución Política, en tanto este se encarga de recoger los más importantes postulados que deben orientar al Estado Colombiano en materia de regulación y protección del derecho constitucional fundamental a la seguridad social. Este artículo, desde el momento de su consagración en el texto constitucional, ha sido objeto de diversas modificaciones, que han introducido nuevos elementos al mismo. Este artículo, inicialmente, esto es antes de que se le incluyesen nuevos elementos, vía Actos Legislativos, contenía como elemento esencial la definición de la seguridad social un servicio público, que, a la misma vez, revestía el carácter de obligatorio;

⁶²³ La *ratio decidendi* es una expresión latina que significa “razón suficiente” o “razón para decidir”. Este término ha sido adoptado por el derecho colombiano, más concretamente en el escenario jurisdiccional, en donde la *ratio decidendi* es entendida como la razón principal que justifica la decisión judicial. En palabras de la Corte Constitucional la *ratio decidendi* es “...la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica...” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-489 del 2013. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Así mismo, se ha determinado que la *ratio decidendi* goza de un nivel de vinculatoriedad que la diferencia del resto de los elementos compositivos de cualquier providencia judicial. En ese sentido, en la sentencia C-621 del 2015 la Corte Constitucional afirmó que “...la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional...”. (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-621 del 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chajub).

este último elemento resulta trascendental para concretar la correcta hermenéutica con la que debía leer la norma en comento, en tanto al vincular el servicio público de la seguridad social con un nivel de obligatoriedad tan claro, se obtuvo como consecuencia directa el hecho de que el Estado debía ser un sujeto protagónico al momento de garantizar el efectivo goce de este servicio en cabeza de todos los colombianos.

En ese sentido, se comenzó a comprender que este “servicio público” debía ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; Sumado a ello, en el segundo inciso se establece con bastante claridad la calidad de irrenunciable de que goza este derecho.

Así mismo, y para efectos de dilucidar con total precisión el marco normativo del presente texto, es necesario traer a colación al artículo 150, numeral 19 de la Constitución, que, dentro de una amplia lista de responsabilidades, encarga al Congreso, concretamente en el literal “e”, de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Posteriormente, y a través del ejercicio de desarrollo del texto constitucional, que le es propio al poder legislativo, el Congreso expidió en 1992 la Ley 4, en la que señaló un marco general de principios, orientaciones y finalidades que debían tenerse en cuenta para determinar el régimen salarial y pensional de los servidores públicos. Dentro del articulado de esta ley, resultan de particular interés los siguientes artículos, en donde se delimito el régimen de remuneración de los magistrados y congresistas:

- **“...Artículo 15°.-** Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial, que sumada a los demás ingresos laborales, iguale a los percibidos en su totalidad, por los miembros del congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los ministros de despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

Artículo 16°.- La remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado serán idénticos.

Artículo 17°.- El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores.

Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

Parágrafo. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva...”

En el articulado citado en las líneas anteriores, el Gobierno se encargó de delimitar todo lo atinente a la cuantía de los salarios y prestaciones, así como los requisitos necesarios para que

un servidor público- entendido de manera concreta bajo el régimen de los congresistas- pudiese obtener la calidad de pensionado, aunado a los derechos subjetivos que emanan del reconocimiento de esta situación jurídica y los montos de las mesadas pensionales.

Para el caso concreto de las pensiones de los funcionarios de la Rama Judicial -jueces y magistrados de los Tribunales y Altas Cortes-, la Procuraduría, la Fiscalía, la Contraloría y demás entidades oficiales, el Gobierno a través de los Decretos No. 104 de 1994, 47 de 1995, 34 de 1996, 47 de 1997 y 65 de 1995 extendió la misma normativa aplicable y prevista inicialmente para los congresistas, con las mismas características, requisitos y cuantías.

Ahora bien, teniendo el anterior esquema normativo, es necesario hacer especial énfasis en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, pues es precisamente este artículo el origen de lo que hoy en día, a la luz del principio de igualdad, es considerado como una “desigualdad en la ley⁶²⁴”, y que será el principal objeto de análisis del posterior juicio de proporcionalidad.

En ese sentido, el artículo 17 de la Ley en comento estableció el único límite desarrollado en toda la legislación colombiana en materia de límites al monto pensional, en tanto estipuló que tal monto resultaría de la base del 75 % del ingreso promedio mensual que, durante el último año, y por todo concepto percibiera el congresista, aumentado en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. Este tope máximo del 75 %- como se dijo- era el único tope existente en todo el ordenamiento a la fecha en la que se emitió la Ley, pues ni la Constitución, ni ningún otro artículo de la Ley 4 de 1992, que regulaba de manera general el asunto, se dispuso alguna regla adicional.

Así mismo, este artículo 17 revestía otras particularidades. en tanto tomaba como elemento base para el cálculo de la mesada pensional, el último salario del servidor público, con independencia de si este resultase más o menos favorable respecto de otras posibles reglas como el cálculo de la mesada pensional sobre el promedio de salarios devengados por el mismo dentro de “x” años. Y aunado a lo anterior, es de anotar que este artículo también establecía una regla muy especial en materia de aumento de la mesada pensional, pues no supeditaba su aumento al IPC, como suele hacerse por regla general, sino que los condicionaba al reajuste del salario mínimo legal.

⁶²⁴ En el escenario jurídico los tratos desiguales, pueden tener diferentes orígenes, los cuales van desde el momento de la aplicación de la ley, esto es cuando el juez ante dos eventos similares decide aplicar soluciones jurídicas diferentes, hasta el momento mismo del diseño y creación de la ley, en donde es el legislador quien en el marco de su labor de libre configuración legislativa, introduce diferencias injustificadas en el texto de la norma. Para el caso concreto, resulta claro que la norma juzgada en la Sentencia C-258 del 2013, a saber, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se encargaba de introducir en su contenido una serie de diferencias que al no tener ninguna justificación razonable alguna, devenían en inconstitucionales.

Lo anterior, surge como una consecuencia del hecho de que la Ley pueda tener diversos sentidos, lo cual en palabras del jurista español Andres Ollero “...descarta toda univocidad, no como un objetivo frustrado sino como un empeño fuera de lugar. Resultado, por lo demás que cada uno de estos sentidos puede o no ser el “ajustado” en un momento determinado...” (Igualdad: entre justicia y seguridad, p. 43). Para el caso concreto, se hace más que evidente la falta de univocidad de la norma cuya vigencia constitucional fue cuestionada, en tanto esta misma norma contenía elementos con diferentes sentidos, que apuntaban al otorgamiento de unos beneficios desproporcionados, que según el ex magistrado del Consejo de Estado Gerardo Arenas Monsalve, “...permitían que un sector privilegiado de la población recibiera un tratamiento preferente y excesivo en materia pensional, carente de justificación objetiva y razonable...”. (COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO., Sentencia del 18 de septiembre del 2014, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve).

Estando así las cosas, es claro que a la luz del artículo en comento ninguna pensión de un congresista o magistrado podría liquidarse con montos menores al 75 % del ingreso promedio mensual del último año. Lo cierto es que, posteriormente, en el año 2005 mediante el Acto Legislativo 01, se dispusieron unas nuevas reglas en materia pensional para los servidores públicos, incluidas estas en el artículo 48 constitucional, a saber: se estipuló que en materia pensional siempre se respetarían los derechos adquiridos. Así mismo, en el párrafo número 1° del mismo artículo 48, se estableció que, a partir del 31 de julio de 2010, no podrían causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

La redacción del párrafo 1° del artículo 48, no pareciera dejar dudas en lo que respecta a la vigencia de su aplicación, esto es al momento a partir del cual resulta aplicable la norma que contiene, en tanto su redacción está precedida con un “a partir”, que, en otras palabras, quiere decir que lo que sigue a continuación solo podrá tener vigencia y efectividad en el escenario jurídico desde el límite o la fecha fijada en el enunciado normativo; fecha que es fijada a renglón seguido como el 31 de julio de 2010. En ese sentido, es claro afirmar que los efectos de la norma introducida en el párrafo N.º 1 del artículo 48, solo podrían tener vigencia exclusivamente desde esa fecha, y no otra; a partir del 31 del mes de julio del 2010, y no desde antes, con lo cual se introducía una regla implícita encaminada a que no aplicase retroactivamente esta disposición, pues naturalmente su aplicación retroactiva podría vulnerar los derechos adquiridos y la confianza legítima de muchos ciudadanos.

No obstante lo anterior, como último desarrollo “legislativo”- en tanto no correspondió a un ejercicio legislativo en estricto sentido, ya que no obedeció a un acto emitido por el Congreso, sino a una decisión judicial emitida por la Corte Constitucional de Colombia – de la línea expuesta hasta este punto, la sentencia C-258 del 2013 alteró considerablemente la interpretación de algo que en principio parecía estaba bastante claro, y que, en razón a su raigambre constitucional, tampoco parecía pasible de una interpretación tan amplia y abiertamente contradictoria; concretamente se hace referencia a la interpretación que hizo la Corte Constitucional en dicha sentencia sobre el párrafo N.º 1 del artículo 48 constitucional, en tanto pese a que por más de 7 años se había entendido que el mismo solo podría tener efectos sobre las situaciones jurídicas consolidadas con posterioridad al 31 del mes de julio del 2010, la Corte terminó por dar aplicación retroactiva al mismo, cubriendo situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad al 31 de julio del mes de julio de 2010, con la regla jurídica inserta en el párrafo en mención⁶²⁵.

Cabe anotarse que las consideraciones anotadas hasta este punto, fueron también expuestas en la oportunidad en que se debatió la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esto es en la misma sentencia C-258 del 2013, en donde dos magistrados – los magistrados: Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo- de la Corte Constitucional emitieron salvamentos de voto, rechazando tajantemente la aplicación retroactiva de una norma de raigambre constitucional -a saber el párrafo primero del artículo 48 de la Constitución Política Colombiana, introducido por el Acto Legislativo 01 del 2005-, sin una “razón suficiente”, que justificase la eminente vulneración a la seguridad jurídica que ello

⁶²⁵ Es de destacar que, en atención a este aparte particular de la decisión de la Corte Constitucional, respecto del límite de los 25 SMLMV, la ASOSIACION DE EXMAGISTRADOS-ASIMAGISTER, presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para obtener el texto íntegro, ver: Especial sobre pensiones, Denuncia de la Sentencia C-258 del 2013, pp 31-95.

comportaría. El magistrado Mauricio González, en su salvamento de voto, expuso lo siguiente:

“... La lectura de la Constitución indica que el Constituyente, en el Acto Legislativo, en modo alguno facultó a las autoridades administrativas o judiciales para la extensión del tope a todas las pensiones que se estuviesen pagando. Por el contrario, limitó la aplicación del tope de los 25 SMLV a las causadas con posterioridad al 31 de julio de 2010. Y, además, constitucionalizó el concepto de causación de una pensión, asimilándola al cumplimiento de todos los requisitos normativos establecidos para la consolidación del derecho, esto es, a la realización del supuesto fáctico de las normas pensionales...⁶²⁶”.

Resulta necesario hacer especial énfasis en el concepto de “causación de la pensión” al que hace referencia el Magistrado González, en tanto es claro que, tal como él lo afirma, la norma que la Corte Constitucional pasó por alto – a saber, el Acto Legislativo 01 del 2005- , era nada más y nada menos que una norma de raigambre constitucional, que delimitaba y blindaba constitucionalmente aquellas situaciones consolidadas. A renglón seguido, el Magistrado hizo referencia al hecho de que, aunque se hubiese ponderado la aplicación retroactiva de esta norma, sustentándose en la protección de la igualdad, y sostenibilidad fiscal, tal análisis de proporcionalidad no podría estar llamado a prosperar en tanto el mismo Acto Legislativo 01 del 2005 incluye un mandato expreso de protección de los derechos adquiridos. A continuación, se cita dicho fragmento:

- “...La aplicación de los principios de igualdad, equidad y sostenibilidad fiscal, habría sido suficiente para cobijar a todas las mesadas superiores a 25 SMLV, de no existir una regla constitucional objetiva sobre la materia, como la establecida en el Parágrafo 1º del artículo 48 Superior. Sin embargo, no es ello lo que ocurrió en este caso, si se considera que el Acto Legislativo reformativo de la Constitución fijó un mandato preciso de no afectación de “todos los derechos adquiridos...⁶²⁷”.

Por otro lado, el Magistrado Gabriel Mendoza también emitió un salvamento de voto a la sentencia C-258 del 2013 en donde también hizo referencia a la carencia de fuerza argumentativa y persuasiva de las someras enunciaciones que realizó la Corte Constitucional sobre el respeto al principio de la igualdad, como el argumento clave para permitir la aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 del 2005. A continuación, se cita un fragmento de su salvamento de voto, que da cuenta expresa de esto:

- “...Con la sola invocación de la igualdad no le es permitido, a la Corte inobservar claros enunciados normativos de la Constitución incorporados en un Acto Legislativo catalogado como un nuevo parámetro de valoración, sin contar con la debida habilitación competencial dentro de los límites propios del proceso de control abstracto de constitucionalidad y, menos aún, con el pretexto de juzgar una norma de discutible vigencia, la cual, por lo demás, en su momento, se declaró ajustada a la Constitución, en sentencia C-608 de 1999, frente a un cargo que claramente se descartó, coincidente con el que en esta oportunidad ha sido

⁶²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 del 2013. 7 de mayo del 2013. Salvamento de voto de Mauricio González.

⁶²⁷ *Ibíd.*.

nuevamente planteado, según el cual la existencia de regímenes pensionales especiales viola el principio de igualdad...⁶²⁸”.

Así mismo, vale la pena resaltar uno de los fragmentos conclusivos del salvamento de voto del Magistrado Mendoza, en donde expresa con total sensatez y sinceridad que el Acto Legislativo 01 del 2005, introdujo en su texto una disposición que profundiza el inequitativo sistema de distribución de los recursos, preponderante en nuestro país; pero así mismo, hace énfasis en que esto no puede ser óbice para pasar por alto una norma de raigambre constitucional, pues ello comportaría no solo el desconocimiento de la voluntad popular, manifestada en la libertad de configuración legislativa del Congreso, sino también una vulneración a la seguridad jurídica, pues con la aplicación retroactiva del Acto Legislativo, se estaría abriendo la puerta a que la Corte Constitucional sobrepasase de manera abrupta y desproporcionada sus funciones, solapando con sus actuaciones, funciones ya regladas y que corresponden específicamente al Congreso como máximo órgano de representación popular. A continuación, se cita el fragmento en mención:

- “...Inicié advirtiendo que, particularmente no cuestiono las razones de equidad que subyacen en el pronunciamiento adoptado. Admito que a un régimen pensional tan desigualitario como el nuestro, según quedó evidenciado en la ponencia, le habría venido bien que el constituyente derivado, en este caso, hubiese actuado como la mayoría de la Corte lo ha interpretado, pero, insisto, las razones de mi disenso obedecen precisamente a que veo con claridad que el Acto Legislativo no dice ni expresa ni implícitamente lo que de él los restantes miembros de la Corporación concluyen. Qué importante habría sido que el acto legislativo hubiese regulado los regímenes pensionales especiales como lo visualiza la mayoría, pues de esta forma pudo evitarse el inmenso esfuerzo, de dudoso asidero, que tuvo que hacer la Corte, semejante a una labor de construcción legislativa o constituyente, para derivar en las decisiones que finalmente profirió, el cual si bien puede resultar plausible desde cierta óptica, como ya se ha indicado, no deja de desbordar los límites impuestos a su atribución de control abstracto, ajena a tantas ordenaciones específicas y con efectos particulares, frente a los referentes constitucionales que debió aplicar, desconociendo de paso los derroteros sentados en este caso por el Congreso, órgano que, por antonomasia, quiérase o no, lidera la producción normativa en nuestro sistema democrático...⁶²⁹”.

Sin duda alguna, los argumentos expuestos en las líneas anteriores - que obedecen a una recapitulación de las razones por las cuales los Magistrados Mauricio González y Gabriel Mendoza disintieron de la decisión tomada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 2013- dan cuenta de que la preocupación sobre la seguridad jurídica, no resulta ser un tema menor, ni mucho menos un asunto que importe a pocos.

I. **B. Análisis sobre el ejercicio de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 2013.**

A la luz de lo expuesto hasta este punto, es posible reducir el debate propuesto por la Corte Constitucional en dicha sentencia, a la confrontación entre- de un lado- determinados principios

⁶²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 del 2013. 7 de mayo del 2013. Salvamento de voto de Gabriel Mendoza Martelo

⁶²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 del 2013. *Salvamento de voto de Gabriel Mendoza Martelo*

de raigambre constitucional, y- de otro lado- el contenido del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que establecía una serie de condiciones que generaban una serie de condiciones más beneficiosas a un grupo particular de servidores públicos, y que ameritaban una intervención constitucional; intervención que debía procurar por ser muy fiel a la Constitución, lo cual resulta ser en un cierto punto debatible; sin embargo este segundo acápite introductorio no tendrá por objetivo dar cuenta de este debate, sino que se centrará en exponer las razones del por qué la Corte Constitucional consideró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, tenía elementos inconstitucionales.

Para dar cuenta de la manera en que tales “condiciones más favorables” fueron introducidos en el ordenamiento colombiano, se debe poner de relieve que en este caso, es precisamente la ley, la fuente y el origen de dichas desigualdades, pues al hablar de una cierta favorabilidad especial y aplicada a un grupo particular, innegablemente se está haciendo referencia a una serie de condiciones que mejoran significativamente la situación de un grupo particular de personas, sin tener un efecto extensivo para el resto de la sociedad, en el sentido de que dichos “privilegios” no son extendidos al resto de individuos que no hacia parte de este grupo de servidores públicos. Sumado a ello, también se debe destacar que esta situación, comporta una vulneración al derecho a la igualdad con origen legal, en la medida en que es la misma Ley⁶³⁰ la que creó tales condiciones beneficiosas, sin dar cuenta de alguna justificación que explicase porque tales funcionarios merecían un tratamiento especial, diferente del resto de los colombianos.

En este caso, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fue el origen del tratamiento diferenciado injustificado, pues “... *el sentido de la misma ley, condicionó y sirvió de fundamento para que se decidiera de un modo determinado...*”⁶³¹; en otras palabras, en el presente caso no fue la aplicación o la interpretación de las jueces, la acción determinante para comportar el tratamiento diferenciado constitutivo de condiciones más favorables para este grupo determinado de servidores públicos, sino que fue el mismo Poder Legislativo -a propuesta del Poder Ejecutivo-, quien a través de su facultad de libertad de configuración legislativa, creó dicha medida que atentaba contra el principio de la igualdad⁶³².

No obstante lo anterior, y más allá de que la medida legislativa comportase la vulneración de algunos importantes derechos constitucionales, la medida, esto es la obra y creación del poder

⁶³⁰ La desigualdad en o ante la Ley -como fue expuesto anteriormente- se caracteriza, al tener por fuente una norma que sin razón alguna proporciona tratamientos diferenciados. Este concepto ha sido objeto de frecuente análisis en el Tribunal Constitucional Español; muestra de ello es la sentencia STC-73 del 20 de abril de 1998, en donde el Tribunal afirmó que “...*la desigualdad en la Ley se produce cuando la norma distingue de forma irrazonable o arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea sin fundamento factico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad...*” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia STC 73 del 20 de abril de 1998.

⁶³¹ OLLERO, Andres. Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005. p. 43.

⁶³² El jurista español Juan Carlos Cabañas, señala las siguientes como las características más significativas de la desigualdad en o ante la Ley, a saber: esta tiene una vinculación con la legislación misma, e introduce elementos de valoración que no se limitan a la justificación objetiva y razonable del acto (legislativo), como lo es la proporcionalidad, a través de la cual se mide la adecuación necesaria entre la medida adoptada y los fines perseguidos; así mismo la desigualdad en o ante la Ley comporta siempre una infracción de la legalidad. (CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos. El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009. pp. 60-61)

Legislativo- que por demás tuvo vigencia y gozó de un tácito reconocimiento de constitucionalidad por más de 20 años, pues pese a ser emitida en 1992, solo hasta el año 2013, se puso en tela de juicio su constitucionalidad- también comportó la fractura del que representa uno de los más trascendentales principios sobre los que se erige el Estado Constitucional, a saber el Principio de legalidad, en tanto el Legislador se encargó de dar vida a una norma que contrariaba abiertamente un postulado tan importante como el contenido en el artículo 13 constitucional, a saber la igualdad.

En palabras del jurista italiano Ricardo Guastini, “... *Se le llama “principio de legalidad” aquel en virtud del cual “los poderes públicos están sujetos a la Ley”, de tal forma que sus actos deben ser conforme a la Ley, bajo pena de invalidez. Dicho de otra forma: es invalido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley...*⁶³³”. En ese sentido, es claro que las actuaciones de todos los poderes deben sujetarse a la ley, pero entonces ¿Qué pasa con el poder legislativo, al ser este el creador mismo de la Ley?, ¿no es acaso este mandato casi que tautológico para este poder público? No, la respuesta es que, para el caso del poder legislativo, así como para todos los otros poderes públicos, debe haber un respeto común por la ley, y más allá de esta, por la Constitución. Este último punto merece especial atención, pues quiere significar que el Poder legislativo en su labor de creación normativa, debe estar siempre sujeto a la Constitución, con lo cual las leyes que produce deben ser fiel reflejo de los postulados constitucionales.

En ese sentido, la labor creativa del Legislador en el presente caso -particularmente respecto del artículo 17 de la Ley 4 de 1992-, debió sujetarse de manera estricta a los postulados constitucionales, resultando particularmente aplicable al presente caso el principio de igualdad, en aras de garantizar el efectivo cumplimiento del principio de legalidad, tan importante para la comprensión del Estado Constitucional actual, pues ciertamente “... *allí, donde el principio de legalidad valga en relación a los poderes Ejecutivo y Judicial, estaremos frente a un Estado de Derecho (sin ulteriores especificaciones); allí, donde el principio de legalidad se extienda también al poder Legislativo, estamos frente a un Estado Constitucional de Derecho...*⁶³⁴”.

Para el caso concreto, evidentemente la Corte encontró bastante cuestionable la labor realizada por el Poder Legislativo, en tanto este construyó una norma cuyo contenido era abiertamente vulneratoria de diferentes derechos, como el derecho fundamental a la igualdad, el principio de solidaridad, el criterio o herramienta de la sostenibilidad fiscal, los principios de universalidad y eficacia del Sistema de Seguridad Social (Art 48 constitucional), y, por último, el numeral 20 del artículo 48 de la CP, que establece los factores de cotización, que deben ser tenidos en cuenta para calcular el monto de la pensión.

Ante la dudosa constitucionalidad de la norma, en la Sentencia C-258 de 2013, la Corte optó por tomar medidas correctivas para acoplar una norma, viciada por su inconstitucionalidad, al marco del Estado Constitucional vigente en nuestro país. Para dar cuenta de tales medidas, resulta necesario identificar cual era el contenido de la norma objeto de debate. Por ello, a continuación, se expondrá de manera esquemática el contenido del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y de manera paralela, se pondrán de presente las razones por las cuales la Corte Constitucional determinó su inconstitucionalidad.

⁶³³ GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Ciudad de México: Editorial Fontamara- UNAM, , 2001, p. 111.

⁶³⁴ GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Op. Cit. p. 113.

1. Ultractividad de la ley: régimen de transición de dudosa constitucionalidad.

Este régimen permitía que servidores públicos que no estaban afiliados al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1° de abril de 1994, pudiesen beneficiarse de él si posteriormente fueron elegidos o nombrados congresistas; sin embargo, es de destacar, que esta misma normatividad es aplicada por extensión a los funcionarios de altos cargos al interno de la Procuraduría, la Fiscalía, la Contraloría, y los Magistrados de las Altas Cortes.

Esta interpretación conduce a que aquellas personas que no tenían una expectativa legítima de pensionarse según las reglas del régimen bajo estudio- a diferencia de aquellas que si habían cumplido con los presupuestos de la norma, obteniendo con ello su derecho adquirido a la pensión de vejez-, fuesen protegidas por el régimen de transición, lo cual comportaba que se extendiese un tratamiento diferenciado basado en la protección de expectativas próximas a un grupo de personas que no tenían una expectativa amparable bajo ese principio, lo que desconoce el principio de igualdad.

En este contexto, la regla sobre los beneficiarios del régimen especial bajo examen, prevé específicamente la posibilidad de que personas que no tenían una expectativa de pensionarse a la luz del régimen especial porque no estaban vinculadas a éste el 1° de abril de 1994, pudiesen beneficiarse de sus elementos –salvo en el caso de la excepción prevista en el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994-, lo cual constituye una violación del principio de igualdad, ya que, en palabras de la Corte Constitucional, ello:

a)“...Significa la equiparación de dos grupos de personas que no se encuentran en la misma situación: de un lado, el grupo de quienes sí estaban en el régimen especial antes del 1° de abril de 1994, y de otro, el grupo de todos los que estaban fuera del régimen especial a esa fecha.

*b)*La regla representa la concesión de un trato favorable carente de justificación objetiva razonable porque las normas vigentes después de 1994 ya habían incorporado a los congresistas al régimen general de la Ley 100 de 1993, de tal forma que no existía base normativa alguna para mantener una diferencia de trato en beneficio de quienes no cumplían a la fecha los requisitos para ingresar al régimen de transición.

*c)*La regla en comento desconoce el principio de solidaridad y contribuye a la existencia de obstáculos desproporcionados para el cumplimiento de los fines de la seguridad social en pensiones. En efecto, al extender los beneficios del régimen a personas que no tenían una expectativa protegible al 1° de abril de 1994, el artículo demandado de la forma en que viene siendo interpretado en el derecho viviente permite la entrega de subsidios públicos a personas que no reunían las condiciones para ello desde el punto de vista de las reglas de la seguridad social y los principios del Estado Social de Derecho, y que a su vez hacen parte de un sector en mejores condiciones socio-económicas respecto de la población, y específicamente de la mayor parte de los pensionados, lo que a su vez sacrifica el cumplimiento de metas de cobertura y universalidad, como ya fue explicado...⁶³⁵”.

En suma, resulta claro que las personas que no estaban afiliadas al régimen especial bajo estudio el 1° de abril de 1994 –salvo la excepción prevista en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, es decir, quienes ya habían sido congresistas antes del 1° de abril de 1994- no tenían

⁶³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C- 258 de 2013.*

una expectativa legítima que generara una confianza merecedora de protección desde el punto de vista de la buena fe, y, por tanto, no hay una razón que justifique un trato diferenciado preferencial para las mismas. Lo anterior es pasible de ser sintetizado a través de la siguiente regla:

- "...No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraren afiliados al mismo..."

2. IBL calculado sobre la base de "Todo concepto".

El segundo motivo de inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, consiste en que esta norma permitía que los sujetos cuya situación jurídica estuviese cubierta por esta norma, pudiesen incluir elementos o factores que eventualmente no hubiesen sido objeto de las respectivas deducciones, dentro de los factores que se tenían en cuenta para calcular el monto de su pensión, y con ello del IBL.

En ese sentido, un beneficiario del régimen especial bajo estudio podría haber incluido en su Ingreso Base de Liquidación ingresos sobre los que no hizo las respectivas cotizaciones al sistema y que ni siquiera constituían salario, en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005. El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6 expresamente dispone:

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

En atención a esta desigualdad, la Corte subrayó

además la violación del principio de solidaridad, pues el cálculo del IBL sobre "todo concepto" permitía, de un lado, "...la existencia de afiliados al sistema que no contribuyen de acuerdo con su nivel de ingresos real, y por otro, en lugar de favorecer a los sectores más vulnerables, brinda una ventaja para el cálculo de la pensión a personas que de hecho ya se encuentran en una mejor situación dentro del grupo de potenciales beneficiarios del sistema pensional...⁶³⁶".

Por todo lo anterior, es claro afirmar que esta situación jurídica genera una abierta desproporción económica, pues estas pensiones eran financiadas en un porcentaje muy significativo con recursos del erario, y paradójicamente no eran un resultado fiel y proporcional de las cotizaciones efectuadas por sus titulares durante su vida laboral; de modo que para garantizar su pago se requería que los recursos públicos fuesen aún más allá de su papel ordinario, cubriendo tales "vacíos" con

"subsídios públicos", para personas cuya situación económica y social, a todas luces, distaba de considerarse como vulnerable.

Lo expuesto en este punto, puede ser sintetizado bajo la siguiente regla:

- "Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente *por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.*"

⁶³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C- 258 de 2013.*

En este punto, resulta bastante pertinente exponer, aunque sea de manera muy sucinta, el debate que se ha dado en las llamadas “Altas Cortes” en torno a la lectura que estas hacen sobre los factores de liquidación. En ese sentido, y en atención a lo expuesto en las líneas anteriores, es claro que la Corte Constitucional de manera hermética, considera que solo podrán tomarse como factores de liquidación de la pensión, aquellos ingresos que cumplan los siguientes tres requisitos: (i) hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, (ii) tengan carácter remunerativo del servicio y (iii) sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

De otro lado, la otra Alta Corte que presenta una hermenéutica clara, consolidada, pero opuesta a la de la Corte Constitucional, es el Consejo de Estado. El máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa parece ser mucho más garantista en este asunto, al reconocer lo que en la materialidad le corresponde al trabajador, como resultado directo de su trabajo.

En ese sentido, el Consejo de Estado en Sentencia del 4 de agosto del 2010⁶³⁷, toma lo estipulado por la Corte como una regla muy general, susceptible de ser modificada según las particularidades de los casos concretos. De manera específica, el Consejo de Estado afirma que, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley; pero a esta información, añade la posibilidad de que se tenga en cuenta los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley, pues, en su concepto, siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

Lo anterior, se encuentra justificado en virtud de la naturaleza misma de la pensión de vejez, pues en su concepto si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, se deben también tomar aquellos factores que no fueron tenidos en cuenta por causas ajenas a la voluntad del trabajador, haciéndose las respectivas deducciones de ley.

Esto es reforzado a través de la enfática mención del tradicional principio de derecho laboral de la

“primacía de la realidad sobre las formas”. En punto a este asunto, el Consejo de Estado es enfático en afirmar que éste principio no se puede perder de vista en ninguna etapa de la relación laboral, ni mucho menos en aquella que constituye el resultado mismo de la relación laboral, como lo son las pensiones; máxime si se tiene en cuenta la naturaleza de derecho fundamental constitucional de que gozan las mismas. En ese sentido, considera que debe privilegiarse lo efectivamente recibido por el trabajador, como contraprestación directa de su trabajo, a pesar de la eventualidad de que esto no haya sido tenido en cuenta para el cálculo de las cotizaciones de la pensión, pues evidentemente esto se trata de un descuido patronal y no de algo imputable al trabajador. No obstante, afirma que el reconocimiento de este principio no obsta para que no se hagan los respectivos descuentos, los cuales deberán realizarse para mantener el justo equilibrio⁶³⁸.

Así mismo, vale la pena destacar que esta lectura de los factores de liquidación de la pensión, expuesta por el Consejo de Estado no obedece a una teoría improvisada, sino que por el

⁶³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia del 4 de agosto de 2010.*

⁶³⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia del 4 de agosto de 2010.*

contrario corresponde a una construcción teórica que se comenzó a diseñar en 1993, con la decisión del 28 de octubre de 1993 de la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas, quien en dicha época afirmó que “...por asignación mensual debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual, sino todo, lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios...”⁶³⁹”.

Así mismo, esta línea jurisprudencial encuentra plena vigencia actual, como da cuenta de ello la sentencia del 25 de febrero del 2016, en donde el Magistrado Gerardo Arenas expresó lo siguiente:

- “...Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio...”⁶⁴⁰.

3. Núcleo de la discusión (IBL): factores de liquidación calculados sobre el último año.

Ciertamente, el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y monto de reemplazo; y es precisamente en este último punto, en donde resulta necesario hacer una reflexión, pues bajo la óptica de la Corte Constitucional, el Ingreso Base de Liquidación no puede ser considerado un aspecto sometido a transición,

En opinión del máximo Tribunal constitucional del Estado, de la literalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aprecia con claridad que “...no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad...”⁶⁴¹”.

En suma, - y bajo la óptica particular de la Corte Constitucional- la interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación.

Como consecuencia de estas apreciaciones, en la sentencia C-258 de 2013, se optó por llenar el vacío que había sido dejado por la declaración de inexecutable de la expresión “durante

⁶³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 28 de octubre de 1993, Magistrada Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, radicación No. 5244.

⁶⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 25 de febrero del 2016. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, radicación No. 4683.

⁶⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 258 de 2013.

el último año”, acudiendo a las reglas generales previstas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, es pasible de sintetizarse en la siguiente regla:

“Las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.”

La regla fijada en el presente caso también amerita una reflexión especial, en tanto la fijación de la misma no obedeció a la consagración de una decisión más en el recorrido de un marcado precedente constitucional, sino que, por el contrario, corresponde a una hermenéutica que no goza de ningún respaldo jurisprudencial. Esto es corroborado en la sentencia T-230 del 2015, en donde la misma Corte Constitucional reconoce que esta tenía un marcado precedente en materia de interpretación del IBL- consolidado por lo menos en 28 decisiones- en las cuales la *ratio decidendi*, apuntaba a que:

- *“...se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y, por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...⁶⁴²”.*

No obstante, en la misma sentencia se reconoce que tal línea jurisprudencial fue cambiada por la Sentencia C-258 de 2013, siendo esta la “sentencia fundante” de un cambio en la jurisprudencia constitucional que tenía asidero en las casi 28 decisiones que la misma Corte cita en la Sentencia C-230 del 2015. En ese sentido, la Sentencia C-258 del 2013, excluyó la posibilidad de calcular el ingreso base de liquidación, con apoyo al régimen anterior a la 100 de 1993, aplicable cuando se cumple con los requisitos del régimen de transición del artículo 36.

4. Ausencia de tope máximo de las pensiones.

En opinión de la Corte Constitucional, el hecho de que las pensiones amparadas bajo la norma acusada por inconstitucional tuviesen valores mucho más altos de los del promedio de las pensiones de la población pensionada, comportaba una vulneración del derecho a la igualdad.

Para arribar a esta conclusión, la Corte se valió de importantes precedentes constitucionales, como las sentencias C-089 de 1997 y C-155 de 1997; con base en las cuales determinó que en el eventual escenario de que las normas en materia de regímenes especiales no dispusieran un límite cuantitativo para las mesadas, debía aplicarse el tope señalado en las reglas generales, específicamente en la Ley 100 y las disposiciones que la modifican en lo pertinente.

En ese sentido, es tal la relevancia del asunto, esto es, de fijar un tope máximo a las pensiones, que se hizo casi que imperativa una reforma constitucional, con el objetivo de elevar al rango de norma constitucional una norma capaz de fijar un “techo” al monto de las pensiones, connotando con ello que se trataba de una norma de una importancia tan significativa que merecía ser consagrada en la

⁶⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA- Sentencia T-230 del 2015.

“norma de normas”. Fue así, como en el año 2005 se introdujo a través del Acto Legislativo 01 de 2005, lo siguiente:

- *“...Parágrafo 1°. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública...”*⁶⁴³

Sin embargo, es claro que – como ya fue expuesto en el primer acápite introductorio- la vigencia de la norma implicada dentro de este artículo comenzaba a partir del 31 de julio de 2010, y además que la expresión “a partir” daba cuenta de que solo podría tener efectos *ex nunc*, pero de ninguna manera efectos retroactivos. No obstante lo anterior, la Corte decidió pasar por alto lo consagrado en aquel párrafo, para dar paso a una aplicación retroactiva de la norma; lo cual será objeto de análisis de manera posterior.

5. Incremento de las mesadas sobre el SMLMV y no sobre el IPC.

Este aspecto, a saber el hecho de que el incremento de las mesadas pensionales para este grupo particular y concreto e personas estuviese determinado por una variable exclusiva, como lo es el aumento del SMLMV, y no sobre el IPC, como sucede en la universalidad del escenario de las pensiones, era una muestra de una vulneración al principio de la igualdad, con fundamento y origen en la ley misma, pues era el mismo artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el que conducía a “...una transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas...”⁶⁴⁴. Lo anterior, debe leerse aunado al precedente constitucional fijado con la sentencia C-387 de 1994, en donde se estableció lo siguiente:

“...El trato diferenciado favorable de ajuste de las mesadas según el salario mínimo sólo es admisible si se dirige a la protección de las clases menos favorecidas. Por el contrario, si no

se presenta esta justificación constitucional, el aumento debe sujetarse a lo consagrado en las normas generales, es decir, el IPC, pues no existen derechos adquiridos a una determinada forma de ajuste pensional. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala precisó que las altas mesadas solamente pueden ajustarse de acuerdo con el IPC...”⁶⁴⁵.

II. C. Particularidades del caso.

Una vez expuesto con claridad el debate desarrollado en la sentencia objeto del presente juicio de proporcionalidad, es necesario dilucidar una serie de aclaraciones muy pertinentes para comprender ciertas particularidades que reviste el presente ejercicio de ponderación. En ese sentido, se debe partir por reconocer en el presente caso, no resulta procedente realizar el ejercicio del juicio de ponderación sobre los principios o valores que –aparentemente- fueron contrapuestos en la sentencia original C-258 del 2013, pues como se expresó en las líneas anteriores- en la contextualización sobre el contenido de la norma acusada- es claro que este se trata de un debate que ya fue objeto de suficiente análisis. Esto es así, en razón a que

⁶⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Acto Legislativo 01 de 2005. Diario Oficial 45.984, del 29 de julio de 2005.

⁶⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 258 de 2013.

⁶⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-387 de 1994. 1 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

evidentemente la norma demandada, a saber, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, contenía ciertos elementos que ostentaban una dudosa vigencia constitucional; por ello, se considera impertinente reiterar o insistir en un análisis jurídico, que ya fue desarrollado con suficiente claridad por la Corte Constitucional.

En tal sentido, se debe precisar que, en el presente caso, se abordará un análisis diferente en donde la “medida legislativa” tomada como columna vertebral del ejercicio no será la norma demandada, sino una de las más importantes ratio sentadas por la sentencia C-258 del 2013, a saber aquella relacionada con la protección- hasta el límite de 25 SMLMV fijado a través de una aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 del 2013, elevado a rango constitucional en el párrafo 1 del artículo 48 constitucional-, de los derechos de todos aquellos servidores públicos que consolidaron su derecho fundamental constitucional a la pensión, bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Esta ratio, supone un claro reconocimiento condicionado de los derechos consolidados del grupo de servidores públicos objeto de la medida, el cual se traduce en una limitación o fijación de un tope máximo por concepto de mesada pensional, que se sustenta en la protección y salvaguardia del principio de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, y que además debe ser leído de la mano del criterio de la sostenibilidad fiscal.

En ese sentido, es claro que la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, resulta ser el argumento detrás de la evidente aminoración de los derechos adquiridos de los servidores públicos que - pese a obtener su pensión amparados en una norma parcialmente inconstitucional, a saber, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 - actuaron de buena fe, y con la confianza legítima puesta en las actuaciones regulares y consistentes del Estado que avalaron durante años su situación jurídica. Ello obedece, en últimas, al hecho de que el reconocimiento de las pensiones adquiridas bajo dicha norma, no estaba supeditado a un tope específico, lo cual, a manera de efecto colateral, traía consigo gastos en el erario público, que merecen ser ponderados, respecto de la protección de los derechos consolidados de aquellos servidores públicos afectados por la medida, y que siempre actuaron conforme a la Ley.

Cabe anotarse que para una clara comprensión de las implicaciones que subyacen al debate jurídico propuesto en el presente ejercicio de ponderación, se debe tener en cuenta que las erogaciones a las que se hizo referencia en el párrafo precedente se enmarcan en el Sistema Pensional Público o de “Prima Media”, en el cual el Estado en virtud del principio de solidaridad, contribuye a que la persona que cotizó al Sistema de SS durante determinado tiempo fijado por la ley y cumplió con la edad estipulada por la misma, pueda gozar de su pensión de vejez. En ese sentido, la contribución del Estado se materializa en un subsidio que este reconoce a aquel sujeto que cumple con la causalidad requerida por la norma.

Con ello se quiere significar que las erogaciones económicas en las que incurre el Estado para colaborar con la obtención de la pensión de cualquier individuo perteneciente al Sistema de Prima Media, -el cual es a su vez al Sistema en el que se enmarca en presente caso-, corresponde a un subsidio parcial sobre el monto total que se debió cubrir para alcanzar la pensión de vejez, ya que así como el Estado contribuye con dicho subsidio, también resulta necesario el esfuerzo del sujeto que desea pensionarse, concretizado en los aportes que este realizó al Sistema de SS a lo largo de su vida.

Ahora bien, hechas las precisiones anteriores sobre el primer principio que se contrapondrá en el juicio de proporcionalidad, resulta necesario ubicar el otro extremo. Así, de otro lado se

tiene que la *ratio* expuesta trajo como efecto directo la vulneración del principio de la seguridad jurídica, concretizado en el presente caso en los principios de buena fe, el respeto por los derechos adquiridos y la confianza legítima, en tanto estos servidores confiaron en la vigencia de que goza el parágrafo 1º del artículo 48 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo 01 del 2005, que blindaba de constitucionalidad su situación jurídica; sumado a la confianza que estos servidores depositaron en el Estado, con motivo en la actuación uniforme del mismo, quien siempre amparó con su velo de constitucionalidad sus derechos adquiridos.

Así mismo, cabe anotarse que los cuatro principios expuestos en las líneas anteriores que resultaron ser los afectados por la imposición de la medida juzgada -la *ratio* extraída de la Sentencia C-258 del 2013-, a saber la seguridad jurídica, articulada con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima, conforman en su conjunto la envoltura o el caparazón encargado de proteger el derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, pues naturalmente el desconocimiento de aquellos comporta de manera directa una aminoración en el derecho consolidado a la pensión del que gozaban este grupo de servidores públicos afectados por la medida.

Por lo tanto, al concatenar los anterior se tiene que los principios que juegan de un lado de la balanza son: (1) la seguridad jurídica, concretizada en los principios de buena fe, confianza legítima, y respeto por los derechos adquiridos, y (2) el principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS, aunado al criterio de la sostenibilidad fiscal.

Es de destacar que la fuente de la *ratio* que será expuesta en las líneas siguientes, corresponde precisamente a la norma misma que es objeto de análisis en la sentencia, esto es, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, pues es esta norma, la que - una vez es analizada por la Corte Constitucional- conlleva a que se tomen medidas correctivas para subsanar aquella discriminación, y creación de privilegios que yacía en la misma Ley.

En ese sentido, a continuación, antes de iniciar con el test de ponderación, resulta pertinente, exponer cual será la medida legislativa base, seleccionada para el presente estudio. Esta medida, que corresponde a una de las *ratio* más importantes de la sentencia, que es la siguiente:

“Quienes de buena fe accedieron a una pensión en el régimen especial fundado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no les será desconocido el derecho adquirido que les asiste, en razón al respeto de la confianza legítima; Sin embargo, sus derechos adquiridos si serán objeto de una reducción, en tanto tales pensiones deberán ser ajustadas de tal manera que sus mesadas deberán tener como tope máximo la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes; ello a través de una aplicación retroactiva del parágrafo 1 del artículo 48 constitucional.”

Ahora bien, una vez delimitada la presunta “medida legislativa”, sobresale a primera vista una evidente contradicción: ¿acaso al hablar de la medida legislativa, no se habla necesariamente de una norma que tenga como fuente el Poder Legislativo, que para el caso concreto de nuestro país obedecería al Congreso y eventualmente al presidente cuando emite Decretos con fuerza de ley? Si es así, ¿entonces, porqué en el presente caso se equipará a la *ratio* de una sentencia-emitida por el poder judicial, y más concretamente por la Corte Constitucional- con una medida legislativa, a sabiendas de que evidentemente la *ratio* expuesta no tuvo como génesis, ni la más mínima intervención del poder legislativo? Con todo lo anterior, sobresale la siguiente pregunta ¿Acaso el poder judicial, materializado en esta oportunidad a través de la Corte Constitucional, se está atribuyendo funciones que no le son propias, como la de legislar?

Estas preguntas pueden tener al menos dos respuestas bastante diferentes entre sí. La primera apunta a determinar que la Corte en algunos casos, sobrepasa sus funciones judiciales, y de guardiana de la Constitución, para reemplazar al Poder Legislativo, emitiendo en la parte resolutoria de sus sentencias, mandatos que se corresponden más con el contenido material de Ley, que con el de decisión judicial. La otra respuesta apunta a afirmar que la Corte no legisla; sino que, en aquellas decisiones discutibles, en donde no se observa con claridad si lo que emite como decisión en una solución concreta a un caso- decisión judicial-, o si se trata de una norma general de carácter imperativo- Ley-, lo que la Corte realmente hace es adaptar la norma o situación presuntamente vulneratoria de derechos fundamentales al texto constitucional. Para el presente caso, en donde lo que se hizo fue declarar inconstitucional una serie de enunciados normativos que revestían una dudosa vigencia constitucional, es dable inferir que la Corte no legisló, sino que adoptó y analizó una norma de cara a los principios y derechos consagrados en la “norma de normas”.

En ese orden de ideas, la “medida legislativa” tomada como base, y que corresponde a la *ratio* extraída de la sentencia C-258 del 2013, como consecuencia directa del análisis de constitucionalidad que realizó esta al artículo 17 de la Ley 4 de 1992, corresponde a una medida correctiva de la Corte Constitucional, que de ninguna manera puede compararse con una Ley, pues fue gestada en un marco completamente diferente a aquel en donde se crean las leyes, sumado al hecho que tiene un objetivo completamente diferente al objetivo general de las leyes, pues la presente medida, tiene por objeto servir como elemento corrector de un estado de cosas viciado por inconstitucionalidad, para con ello, garantizar la eficacia y protección de la Constitución Política, tarea principal de la Corte Constitucional.

Es necesario hacer hincapié, en este aspecto, pues la pretensión de corrección corresponde a un elemento casi que definitorio de cualquier sistema jurídico, así en términos de Alexy “...*todos los sistemas jurídicos elevan necesariamente la pretensión de corrección. Si un sistema no eleva la pretensión de corrección, este sistema no es un sistema jurídico...*”⁶⁴⁶; y claramente nuestro sistema jurídico colombiano no puede ser ajeno a tal pretensión, por ello en la concretización de importantes decisiones jurídicas, esta debe constituir siempre el objetivo último de la decisión.

Sin embargo, otra cosa muy diferente sucede con la medida tomada por la Corte, en lo que respecta a la aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 de 2005, pues indudablemente el ejercicio de la Corte en este asunto si constituyó no solo una aplicación alejada del espíritu y literalidad de la norma, sino además una extralimitación de sus atribuciones legales. Como bien afirma el jurista español Andres Ollero “... A estas alturas lo de la subsunción, no se lo cree nadie; aunque no falten los que consideren funcionalmente beneficioso fomentar ideológicamente dicha incredulidad, (...) pues, la función judicial no es automática, o de pura subsunción, sino reflexiva, no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas y en definitiva por la Constitución. De ahí la posibilidad del cambio en las decisiones...”⁶⁴⁷.

Lo anterior, debe ser leído en el marco del respeto por el principio de legalidad, pues de la misma manera en que en la sentencia C-258 del 2013 la Corte Constitucional analizó la legalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 a la luz de este principio -particularmente en lo

⁶⁴⁶ GAIDO, Paula. El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy. Op. Cit. p. 263.

⁶⁴⁷ OLLERO, Andrés. Igualdad en la aplicación de la Ley y el Precedente judicial. Op. Cit p. 36.

que respectaba a los privilegios que la norma, y con ello el Poder Legislativo introducía sin una justificación razonable- , es claro que la actuación de la Corte también debe ser analizada en lo que atañe a la aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 del 2005, la cual fue introducida por la Corte como una norma de su creación en la misma sentencia en comento.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta que “...la jurisprudencia constitucional no solamente inviste al principio de interdicción de la arbitrariedad de uno de sus fundamentos, sino que precisamente identifica a la resolución judicial arbitraria como aquella que vulnera por excelencia el derecho a la igualdad aplicativa por perpetrar un cambio de criterio, de un asunto a otro, de manera inopinada y sin justificar...⁶⁴⁸”. Esto implica que hay un deber en cabeza de los órganos creadores de jurisprudencia constitucional, en tanto esta debe garantizar seguridad y estabilidad a los ciudadanos, y no puede ser modificada arbitrariamente o sin argumentos razonables; y es precisamente ello lo que resulta cuestionable de la Corte, en tanto la regla que estatuyó en la sentencia C-258 del 2013, respecto de la aplicación retroactiva de una norma constitucional –el parágrafo primero del artículo 48 constitucional, introducido por el Acto Legislativo 01 del 2005- si comportó, a todas luces, una contradicción con el texto mismo de la norma, sin ninguna justificación razonable.

Respecto de este punto, vale la pena preguntarse por el respeto al principio de legalidad, como un principio que debe ser observado por todos los ciudadanos y los poderes públicos sin excepción, así como por el respeto a la igualdad en la aplicación de la Ley, en el sentido de que todos tenemos derecho a obtener una decisión argumentada, razonable y sustentada en el bloque de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Sobre ello, el jurista español García Cabañas señala lo siguiente:

- “...si la previsibilidad en las decisiones judiciales se rompe, ha de serlo por motivos justificables y justificados, pero si estos se ofrecen, la seguridad jurídica o previsibilidad pasa a un segundo plano, o mejor dicho se actualiza porque entonces y debido a la vocación de generalidad que se ha de presuponer al cambio motivado, el conjunto de justiciables incorporan el nuevo criterio en sustitución del anterior que ha dejado de tener vigencia, precisamente porque el órgano judicial ha explicado la razón de ello..⁶⁴⁹”

Lo cierto es que pareciera que la actuación de la Corte Constitucional, en lo que respecta a la fijación de la regla en comento que ordena una aplicación retroactiva de una disposición constitucional, no pareciera estar justificada, con lo cual se está frente a un cambio sin motivaciones, y en consecuencia, se ha vulnerado la seguridad jurídica.

Lo anterior, además presenta significativos problemas de otro tipo, pues no fue a los jueces a quienes se les encargó la tarea de legislar y crear las leyes del pueblo, y así mismo al no estar dotados estos de la legitimidad que solo puede dar la soberanía popular, sus decisiones pueden ser ampliamente cuestionadas. Esto, sin duda alguna, comporta una fractura de la seguridad jurídica, lo cual conlleva a consecuencias devastadoras, pues como bien apunta Andres Ollero “...si los jueces no se limitan a aplicar formalmente la ley- sino que, quieran o no- explicitan el contenido del texto constitucional, está claro que pueden dar paso, como el mismo legislador, a versiones invalidas de dicho texto...⁶⁵⁰”.

⁶⁴⁸ CABAÑAS GARCIA, Juan. El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley. Op. Cit. p 38.

⁶⁴⁹ *Ibíd.* P. 50.

⁶⁵⁰ CABAÑAS GARCIA, Juan. *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley*. Op. Cit. p 21.

⁶⁷¹ BAYON, Juan Carlos. Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional. Madrid: libro:

Estos temores, parecieran estas fundados en eventos que han permitido crear una cierta conciencia crítica sobre el llamado “activísimo judicial”, una corriente que define a los jueces como unos servidores públicos, que, pese a que tiene un rol concreto en la sociedad, sobrepasan las barreras de aquello que les es encomendado, solapando sus acciones con las de los otros poderes públicos, e injiriendo en las acciones que le son propias a otros servidores y más concretamente al Legislador.

Este activismo judicial se presenta como dinámico, como una herramienta reivindicatoria de aquello que los Legisladores no pudieron hacer o de aquello que se encuentra escrito en el papel, pero que pareciera no ser exigible. En esos escenarios, el activismo judicial y el llamado Estado jurisdiccional cobra especial valor, pues son los jueces quienes se empoderan y quienes con providencias adjudican derechos a sujetos que de ninguna otra manera podrían obtenerlos. Pero no siempre las cosas suceden así, y no siempre el panorama resulta ser tan amable, pues, como bien lo menciona Juan Carlos Bayón, hay un peligro inminente detrás del juez activista, pues este puede llegar a considerarse “...*parte de una elite moral, imponiendo a los demás sus propios valores sin tomarse el trabajo de ganarse el derecho para hacerlo, pasando a través del proceso político ordinario democrático...*”⁶⁷¹.

Para finalizar, resulta bastante pertinente traer a colación la defensa que Juan Carlos Bayon, realizó en el mismo documento en cita, sobre el llamado “activismo judicial”. En su opinión, es posible evitar que esta nueva corriente, sea tratada de manera peyorativa, como una extralimitación y desbordamiento desmesurado por parte de los jueces, respecto de las funciones que les fueron asignadas; y la mejor manera de dar una lectura positiva al “activismo judicial”, es a través de la implementación rigurosa de los principios como un faro que debe guiar toda actuación, y ejercicio argumentativo de los órganos jurisdiccionales.

En ese sentido, Bayon argumenta que es posible redefinir el concepto de “juez activista” en el marco del Estado Constitucional de Derecho, como “...*aquel que ignora o subestima el peso de los principios que actúan como parámetro de justificación del contenido material de los poderes públicos, convirtiendo en “juicio de razones” pura la forma más compleja de jurisdicción que conviene a un derecho de reglas y principios sustantivos e institucionales...*”⁶⁵¹. En otras palabras, Bayon, concluye afirmando que un juez activista será aquel que pase por alto los principios institucionales, -que delimitan por ejemplo las tareas que son de su competencia, y los límites de sus facultades legales- en aras de imponer la decisión que considere personalmente correcta, con independencia de si esta está o no dotada de una suficiente argumentación. *Contrario sensu*, si el juez obedece este conjunto de principios institucionales, dotando además sus decisiones de una argumentación suficiente, no podrá ser catalogado como un juez activista en el sentido peyorativo, sino como un juez que obra correctamente y dentro de los límites de la legalidad.

9.3 JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA VARIABLE IBL - SENTENCIA C-258 de 2013.

1. SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD.

Teoría y práctica de la justicia constitucional, editora Claudia Escobar García, Ministerio de justicia y Derechos humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 1997. p. 41

⁶⁵¹ *Ibíd.* p. 48.

Como fue expuesto en acápites precedentes, de manera concreta, lo que el sub principio de idoneidad busca auscultar es si la intervención, esto es, la medida legislativa analizada, - con independencia de que presuntamente restrinja de alguna manera el derecho que le es contrapuesto, y por el cual se lleva a cabo todo este estudio argumentativo- es o no adecuada para contribuir a la obtención de algún o algunos otros fines constitucionalmente legítimos. A continuación, se descompondrá su análisis en los siguientes dos niveles:

1.1 LEGITIMIDAD DEL FIN QUE FUNDAMENTA LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL.

Antes de abordar de manera específica el análisis respecto de la legitimidad constitucional de la medida acusada, es necesario identificar cuáles son los fines perseguidos por la norma; para así, posteriormente, analizar si efectivamente esta los maximiza o no.

1.1.1 Identificación y clasificación de los fines perseguidos con la norma.

En las líneas siguientes se realizará el proceso de delimitación de la medida legislativa base para el presente análisis, y de sus fines, tanto inmediatos, como mediatos.

a. Medio.

El medio, esto es, la medida legislativa, que será tenida en cuenta en el presente caso- como fue expuesto en líneas precedentes-, persigue la maximización del principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS y corresponde a una de las *ratio*, sentadas por la Sentencia C-258 del 2013, pasible de ser definida de la siguiente manera:

“Quienes de buena fe accedieron a una pensión en el régimen especial fundado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no les será desconocido el derecho adquirido que les asiste, en razón al respeto de la confianza legítima; Sin embargo, sus derechos adquiridos si serán objeto de una reducción, en tanto tales pensiones deberán ser ajustadas de tal manera que sus mesadas deberán tener como tope máximo la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes; ello a través de una aplicación retroactiva del parágrafo 1 del artículo 48 constitucional.”

b. Fines inmediatos —————> Un Hecho.

El fin inmediato del enunciado normativo expuesto, corresponde a la materialización efectiva del goce del derecho constitucional fundamental a la pensión de vejez, para todos aquellos ciudadanos que, pese a que adquirieron su pensión bajo una normativa que fue juzgada como inconstitucional por la Corte Constitucional, en la sentencia C-258 de 2013, lo hicieron bajo el principio de buena fe y confianza legítima; aunado al reconocimiento condicionado de tal derecho, en el sentido de que las mesadas pensionales de aquellos servidores públicos no podrán ser superiores a 25 smlmv, con total independencia de si tales funcionarios adquirieron y consolidaron su derecho pensional con anterioridad al 31 de julio del 2010, fecha que se encuentra contenida en el acto legislativo 01 de 2005, como aquella a partir de la cual surtiría efectos tal “tope” pensional. En ese sentido, es posible delimitar brevemente el fin inmediato de la siguiente manera:

“Garantizar de manera condicionada- en tanto el reconocimiento de su derecho está supeditado al hecho de que sus mesadas pensionales no superen el monto de 25 smlmv- el disfrute de la pensión de vejez, a todos aquellos ciudadanos que lograron

su

consolidación, amparados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992”.

Fines mediatos —————> Una norma.

La norma extraída de la *ratio* de la sentencia C-258 de 2014, tiene por objetivo maximizar el principio de eficiencia, que goza de consagración constitucional expresa en el artículo 48 de la Carta Política: sin embargo, para la correcta comprensión de este principio base o fin mediato, se debe hacer una lectura de la mano del criterio de la sostenibilidad fiscal, el cual, a su vez, también tiene reconocimiento constitucional, concretamente en el inciso número 7 del artículo 48. Cabe anotarse que este artículo fue inserto en la Constitución en una época posterior a la fecha en la cual se emitió la misma, a saber, en el año 2011 a través del Acto Legislativo 3 de 2011. A continuación, se citan los apartes pertinentes del artículo 48 que contienen el principio y el criterio en comentario:

- “...La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas...”.

Ahora bien, para comprender con meridiana claridad las razones por las cuales la norma extraída de la *ratio* de la sentencia C-258 de 2014, tiene por objetivo maximizar el principio de eficiencia, resulta necesario delimitar la manera en que este ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, para pasar a exponer los argumentos del por qué la medida busca maximizar tal principio, con su aplicación.

Es de subrayar que el principio de la eficiencia consagrado en el artículo 48 constitucional ha sido desarrollado y analizado a la luz del Sistema de Salud, y del Sistema Pensional, pero en razón a que en el caso concreto se está frente a un debate particularmente relacionado con el segundo de los sistemas, la jurisprudencia que se expondrá hará énfasis en éste último enfoque.

En tal sentido, resulta de imprescindible mención la sentencia C- 111 del 2006, en tanto contiene una definición muy concreta del principio de eficiencia a la luz del Sistema de Pensiones. En dicha sentencia se expresa lo siguiente:

- “...el propósito del principio de eficiencia consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Mediante este principio se pretende hacer efectivo, el mandato constitucional de garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior...⁶⁵²”. (Subrayado fuera de texto).

El anterior fragmento da cuenta de que el principio de eficiencia esta llamado de manera particular a la redistribución de los recursos, esto es a que, en aras de garantizar una mayor cobertura y un mayor acceso a los derechos derivados de la seguridad social, se maximicen

⁶⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 111 del 2006.*

los recursos disponibles, redistribuyéndolos entre el mayor número de personas posibles. En suma, no es errado afirmar que el principio de eficiencia busca la materialización de una suerte de justicia distributiva, con énfasis en la correcta y equitativa asignación de los recursos.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que la eficiencia constituye uno de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos del Sistema de Seguridad Social y para la maximización del bienestar de las personas⁶⁵³.

Ahora bien, respecto de la sostenibilidad fiscal, se debe destacar la consagración legal y constitucional de la cual esta goza; concretamente en el año 2011, el Congreso a través del “Acto Legislativo 3 de 2011”, estableció e incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano, dicha herramienta, como una estrategia para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, y para generar un equilibrio entre los ingresos y los egresos del mismo.

Esta reforma que tuvo iniciativa en el ejecutivo surgió como una respuesta a diferentes necesidades, como las siguientes: garantizar que los recursos públicos tengan la capacidad de administrar el actual modelo de Estado Social de Derecho, asumir de forma adecuada los pasivos del Estado, garantizar la prestación de servicios y bienes públicos a las futuras generaciones y, en últimas, promover por la concreción de un modelo económico sostenible.

Una clara definición de la sostenibilidad fiscal es aportada por el peruano Paul Rabanal, quien afirma que, la sostenibilidad fiscal obedece a “...la necesidad de un gobierno por conseguir recursos para cubrir el déficit fiscal; es decir, en el cumplimiento de la restricción Inter temporal del gobierno, la cual requiere que el valor presente de los flujos esperados del resultado primario sea igual al valor actual de la deuda corriente. De este modo, la deuda en el largo plazo será igual a cero...⁶⁵⁴”.

Para finalizar, resulta pertinente sentar con claridad la naturaleza de tal herramienta, en tanto su categorización resulta bastante útil para comprender los argumentos que se expondrán en las páginas siguientes. En ese sentido, se debe destacar que la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal obedece a la de ser un “criterio” o una “herramienta” orientadores de la manera en que se debe llevar a cabo la administración del gasto público, pero de ninguna manera puede ser entendido como un principio, pues la misma Corte Constitucional, en sentencia T-045 del 2006 afirmó que la sostenibilidad fiscal correspondía a un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho.

Lo anterior ha venido siendo reforzado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más concretamente en la Sentencia C-288 del 2012⁶⁵⁵, que desarrolla en análisis de constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011 que se encarga de introducir en el texto

⁶⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T- 045 del 2006. 1 de febrero del 2007. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sala de revisión N° 3.

⁶⁵⁴ RABANAL, Jean Paul. Perú: Dos enfoques para analizar la sostenibilidad fiscal. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2012.

⁶⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-288 del 2012. 18 de abril del 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sala plena.

constitucional, dicho criterio o herramienta guía en materia de distribución y administración de los recursos públicos.

Una vez delimitadas la naturaleza jurídica y el contenido de los conceptos de eficiencia y sostenibilidad fiscal, se debe analizar las razones por las cuales se considera que los fines mediatos de la norma en comento- la *ratio* extraída de la sentencia C-258 del 2013- obedecen a la maximización de los principios expuestos.

Por ello, es claro que el contenido de la *ratio* en comento conlleva los siguientes efectos:

- i. El primero corresponde a la protección de la seguridad jurídica, a través del efectivo de los derechos consolidados de aquellos servidores públicos que adquirieron su pensión de vejez bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, declarado parcialmente inconstitucional.
- ii. El segundo, contiene un mandato, a saber, el condicionamiento del reconocimiento del derecho consolidado de dichos servidores públicos, a un tope máximo, que se concretiza en el límite de 25 SMLMV.

La primera consecuencia encuentra fundamento en la protección de la seguridad jurídica, corporizada en la salvaguardia de los derechos adquiridos de los funcionarios públicos que obraron bajo los principios de buena fe, confianza legítima, en tanto, la norma bajo la cual obtuvieron su pensión de vejez, y que fue juzgada como parcialmente inconstitucional en la sentencia C-258 del 2013, no fue considerada así durante un significativo periodo de tiempo, que ronda los veinte años. Sin embargo, este es un debate que se considera fue suficientemente agotado -bajo una muy acertada interpretación- en la citada sentencia.

Lo cierto es que no sucede lo mismo respecto de la segunda consecuencia, en el sentido de que sus fundamentos no fueron agotados a profundidad en la sentencia en comento; pero resulta a todas luces evidente que la imposición de un tope respecto de la cuantía de la pensión, no puede obedecer a un fin distinto, que al de garantizar la eficiencia de los recursos del Sistema de SS. Ello se afirma en virtud de que, claramente con este tope se persigue una unificación en materia de asignación de mesadas pensionales respecto de todos los servidores públicos que se encontraban amparados por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

La justificación detrás de la limitación de un derecho en términos económicos encuentra sustento además en el criterio de la sostenibilidad fiscal. Esto ha sido tratado así desde hace varios años por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde en sentencia C- 423 del 2004 se afirmó que: - "...Cuando la deficiencia financiera del sistema impide su sostenibilidad, es el Estado el llamado a través subsidios implícitos a asegurar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legalmente reconocidas (C.P. art. 53). Para poder cumplir con dicho compromiso, se pueden adoptar medidas sobre el mismo sistema pensional, por ejemplo, racionalizando los beneficios pensionales, o en su lugar, alterando la composición del presupuesto general de la Nación, bien sea reduciendo otros gastos del sector público, o eventualmente, aumentando el endeudamiento fiscal⁶⁵⁶..."

1.1.2 Corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

⁶⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C- 423 del 2004. 31 de mayo del 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sala plena.

En las siguientes líneas, se dará cuenta de sí los fines perseguidos por la media legislativa- para este caso la ratio obtenida de la sentencia C-258 de 2013, en materia de eficiencia de los recursos del Sistema de SS- están o no prohibidos (análisis que será hecho desde la ya expuesta “concepción negativa de la legitimidad de los fines legislativos”) expresa o tácitamente por la Constitución Política.

Fin inmediato- “Garantizar de manera condicionada- en tanto el reconocimiento de su derecho está supeditado al hecho de que sus mesadas pensionales no superen el monto de 25 smlmv- el disfrute de la pensión de vejez, a todos aquellos ciudadanos que lograron su consolidación, amparados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992”.

Para analizar la constitucionalidad del fin mediato, resulta prudente dar cuenta de dicho análisis de manera diferenciada según las dos consecuencias jurídicas- expuestas en líneas precedentes- resultantes de la aplicación del fin.

En ese orden de ideas, respecto del primer fin, pese que *en principio* podría pensarse que de ninguna manera la Constitución Política, puede amparar con su velo de constitucionalidad, situaciones que germinaron en un contexto de discutible vigencia constitucional, como sucede en el presente caso, lo cierto es que, indudablemente, son muchos los factores en juego que merecen ser analizados, antes de arrojar una conclusión tan apresurada como la anterior, pues pese a que nuestra Carta Política es “norma de normas”, y contiene en su interior un importante y rico catálogo de derechos, fruto del Estado Constitucional que caracteriza a nuestro país, ninguno de estos derechos tiene el carácter de absoluto, por lo tanto, no se puede pretender su aplicación ciega.

Con ello, se quiere significar, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no puede comportar *ipso facto* efectos completamente negativos para quienes estaban amparados bajo dicha norma, pues la Constitución no puede desatender a aquellos sujetos que, pese a que se encontraban cobijados por este escenario inconstitucional, siempre actuaron respetando la Carta Política.

En ese sentido, es de destacar que no hay precepto constitucional expreso que prohíba analizar- y eventualmente proteger- la situación jurídica de sujetos que se vean afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa. Por lo tanto, de ninguna manera se puede poner en duda la constitucionalidad de la primera consecuencia que trae consigo la aplicación del fin inmediato.

Ahora bien, respecto de la segunda consecuencia, se debe destacar que tampoco hay ninguna disposición constitucional que prohíba fijar topes determinados respecto del reconocimiento de algún derecho, esto es, en todo el texto constitucional no existe ninguna disposición que establezca que los derechos son absolutos y que en esa medida resultaría inconstitucional fijar un tope- razonable- a los mismos. Por lo tanto, se considera que la segunda consecuencia también es constitucional.

Fines mediatos:

a. Principio de eficiencia.

Claramente este principio de ninguna manera puede ser considerado como inconstitucional o de constitucionalidad dudosa; máxime si se tiene en cuenta que goza de reconocimiento en el mismo texto de la Carta Política, como ya se expuso.

b. Criterio de sostenibilidad fiscal.

El criterio de sostenibilidad fiscal tampoco puede ser considerado como inconstitucional, pues además de que fue elevado constitucionalmente gracias al Acto Legislativo 3 del 2011, también fue objeto de revisión constitucional por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-288 del 2012.

1.2 IDENTIFICACIÓN DE LA IDONEIDAD DE LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA CON RELACIÓN AL FIN INMEDIATO.

Esta segunda etapa del principio de idoneidad, se pregunta sobre la naturaleza de la relación existente entre la medida legislativa y el fin inmediato, con objetivo de analizar si la medida adoptada por el Parlamento guarda o no una relación positiva *de cualquier tipo* con su fin inmediato. En otras palabras, indaga si la medida tomada es o no útil para facilitar la realización de los fines inmediatos “de algún modo”, es decir con independencia del grado de eficiencia, rapidez, plenitud y seguridad en que lo haga. Para proceder con lo ya expuesto, resulta necesario traer de nuevo a escena, al fin inmediato, a saber:

“Garantizar de manera condicionada- en tanto el reconocimiento de su derecho está supeditado al hecho de que sus mesadas pensionales no superen el monto de 25 smlmv- el disfrute de la pensión de vejez, a todos aquellos ciudadanos que lograron su consolidación, amparados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992”.

A la luz de lo expuesto hasta este punto, es claro que la intervención -para este caso la *ratio* implícita dentro de la sentencia C-258 de 2013, y que persigue la maximización del principio de eficiencia-, si garantiza la consecución efectiva del fin inmediato, pues con su aplicación, se logra que efectivamente todas aquellas personas que con el respeto del principio de la buena fe y la confianza legítima alcanzaron su pensión de vejez, bajo los presupuestos señalados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, puedan gozar de la misma, con total independencia de una situación que le es ajena a su campo de acción, como lo es la declaración de inconstitucionalidad de tal artículo 17 de la norma en comento; aunado a lo anterior, la intervención o medida base también maximiza el fin inmediato en tanto supone una limitación inmediata del derecho de pensión consolidado, al tope de los 25 SMLMV.

Siguiendo la línea argumentativa propuesta por el jurista Carlos Bernal Pulido, es posible afirmar que la medida legislativa guarda una relación de causalidad positiva con el fin inmediato que persigue, pues conduce a un estado de cosas, en el que la realización de dicho fin se ve aumentada, en relación con el estado de cosas que existía antes de la existencia de esta norma⁶⁵⁷

2. SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD.

Como ha sido expuesto hasta este punto, el sub principio de necesidad, corresponde a la segunda etapa que se debe analizar en el desarrollo del análisis de proporcionalidad, en donde el elemento protagonista no será el fin perseguido por la norma, sino su “opuesto” es decir el o los eventuales derechos- nominados de aquí en lo que sigue como “derecho fundamental intervenido”, o intervenidos si se tratase de más de uno- que se ven conculcados con la aplicación de la medida legislativa.

⁶⁵⁷ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Op.Cit.p. 720.

Este sub principio busca que “...*toda medida de intervención en los derechos fundamentales sea la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto...*”⁶⁵⁸.

Para identificar el nivel de idoneidad de la medida seleccionada, claramente hay que hacer un ejercicio comparativo, que para el caso concreto se trata de un ejercicio hipotético, pues las medidas alternativas que serán tomadas, corresponden a medidas que no han sido puestas en práctica hasta el momento, y que representan una eventual solución diferente.

En ese orden de ideas, para dar cuenta de dicho análisis, se debe proceder como se ha hecho en los ejercicios precedentes, a saber, partiendo (1) de la identificación y análisis de los medios alternativos, y su nivel de idoneidad para satisfacer los objetivos propuestos, para pasar posteriormente a (2) el estudio concreto de estas medidas alternativas, en términos de cuan benignas puedan resultar con el derecho presuntamente afectado.

Sin embargo, antes de desarrollar todo el análisis, es necesario delimitar una vez más el objeto central sobre el cual se centrarán todos los argumentos, a saber, el *derecho o principio fundamental intervenido*, esto es la “otra cara de la moneda” que se vería afectada con la aplicación de la medida legislativa. En el caso concreto, tal derecho fundamental intervenido corresponde al principio de la eficiencia, el cual se debe acompañar de una lectura en clave del criterio de sostenibilidad fiscal.

1.1 ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD EQUIVALENTE O MAYOR DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS.

En este acápite del principio de necesidad, se deben identificar algunas medidas alternativas que presumible y razonablemente podrían también satisfacer el fin inmediato. Ello, con el objetivo de dar cuenta de si eventualmente la finalidad perseguida por la norma habría sido fomentada con una intensidad igual o mayor en caso de haberse adoptado un medio alternativo diferente.

Antes de iniciar con la exposición de dichos medios alternativos, se deben tener en cuenta las siguientes precisiones: el análisis expuesto siempre tendrá como faro al fin inmediato y no al fin mediato de la intervención legislativa⁶⁵⁹. Además, no debe olvidarse que las medidas seleccionadas son hipotéticas, esto es son seleccionadas a través de un ejercicio creativo, en donde se expondrán soluciones alternas a la medida base, que serán propuestas en razón a que razonablemente podrían constituir otras formas lógicas de satisfacer el fin inmediato.

En ese sentido, y para mayor claridad a continuación se trae de nuevo a escena al fin inmediato:

- “Garantizar de manera condicionada- en tanto el reconocimiento de su derecho está supeditado al hecho de que sus mesadas pensionales no superen el monto de 25 smlmv- el disfrute de la pensión de vejez, a todos aquellos ciudadanos que lograron su consolidación, amparados en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992”.

Ahora sí, hechas estas precisiones, las medidas alternativas consideradas para el siguiente caso, son las siguientes:

- A.** Reconocer una suma de dinero, a manera de compensación a aquellos servidores públicos que vieron se vieron afectados por la disminución de sus mesadas pensionales,

⁶⁵⁸ *Ibíd.*, p. 932.

⁶⁵⁹ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Op.Cit.pp. 932-936.

la cual será otorgada teniendo en cuenta la expectativa de vida de cada beneficiario por la medida.

B. Otorgar beneficios y reducciones tributarias a los servidores públicos que, como consecuencia de la medida adoptada por la Corte Constitucional, fueron afectados con una reducción de sus mesadas pensionales.

A continuación, se desarrollará el análisis sobre la pertinencia de las medidas alternativas expuestas en términos de (1) su eficacia, para la obtención del fin inmediato, así como respecto de (2) su capacidad de producir una protección efectiva con mayor agilidad. También se analizará si dichas medidas hipotéticas revisten o no mayores beneficios, en términos de (3) si contribuyen o no para la realización de otros fines adscritos al fin principal, y para finalizar, también se estudiará (4) el nivel de probabilidad del medio alternativo para contribuir a la obtención del fin inmediato.

Lo anterior supone que, para evaluar la viabilidad de las medidas alternativas propuestas, será necesario que estas sean analizadas de cara a los 4 criterios anotados, con el fin de analizar si pueden o no reportar mayores beneficios en lo que respecta a la obtención del fin inmediato.

A. Análisis respecto de la medida alternativa A:

Reconocer una suma de dinero, a manera de compensación a aquellos servidores públicos que vieron se vieron afectados por la disminución de sus mesadas pensionales, la cual será otorgada teniendo en cuenta la expectativa de vida de cada beneficiario de la medida.

Para comenzar, (1) respecto del primer criterio, es claro que esta medida alternativa no resulta tan eficaz como la medida legislativa base objeto de análisis, pues claramente comportaría un nuevo gasto, superior al previsto inicialmente por la medida base- la *ratio* extraída de la Sentencia C-258 del 2013-, pues esta no consagra ningún tipo de compensación o retribución, como consecuencia de la reducción automática de las mesadas pensionales al monto de los 25 SMLMV. Por demás, esta medida al implicar unas erogaciones extra, no previstas por la medida base, terminaría por dificultar la maximización del fin mediato, a saber, el principio de eficiencia y el criterio de sostenibilidad fiscal, en tanto comportaría unos nuevos gastos que la medida base no consideró.

De otro lado (2), respecto de la perceptiva temporal, esta medida tampoco reporta mayores beneficios que la medida base, en tanto el reconocimiento de la una o de la otra, está condicionado a tramites similares que, en términos de tiempo, no guardan mayores diferencias. De hecho, la medida A implica un procedimiento adicional- el del reconocimiento de la compensación- y unos cálculos determinados en función de la expectativa de vida de los funcionarios beneficiarios, lo cual naturalmente comportaría un mayor tiempo en materia de realización de la medida.

Por demás, respecto de la tercera variable (3), es posible afirmar que esta medida alternativa no contribuye a la realización de otros aspectos relativos al fin inmediato, pues con la medida no se persigue fines diferentes a los que persigue la medida base; por el contrario, la característica de la medida base es agregar un elemento extra, a saber la compensación, que no tiene ninguna relación con el fin inmediato que por su parte versa sobre el reconocimiento condicionado – al tope de los 25 SMLMV- de los derechos adquiridos de los servidores públicos afectados por la medida.

Para finalizar (4) desde el punto de vista de la probabilidad, es claro que el medio alternativo no ofrece más seguridad en punto a la garantía del efectivo cumplimiento del fin inmediato, pues como fue analizado respecto de la perspectiva temporal, la medida alternativa podría necesitar aún más tiempo para su ejecución, lo cual en términos de probabilidades no ofrece mayor seguridad si se le compara con la medida base, la cual, al no poseer el elemento “extra” de la compensación, puede ser ejecutada con mayor facilidad.

B. Análisis respecto de la medida B.

Otorgar beneficios y reducciones tributarias a los servidores públicos que, como consecuencia de la medida adoptada por la Corte Constitucional, fueron afectados con una reducción de sus mesadas pensionales.

Desde el punto de vista de (1) la eficacia, esta medida tampoco resulta completamente maximizadora del fin inmediato, pues aunque cumple parcialmente con los contenidos del mismo, -al (i) permitir el reconocimiento las pensiones de los servidores públicos adquiridas bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, dando cumplimiento con ello a la primera parte del fin inmediato, y (ii) respetar el tope de los 25 SMLMV fijado por la Corte Constitucional, dando con ello efectivo cumplimiento al fin inmediato-, al mismo tiempo incluye de manera explícita dentro de su formulación, el reconocimiento de beneficios tributarios como medida compensatoria para los servidores que se vieron afectados por la imposición del tope retroactivo en las mesadas pensionales.

Naturalmente estos beneficios tributarios, comportarían erogaciones económicas que afectarían de manera directa al Sistema de Tributación colombiano y en consecuencia al Sistema de SS; ello se afirma en razón a que el origen de los recursos de este último se encuentra en las transferencias que el Estado le realiza, las cuales tienen como antecedente directo la labor previa de administración y distribución de los dineros del erario público realizada por el Sistema Tributario Nacional.

De otro lado, (2) respecto de la perspectiva temporal se puede evidenciar que los beneficios aportados por la medida alternativa B son inferiores a los aportados por la medida base; ello en razón a que la aplicación de la medida alternativa B traería consigo unos procedimientos adicionales para el reconocimiento del beneficio tributario, y aunque el Sistema Tributario en nuestro país funcione con una significativa agilidad, es innegable el hecho de que la implementación de la medida alternativa B, en términos de tiempo no resulta más beneficiosa que la medida base.

Ahora bien, respecto de la (3) tercer variable objeto de análisis a saber la realización de otros aspectos relativos al fin inmediato, es claro que la medida alternativa no aporta nada de nuevo, ya que como fue expuesto en el párrafo precedente su estructura es la misma que la de la medida base, con la única diferencia de que garantiza como elemento extra unos beneficios tributarios a los servidores afectados por la fijación del tope pensional de los 25 SMLMV; reconocimiento tributario que no maximiza ni se encuentra relacionado con otros aspectos del fin mediato, que, como fue expuesto, corresponde a la maximización de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS.

Para finalizar, (4) desde la perspectiva de las probabilidades es claro que la medida alternativo B no ofrece más seguridad en punto a la garantía del efectivo cumplimiento del fin inmediato,

ya que como fue expuesto, esta medida incorpora un elemento extra, a saber el reconocimiento de los beneficios tributarios ya anotados, lo cual genera un elemento adicional respecto de la medida base, con lo cual se pone de presente la mayor dificultad de la medida alternativa B para su implementación, y con ello menor probabilidad de éxito en la satisfacción del fin inmediato.

2.2 BUSQUEDA DE UN MEDIO MÁS BENIGNO CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO.

Teniendo en cuenta de nuevo a los dos medios alternativos, propuestos en líneas precedentes es necesario abordar el estudio sobre si tales medios proporcionan un tratamiento más benigno al derecho fundamental afectado, esto es, si alguno de estos medios alternativos no afecta negativamente al derecho fundamental o el principio, o lo afecta en un grado inferior a la medida adoptada por el Parlamento⁶⁶⁰.

Teniendo claro el concepto de medio más benigno, es necesario traer a colación el principio presuntamente afectado por la ejecución de la medida legislativa base, a saber, la seguridad jurídica, la cual es definida de la siguiente manera en sentencia C-250 del 2012:

- *“...La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas...”*

En ese sentido, y al analizar el grado de intervención de las medidas hipotéticas sobre el *principal derecho fundamental intervenido*- la seguridad jurídica- es claro que, respecto de la primera medida, la medida alternativa A, si resulta predicable una maximización del principio afectado, en tanto esta medida ofrece una retribución económica a los servidores públicos afectados por la aplicación retroactiva del tope fijado en el Acto Legislativo 01 del 2005, a título de compensación por los perjuicios que les pudo haber causado la imposición de esta medida- la *ratio* objeto de análisis en el presente caso, extraída de la Sentencia C-258 del 2013- .

En ese sentido, el reconocimiento de una suma de dinero a manera de compensación es una forma de garantizar, - aunque sea de una manera un poco más reducida- el derecho adquirido que tenían estos servidores públicos sobre el monto de sus pensiones. Con esto, se logra maximizar de alguna manera el *derecho fundamental o principio intervenido de la seguridad jurídica* de los servidores públicos afectados, en tanto se reconoce – así sea parcialmente y no de manera fiel al derecho adquirido- que los derechos adquiridos sobre la suma de dinero que estos recibían como mesada pensional y que superaba los 25 SMLMV, no debe ser vulnerada o pasada por alto por completo, sino que se debe respetar, aunque sea de alguna manera, aunque

⁶⁶⁰ BERNAL PULIDO. Op. Cit.p. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* p, 942.

sea un poco más reducida respecto de la que se reconocería en un escenario donde no se sacrificasen los derechos adquiridos.

Ahora bien, respecto de la medida alternativa B, es claro que esta también resultaría más benigna con el *derecho o principio fundamental afectado de la seguridad jurídica*, en tanto la aplicación de esta medida también implicaría el reconocimiento de un beneficio con el objetivo de compensar de alguna manera, en este caso a través de la otorgación de un beneficio tributario, a los servidores públicos afectados por la medida base -la *ratio* extraída de la Sentencia C-258 del 2013-. Esta medida maximiza el principio afectado de la seguridad jurídica, en tanto envía un mensaje claro, a saber: si unos sujetos que actuaron diligentemente, bajo los principios de la buena fe, con la confianza legítima en las actuaciones del Estado, y que además tenían un derecho adquirido y completamente consolidado en su patrimonio, se ven afectados de manera intempestiva por una aplicación retroactiva de una Ley, el ordenamiento jurídico debe garantizarles algún tipo de reconocimiento que compense la afectación en su derecho fundamental a la seguridad jurídica; compensación que para el caso particular se manifiesta en los beneficios tributarios propuestos por la medida alternativa B.

En ese sentido, es claro que, aunque la medida “B” no supondría el reconocimiento del derecho pensional adquirido en los términos precisos en los que se dio su obtención, esto es, sin estar supeditado a restricciones monetarias y hasta temporales que aminoran aún más el reconocimiento y goce del derecho, si garantiza una solución de tipo compensatorio para mantener con algo de vigencia el respeto por el principio afectado por la medida, a saber, la seguridad jurídica.

3. SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

3.1 MODULACIÓN DE LA INTENSIDAD EN EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

El presente caso, analizado a la luz del contenido de la sentencia C-258 del 2013, debe ser leído a través de un control de justificabilidad o medio, *el cual “... se aplica para las intervenciones de intensidad media en los derechos fundamentales, y exige solo un grado medio de seguridad en las premisas, (...) en este tipo de control, una intervención legislativa no puede ser declarada inconstitucional si el Legislador puede invocar a su favor premisas por lo menos plausibles o estimables (...) de allí que exija, al Tribunal Constitucional que las premisas a las que aluda para acreditar la inconstitucionalidad de la ley tengan una certeza por lo menos mayor a lo plausible o estimable...⁶⁸²”*.

Lo anterior se afirma en razón a que pese a que los efectos de la aplicación de la medida- a saber, la *ratio* expuesta en las primeras páginas que consagra la protección jurídica a las personas que obtuvieron su pensión de vejez, bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, condicionada al reconocimiento limitado del derecho, en tanto se fijó el tope de los 25 smmlv por concepto de mesada pensional- comportarían la vulneración de un importante principio constitucional, como lo es el principio de la seguridad jurídica, sustentada para el caso particular en el respeto por los derechos adquiridos, la confianza legítima y la buena fe, lo cierto es que a pesar de la relevancia jurídica y constitucional de estos, no es posible declarar *ipso facto* la inconstitucionalidad de la medida, bajo el argumento de que con su aplicación se provoca una lesión a tales principios. Esto se afirma sobre la base de las siguientes premisas:

Premisa 1: La seguridad jurídica si resulta ser un elemento casi que definitorio del actual Estado

Constitucional, que encuentra sus orígenes en el paso del Estado Absolutista o monárquico al Estado de Derecho, en donde la certeza sobre las normas, y la consagración de las mismas en un texto, se convirtió en la principal consigna para garantizar que los derechos de los ciudadanos no fuese atropellados por actuaciones arbitrarias de la Administración.

Sin embargo, si existen razones para justificar la legitimidad de la medida juzgada- a saber la *ratio* extraída de la sentencia C-258 del 2013, que a través de una aplicación retroactiva del Acto legislativo 01 del 2005, limita el monto de las mesadas pensionales de aquellos que ya tenían sus derechos consolidados, al monto de 25 smlmv- en tanto esta pretende que con su aplicación se genere una mayor eficiencia de los recursos de que dispone el Estado en materia de administración del Sistema de SS, y más concretamente en materia de administración de los recursos que el Estado destina para subsidiar las pensiones de vejez. En ese sentido, estos argumentos permiten afirmar que si existen premisas estimables o plausibles para defender la constitucionalidad de la medida acusada.

Premisa 2: Los principios de confianza legítima, buena fe y respeto por los derechos adquiridos en los cuales- para el caso concreto - se sustenta el principio de seguridad jurídica, también son una muestra de cómo el poder del Estado es limitado y se encuentra sujeto a ciertos límites, como lo son el respeto por los derechos de sus ciudadanos. Para el presente caso, ese respeto por los derechos de los ciudadanos se materializa en la protección jurídica de aquellos escenarios en que estos hayan actuado de buena fe, confiando en que las actuaciones del Estado que durante un tiempo determinado se consideraron como legales y que no fueron cuestionadas, seguirán siéndolo, y que además hubiesen consolidado sus situaciones jurídicas bajo una norma en concreto.

Sin embargo, en esta ocasión es posible identificar razones plausibles para justificar una aminoración de estos principios; la principal de estas razones se encuentra en el principio que juega en contrario, a saber la eficiencia de los recursos en materia de seguridad social, pues el someter a todos los ciudadanos -con independencia de si su situación jurídica se hubiese consolidado con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005- al mismo tope, como límite en el cálculo de sus mesadas pensionales, a saber el límite de 25 SMLMV, se busca que haya una mejor distribución de los recursos, con el objetivo de que estos alcancen a favorecer a más ciudadanos.

Conclusión: en este caso se está frente a una intervención legislativa intermedia, pues, pese a que con la aplicación de la medida- la *ratio* inferida de la sentencia C-258 de 2013- se genera una afectación al principio de la seguridad jurídica- corporizado particularmente en los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima- , esta afectación es pasible de ser calificada como media, ya que- de un lado- no es posible describir la afectación como mínima o leve, pues evidentemente se está frente principios que corresponden precisamente al resultado de una serie de eventos y luchas históricas para cambiar la concepción de los deberes del Estado respecto de los ciudadanos, pues el reconocimiento de estos principios aparece como la conquista del Estado de Derecho, - preservada y ampliada por el Estado Constitucional- contra las actuaciones arbitrarias y deliberadas de quienes detentaban el poder en el antiguo Estado absolutista y monárquico.

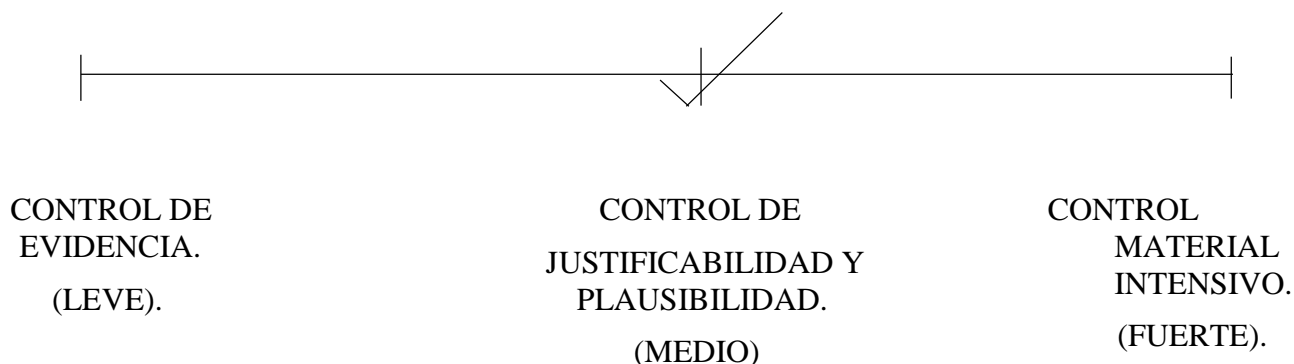
No obstante lo anterior- de otro lado-, es necesario tener en cuenta que tampoco es posible aseverar que se está frente a una intervención fuerte en el principio de la seguridad jurídica, pues como ya fue expuesto si existen razones medianamente plausibles para justificar este

aminoramiento “razonable” de los principios en comento, sustentadas en la satisfacción del interés general, ya que se espera que con el establecimiento de un tope máximo como cuantía de las mesadas pensionales, se logrará una mejor distribución y eficiencia de los recursos del Sistema de SS.

En ese sentido, situados en el caso concreto del análisis de la ratio extraída de la Sentencia C-258 de 2013 para el presente ejercicio, es claro que nos encontramos frente a un control intermedio o control de justificabilidad, en donde “... una intervención legislativa no puede ser declarada inconstitucional si el Legislador puede invocar a su favor premisas por lo menos plausibles o estimables y en donde las premisas esgrimidas por el Tribunal Constitucional para acreditar la inconstitucionalidad de la ley, deben tener una certeza por lo menos mayor a lo plausible o estimable...”⁶⁸³”.

Es posible graficar de la siguiente manera, la ubicación del nivel de intensidad de los argumentos que desarrollarán en el presente ejercicio de ponderación:

Gráfico 17. Nivel de intensidad argumentativa.



3.2 ESTRUCTURA CONCRETA.

Para desarrollar la estructura concreta del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario seguir los siguientes tres pasos:

5. “...El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

6. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

7. El tercero es construir una relación de procedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso...⁶⁸⁴”.

Para efectos prácticos y atendiendo a la relación que guardan el primer y segundo paso, su análisis será llevado a cabo de manera conjunta a continuación:

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA REALIZACIÓN DEL FIN LEGISLATIVO EN LOS NIVELES ANALÍTICO- NORMATIVO Y EMPÍRICO.

Como se ha esbozado en los ejercicios precedentes, este acápite supone un claro ejercicio comparativo entre los dos principios contrapuestos, los cuales para el presente caso- como ya ha sido expuesto- corresponden de un lado al principio de la eficiencia articulada con el criterio de la sostenibilidad fiscal; y de otro lado, al principio de seguridad jurídica, que se concretiza en los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima. Para dar cuenta de tal análisis comparativo, se deben seguir unas ciertas reglas argumentativas encargadas de aislar, en la medida de lo posible, la duda, la incertidumbre y la arbitrariedad en los argumentos que serán esbozados a favor de cada uno de los extremos; tales reglas se conocen como “criterios” que operan en diferentes niveles, los cuales son: nivel analítico- normativo y nivel empírico.

El análisis del caso concreto a la luz de estos criterios se llevará a cabo en las líneas siguientes:

7.2.1.1 Criterios que operan en el nivel analítico- normativo.

A continuación, se realizará la correspondiente esquematización de los criterios que operan en el nivel analítico- normativo, según se trate de (a) los criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo y (b) según se trate de los criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.

a. Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo.

Pese a que existe un amplio catálogo de reglas argumentativas existentes, para el presente caso solo serán analizadas las siguientes cuatro, en razón a su pertinencia para extraer información relevante respecto del debate de los dos principios contrapuestos, a saber: el principio de la eficiencia, y el principio de la seguridad jurídica.

1. Área del ámbito normativo afectado negativa y positivamente.

Esta regla expone que “...cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectada por la intervención legislativa, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá otorgarse al derecho fundamental en la ponderación (...) esta regla implica que (...) por ejemplo, la intervención legislativa en el derecho fundamental deba ser considerada como intervención más intensa cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho en cuanto elimina solo algunas de ellas...⁶⁶¹”.

En ese sentido, es necesario partir por delimitar la magnitud de la intensidad de la medida en cuestión- la *ratio* extraída de la sentencia C-258 del 2013- sobre el principio de seguridad jurídica, y sobre los principios que lo desarrollan en el caso concreto, a saber los de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima ; para ello, como primera medida se debe delimitar conceptualmente a estos últimos principios, con el objetivo de identificar posteriormente, las posibles intersecciones y

⁶⁶¹ Esta regla se encuentra recogida como la “regla 56”, en el texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 972.

hasta choques entre este, y la medida acusada; o, en otras palabras, para identificar el ámbito normativo de estos derechos, que resulta ser afectado por la imposición de la medida.

En ese sentido, a continuación se hará una breve delimitación conceptual de estos principios, y, de manera paralela, se dará cuenta de la manera en que estos resultan ser afectados por la medida cuestionada, a saber, la *ratio* que fija el tope retroactivo de los 25 smlmv.

Respecto del principio de la seguridad jurídica.

La seguridad resulta ser un estado al cual el hombre aspira, en tanto le representa un equilibrio, una cierta estabilidad y sobre todo la posibilidad de prever que puede ocurrir en el futuro y decidir sobre él. El jurista Bentham afirmaba que la seguridad revestía una significativa importancia, en tanto “...*gracias a la seguridad jurídica podemos prever el futuro y por tanto tomar nuestras propias decisiones para él; es la base sobre la que descansan los planes, el trabajo y todo ahorro; hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad, y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones: es la característica distintiva de la civilización*”. *de la civilización, lo que distingue al hombre culto del salvaje, la paz de la guerra, al hombre de la bestia...*⁶⁶²”.

El abordaje de la seguridad jurídica desde un punto de vista socio- jurídico, fue objeto de análisis en una reciente jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde se afirmó lo siguiente:

- “...*El derecho, como instrumento de ordenación social, requiere disciplinar varios de los aspectos más sustanciales de las relaciones humanas, estabilizándolos. Para ello, toda comunidad, en la más amplia de las expresiones posibles, que pretenda organizarse, debe determinar qué sujetos y a través de qué procedimiento producirá las reglas de conducta necesarias para la consecución de sus aspiraciones. Ello se traducirá, entre otras, en que sus miembros tengan algún nivel de certeza (seguridad jurídica) respecto de lo permitido y resuelto por cada una de las fuentes del derecho, dentro de las que se encuentra la sentencia judicial...*⁶⁶³”.

El párrafo precedente da cuenta de la relación inherente que existe entre el derecho y la seguridad jurídica, pues parecería que cada uno se definiera a sí mismo con el otro, siendo el origen del derecho la necesidad de tener seguridad jurídica en las relaciones sociales; y siendo, a su vez, la seguridad jurídica una de las principales promesas del derecho. Sumado a ello, es claro que como se vincula el concepto de seguridad jurídica con el de libertad, en tanto solo si se tiene certeza sobre las “reglas del juego” se podrá participar en el juego.

Cabe anotarse que estas reglas del juego son eminentemente dinámicas, en tanto están supeditadas a lo que el derecho y la sociedad misma considere como correcto

⁶⁶² En: RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid: Fondo De Cultura Económica de España, 2002. p. 42.

⁶⁶³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL- Sentencia del 16 de mayo del 2016. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco. Radicación n° 08001 31 03 009 2005 00262 01.

o incorrecto. Esto ha sido expuesto así, en la sentencia C-230 del 2006, definición a la seguridad jurídica como “...una de sus manifestaciones, como un principio en virtud del cual se cuenta con la necesaria certeza, en un momento histórico determinado, de cuáles son las normas que regulan una determinada situación jurídica. En otros términos, la seguridad jurídica es un concepto dinámico por naturaleza...⁶⁶⁴”.

En esa línea, resulta especialmente clara y atinada la definición que brinda el Tribunal Constitucional de España, citado por la autora italiana Aida Kemelmaier de Carlucci “...la seguridad es la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho...⁶⁶⁵”.

El jurista colombiano, Fernando Arrazola Jaramillo, en un ensayo dedicado especialmente a la definición de la seguridad jurídica, ha expuesto que esta “...como la certeza de la actuación del Estado y de sus agentes, al igual que la de los ciudadanos; como la certeza y estabilidad del derecho mismo, independientemente del contenido material de las normas que integran el ordenamiento; y como la seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas, y que resulta en una seguridad específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos...⁶⁶⁶”.

En el mismo sentido, apunta el jurista Humberto Sierra Porto, quien en sentencia T-1216 del 2005 afirmó que “...La seguridad jurídica implica que, conocidas las reglas por todos, los procedimientos se deben adelantar de conformidad con ellas, y cualquier desviación socava la confianza que los ciudadanos tienen en éstos, luego genera inseguridad...⁶⁶⁷”; inseguridad que no resulta beneficiosa para la sociedad, pues genera una ruptura con el tejido social que debe cohesionar a la misma.

Éste a su vez, es uno de los principios primordiales del derecho y puede ser entendido, para efectos de este estudio, como la estabilidad y aplicación del ordenamiento jurídico, pues solamente con un conocimiento certero sobre las normas y sus consecuencias los ciudadanos podrán ser libres, ya que podrán dirigir sus acciones de la manera que deseen, siempre que sean legales, ya que cuentan con la certeza de que el Estado solo los castigará por aquello que atente contra la Ley. En ese sentido, la seguridad jurídica promueve la armonía en las relaciones sociales, pues garantiza la estabilidad y tranquilidad en la toma de decisiones de la que hablaba Bentham. En ese sentido, es claro que “...la seguridad jurídica es un elemento fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, y que su relación con el derecho es esencialmente legitimadora y garantista, pues es a través de la seguridad jurídica que los demás principios del derecho se materializan y son

⁶⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-230 del 2016.

⁶⁶⁵ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 1998. Auto del TC 71/2003, de 26 de febrero del 2003.

⁶⁶⁶ ARRAZOLA JARAMILLO, Fernando. El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. Revista de Derecho Público UNIANDES No 32 - Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7778.

⁶⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 1216 del 2005.

garantizados, logrando así un armónico funcionamiento de cualquier sistema legal...⁶⁶⁸”

Ahora para el caso concreto, es claro que cuando una norma es aplicada con efectos retroactivos, a situaciones completamente consolidados como ocurre en el presente caso, se ve sacrificada la estabilidad de las relaciones jurídicas, y la confianza misma en el Estado y el ordenamiento jurídico. No es razonable que en un Estado Constitucional, los ciudadanos estén expósitos a cualquier acto de liberalidad y voluntariedad de quienes administran el poder, y particularmente en este caso, de quienes administran justicia- ya que la medida acusada en este caso, tiene por fuente una decisión de la Corte Constitucional como máximo Tribunal en asuntos constitucionales- pues ello significaría admitir que el Estado puede alterar la seguridad jurídica y las situaciones jurídicas de sus ciudadanos sin justificación alguna, generando con esto inestabilidad y desconfianza en el derecho.

Es por este motivo que, para doctrinantes como Franklin Moreno Millán, la seguridad jurídica debe ser respetada por parte de la Corte Constitucional, en la medida en que “...*la naturaleza de la seguridad jurídica es la de ser una expresión del valor supremo de la libertad. Pero a su vez, ser una de las caras de la justicia porque un derecho justo es por naturaleza un derecho cierto...⁶⁶⁹”*.

Para finalizar, respecto de las múltiples acepciones e importancia del principio de seguridad jurídica, vale la pena mencionar la triple dimensión que en palabras de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, caracteriza a este principio a saber:

“...la noción de seguridad jurídica tiene múltiples acepciones, así: (i) certidumbre en la producción legislativa; (ii) consistencia en la aplicación e interpretación de las normas por parte de la judicatura; y (iii) firmeza de las decisiones jurisdiccionales...⁶⁷⁰”.

Esta definición resulta de vital importancia para el presente caso, en tanto permite visualizar las múltiples dimensiones en que se corporiza la seguridad jurídica, siendo la última – la correspondiente a la firmeza de las decisiones jurisdiccionales- una de significativo interés. En ese sentido, la cosa juzgada⁶⁷¹, resulta ser una “...*cualidad inherente a los fallos ejecutoriados por la cual resultan inmutables, inimpugnables y obligatorios, de suerte que en los asuntos sobre los que ellos deciden no puedan volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro diferente cuando quiera que aparezcan las mismas partes, causa y objeto...⁶⁷²”*.

La cosa juzgada, resulta de vital importancia en tanto el tema que se debate en el presente caso, ya había sido objeto de un análisis de constitucionalidad en el año 1999, concretamente en la sentencia C-608 de 1999; configurándose con ello la

⁶⁶⁸ ARRAZOLA JARAMILLO, Fernando. *El concepto de seguridad jurídica...Op. Cit.*

⁶⁶⁹ MORENO MILLÁN, Franklin, *La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos.* Bogotá: Editorial Leyer, 2005. p. 111-115.

⁶⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA. SALA CIVIL- *Sentencia del 16 de mayo del 2016.*

⁶⁷¹ La cosa juzgada constitucional ha sido objeto de constante análisis por parte de la Corte Constitucional, muestra de ello son las sentencias: C-774 del 2001, C-393 del 2011, C-332 del 2013, C-393 del 2011 y C-007 del 2016.

⁶⁷² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA. SALA CIVIL- *Sentencia del 16 de mayo del 2016.*

llamada cosa juzgada, según la cual si ya se decidió por parte de un juez, sobre un asunto particular, el mismo no deberá ser objeto de debate en ulteriores oportunidades; ello, en aras de garantizar seguridad jurídica a los ciudadanos sobre lo ya decidido.

Sobre este punto el jurista italiano Giuseppe Chiovenda afirmó que: “... *la cosa juzgada representa la eficacia propia de las sentencia que estima o desestima la demanda, y consiste en esto: por la suprema exigencia del orden y de la seguridad de la vida social, la situación fijada por el juez con relación al bien de la vida (res) que fue objeto de discusión no puede ser posteriormente impugnada; el actor que ha vencido no puede ser perturbado en el goce de dicho bien, el actor que ha perdido no puede posteriormente reclamar su goce. La eficacia o autoridad de la cosa juzgada es, pues, por definición, destinada a obrar para el futuro, con relación a procesos futuros...*”⁶⁷³.

Esto debe ser analizado de cara a los hechos globales del caso y a las definiciones genéricas expuestas inicialmente en punto a la seguridad jurídica; elementos, que analizados en conjunto permiten inferir que la medida acusada -la *ratio* fijada en la sentencia C-258 del 2013, que fija el límite retroactivo de los 25 smlmv- si aminora de manera significativa el ámbito normativo del principio de la seguridad jurídica, pues comporta un cambio drástico en la situación jurídica ya consolidada de quienes habían adquirido su pensión de vejez bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Respecto del principio del respeto de los derechos adquiridos.

El concepto de los derechos adquiridos está íntimamente relacionado con el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de las leyes. Los elementos esenciales del concepto son los siguientes: “... *una ley que consagre un derecho o garantía, la existencia de unas condiciones para acceder a ese derecho y el cumplimiento por parte de las condiciones exigidas en la ley por parte de una persona en particular...*”⁶⁷⁴.

Lo descrito en el párrafo precedente implica un deber negativo de respeto, de no injerencia y de no modificación de las situaciones ya consolidadas; deber que recae sobre el Estado, como aquel sujeto que, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad del orden social, debe además idear herramientas encaminadas a la protección de aquellas situaciones jurídicas dejaron de ser simples expectativas o expectativas legítimas y que, en virtud del cumplimiento de una serie de requisitos determinados por el ordenamiento, pasaron a ser parte integral del patrimonio de un ciudadano particular.

El respeto por los derechos adquiridos corresponde a un principio clásico del derecho, que además cuenta con sustento constitucional en el inciso 5°, y 8° del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, que rezan de la siguiente manera:

⁶⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial OXFORD. Primera Serie, volumen 6. Pág. 171.

⁶⁷⁴ Franklin MORENO MILLÁN. *La acción pública de inconstitucionalidad*. Op. Cit. pp. 116-118.

*“...El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, **respetará los derechos adquiridos** con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas (...)*

*En materia pensional se respetarán todos los **derechos adquiridos**...”.*
(Negrita adicionada)

Evidentemente en materia pensional cobra especial relevancia la protección de los derechos adquiridos y de las situaciones ya consolidadas jurídicamente; tanto así que- como se pone de presente en el artículo precitado- estos son mencionados de manera expresa dos veces.

Lo anterior, sumado al reconocimiento expreso de la necesidad de garantizar la protección de los derechos adquiridos, contenida en el artículo 58 constitucional, que estipula lo siguiente:

ARTICULO 58. *Se garantizan la propiedad privada y los demás **derechos adquiridos** con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*
(Negrita adicionada).

Esta consagración de los derechos adquiridos en la norma constitucional que regula lo atinente a la protección de la propiedad, no es casual. Como ya fue expuesto anteriormente, el concepto de derechos adquiridos está íntimamente ligado con el de propiedad, pues un derecho se entiende por adquirido o consolidado en tanto deja de estar sometido a los “vaivenes” del escenario jurídico y hace parte integral del patrimonio de una persona, convirtiéndose en su propiedad, y generado con ello la principal consecuencia: su exclusividad o lo que los romanos llamaban como el hecho de ser un derecho “real absoluto” capaz de ser exigible *erga omnes*.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “...la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales...⁶⁷⁵”.

En ese orden de ideas, respecto de la situación particular en comento, se tiene que los servidores públicos que adquirieron su derecho pensional bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, obtuvieron un derecho que, al ser consolidado, ingresó a su patrimonio, y no podría ser pasible de transacciones por sujetos ajenos al mismo, como el Estado; a menos, claro está, de que este- el Estado, único sujeto además de los acreedores, capacitado para hacer intromisiones en el patrimonio privado de las personas- hubiese realizado una expropiación sobre el patrimonio de los mismos,

⁶⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-798 del 2002. 26 de septiembre del 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sala N° 4 de revisión.

con una debida justificación en el interés general y con la correspondiente indemnización a la que debe haber lugar en estos casos. Sin embargo, esto no fue así, pues por el contrario el único fundamento del Estado para limitar el monto pensional de estos servidores públicos al límite de los 25 SMLMV, correspondió a una actuación que dista considerablemente del derecho, al no tener un sustento jurídico claro, a saber, la aplicación retroactiva del Ato Legislativo 01 de 2005, desconociendo y pasando por alto los derechos adquiridos de estas personas.

No debe perderse de vista que la aplicación retroactiva de las normas es un evento que en principio está prohibido, y que solo puede ser permitido en circunstancias excepcionales. Muestra de ello, se encuentra en el hecho de que Hans Kelsen, uno de los más grandes juristas de la historia, "...al configurar el sistema austriaco en 1920 considero que los efectos ex tunc podrían producir situaciones de manifiesta injusticia contra los particulares que actuaban de buena fe. Por estas razones, dispuso expresamente, que el juicio de inconstitucionalidad de una ley determinaría siempre una anulabilidad y no una nulidad ...⁶⁷⁶".

- ***Respecto del principio de la confianza legítima.***

Para lograr un correcto entendimiento del principio de confianza legítima, es necesario contextualizar al mismo en el marco del llamado Estado de Derecho, en tanto esta primera forma de organización jurídico- estatal, supuso la inserción de un elemento trascendental: el sometimiento de la autoridad pública a "ciertas formas jurídicas"⁶⁷⁷. Sobre este punto, la jurista colombiana María José Viana Cleves menciona que "... a partir de este momento se obligó a quien ostentase el poder público a adecuar todas sus actuaciones a los postulados contenidos en la Ley. Así las actuaciones de la autoridad no podrían ejecutarse por obediencia a simples caprichos del titular del poder, sino que debían encajar dentro del marco jurídico establecido por la voluntad popular representada en la Ley...⁶⁷⁸".

A su vez, es necesario tener en cuenta que el principio de la confianza legítima tiene dos destinatarios, a saber, el particular y la Administración Pública. Esto resulta importante, en la medida en que los mandatos que se desprenden de este principio, cambian sustancialmente dependiendo del tipo de sujeto a quien se dirija. En ese sentido, en relación con el particular "...el principio de confianza legítima establece que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible en el cual pueda confiar, por lo que debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas...⁶⁷⁹".

De otro lado, "... en relación con la Administración Pública, el principio de confianza legítima constituye un límite al ejercicio de las potestades públicas. Este principio impone a la Administración, el deber de garantizar a los particulares "el respecto por el acto propio", es decir, la proscripción de comportamientos que,

⁶⁷⁶ Humberto A. SIERRA PORTO, Sentencias de inconstitucionalidad: jurisdicción española, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 16-17.

⁶⁷⁷ VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2007. p. 110.

⁶⁷⁸ *Ibíd.* p. 110.

⁶⁷⁹ *Ibíd.* p. 169. ⁷⁰⁴ *Ibíd.* p. 161.

aunque tengan algún fundamento legal formal, sean irracionales según la máxima latina “venire contra factum proprium non valet” ...⁷⁰⁴”.

En ese sentido, y teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, es posible afirmar que la confianza legítima “...supone un amparo que debe dar el juez al ciudadano, frente a una Administración Pública que ha venido actuando de una determinada manera, y que repentinamente modifica su comportamiento o forma de decidir, rompiendo la confianza del ciudadano en que la administración seguiría actuando como lo hacía originariamente bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares...⁶⁸⁰”.

Lo cierto es que para que se predique dicha confianza legítima se debe partir del supuesto de que la persona que pretende ampararse bajo tal situación de estabilidad jurídica, debió actuar de manera honesta, sin abuso del derecho y sin uso de cualquier tipo de maniobras fraudulentas, pues el uso de alguna de estas figuras nublaría y opacaría la legitimidad del reclamo que levanta el ciudadano respecto de la administración, ya que una persona que actúa de manera ilícita o ilegal, no puede esperar que el Estado avale su comportamiento doloso, y proteja su situación jurídica. Esto, en últimas, pone de manifiesto la inherente relación entre el principio de la confianza legítima y la buena fe.

En el mismo sentido ha argumentado la Corte Constitucional, al estipular que “...La denominada confianza legítima tiene su sustento en el principio general de la buena fe. Si unos ocupantes del espacio público, creen, equivocadamente claro está, que tienen un derecho sobre aquél porque el Estado no solamente les ha permitido sino facilitado que ejecuten actos de ocupación, y han pasado muchos años en esta situación que la Nación y el Municipio contribuyeron a crear, es justo que esos ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado social de derecho...⁶⁸¹”. Por todo esto, resulta bastante acertado afirmar que el principio de la confianza legítima corresponde a una proyección del principio de buena fe⁶⁸².

A su vez, - como fue expresado en líneas precedentes- pese a que no es posible encontrar una consagración expresa del principio de la confianza legítima en el texto constitucional, se debe tener en cuenta que “... la protección del mismo se debe a que hace parte de una cláusula constitucional indeterminada como lo es la del Estado de Derecho; con lo cual se puede afirmar que la confianza legítima, es un principio implícito del Estado de Derecho...⁶⁸³”. Así mismo, su fundamento hunde sus raíces en importantes principios constitucionales; en ese sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que su constitucionalidad “...se fundamenta en los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), respeto al acto propio y de la buena fe (artículo 83 C.P.), es, según la jurisprudencia de esta Corte,

⁶⁸⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. Rev. Derecho (Valdivia), vol. 18, nº 2, 2005. pp. 83-105, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso. (Consultado el 27 de abril 2016).

⁶⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-438 de 1996. 20 de agosto de 1998. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Sala de revisión Nº 9.

⁶⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-588 de 2014. 15 de agosto del

⁶⁸³ VIANA CLEVES, María José. *El principio de confianza legítima...* Op. Cit. p. 114.

jurídicamente exigible. Además, se trata de un principio que adquiere una identidad propia en virtud de las reglas especiales que se imponen en la relación entre administración y administrado...⁶⁸⁴”.

Para el caso concreto, es claro que los servidores públicos que adquirieron su pensión de vejez bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, lo hicieron con la confianza legítima de que esta norma era constitucional, pues durante casi 20 años⁶⁸⁵ que esta norma tuvo vigencia en el ordenamiento no se cuestionó su constitucionalidad, permitiendo con ello que estos funcionarios consideraran que esta fuese legítima a la luz del texto constitucional. Pero, más allá de eso, en ningún momento, antes de que se fijase a través del Acto Legislativo 01 de 2005 el tope de los 25 SMLMV vigente solo a partir del 21 de julio del 2010, ni en el momento en que discutió sobre el establecimiento de este límite a las mesadas pensionales, a saber en el año 2005, se discutió sobre si este límite debía ser aplicado retroactivamente a quienes ya tenían sus derechos consolidados sobre montos superiores; y no fue así en razón a que el legislador con bastante claridad estableció que la vigencia del tope pensional solo tendría vigencia a partir del 21 de julio de 2010, y no antes.

Es tan claro el espíritu y la literalidad de la norma, que estos servidores públicos siempre confiaron que los derechos personales adquiridos no serían modificados de ninguna manera, sin embargo y la medida acusada- a saber, el principio de eficiencia expresado en la *ratio* extraída de la Sentencia C258 del 2013 y que es usada en el presente ejercicio como la “medida legislativa”- alteró intempestivamente ese estado de cosas, aminorando esos derechos adquiridos y vulnerado con ello la confianza legítima que los servidores públicos tenían en la norma.

- ***Respecto del principio de la buena fe:***

Es necesario subrayar que el principio de buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, vital para la integración del ordenamiento y la regulación de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.

Ahora bien, el principio de la buena fe, si tiene una expresa consagración constitucional en los siguientes artículos:

“...ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

ARTÍCULO 268: El Contralor General de la Republica tendrá las siguientes atribuciones:

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La

⁶⁸⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 075 de 2008. 31 de enero del 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Sala de revisión N° 2.

⁶⁸⁵ Cabe anotarse además que incluso, esta norma ya había sido declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-608 de 1992.

Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. (Negrita adicionada) ...”

A su vez, la jurisprudencia constitucional también se ha encargado de delimitar conceptualmente el principio de la buena fe; así, en la sentencia T-475 de 1992, expuso que este principio “... exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus) ...”⁶⁸⁶”. Es clara la gran relevancia jurídica que cobra este principio hoy en día, pues presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”⁶⁸⁷”.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado el vínculo casi que inherente que existe entre la buena fe y la seguridad jurídica; así en sentencia C-131 del 2004, señaló que el mencionado principio:

“... Es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma...” (Subrayado fuera de texto).

A su vez, es de destacar que el principio de buena fe consiste en un principio constitucional inespecífico, capaz de adaptarse a cada situación concreta, brindando una lectura particular, en atención a las particularidades del caso; por lo tanto, pese a que este no tenga una expresa consagración constitucional que lo refiera directamente al escenario de las pensiones, si resulta completamente aplicable, en tanto fue tenido en cuenta por el constituyente como un principio rector de nuestro ordenamiento, como dan cuenta de ello los artículos citados.

Para el caso concreto, se evidencia con total claridad que los servidores públicos afectados por la medida -el principio de eficiencia expresado en la *ratio* extraída de la sentencia C258 del 2013, que fija el tope de los 25 SMLMV- actuaron de buena fe, pues consolidaron su derecho pensional bajo la convicción de constitucionalidad de una norma; pero además de ello, siempre observaron una conducta leal y honesta en lo que respecta a la asignación de sus mesadas pensionales, pues con independencia de si estas inicialmente eran superiores al límite de los 25 SMLMV, estos montos superiores lo eran en tanto tenían un amparo legal y constitucional, a saber el artículo bajo el cual adquirieron su

⁶⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-475 de 1992. Julio 29 de 1992. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-588 de 2014.

pensión de vejez, y la seguridad brindada por la literalidad del parágrafo 1 del artículo 48 de la Constitución Política, que expresaba que el tope de los 25 SMLMV no les sería aplicable en tanto ellos consolidaron su derecho con anterioridad a la fecha fijada en la norma: el 31 de julio del 2010.

Como bien lo menciona la sentencia C- 131 del 2004 de la Corte Constitucional, “...la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos...”⁶⁸⁸. Naturalmente para el caso concreto es innegable la actuación de buena fe de los servidores públicos que consolidaron sus derechos bajo el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en tanto estos confiaron en que la declaración de voluntad del Estado de reconocer y blindar de legitimidad constitucional el hecho de que estos tuviesen unas mesadas pensionales superiores al monto de 25 SMLMV, que correspondían a derechos completamente consolidados, seguirían siendo reconocidas de la misma manera, como una asignación constitucional.

En ese sentido, el hecho de que nunca se cuestionase esto, permitió a los servidores considerar que todo permanecería igual, con los mismos efectos usuales; confianza que fue alterada abruptamente por la aplicación retroactiva y alejada de la ley, que realizó la Corte Constitucional de una norma- el Acto Legislativo 01 del 2005- que era bastante clara en su texto. Esto conllevó, no solo a la aplicación retroactiva de dicha norma, sino al desobedecimiento y aplicación contradictoria de la misma, pues el acto legislativo 01 de 2005 de ninguna manera puede servir como el fundamento jurídico de la norma fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 del 2013, norma que puede ser asimilada a un acto de creación legislativa del máximo Tribunal Constitucional.

2. La fundamentalidad de una posición con respecto a su función.

Esta regla expone que “...cuanto más importante sea un determinado fin legislativo inmediato para que el fin legislativo mediato- el principio constitucional que respalda la intervención- pueda desempeñar sus funciones, mayor será la fundamentalidad de aquel, y por lo tanto mayor será el peso del principio constitucional en la ponderación ...”⁶⁸⁹.

Es claro que esta regla también es aplicable al caso concreto, en tanto que el fin inmediato si es fundamental para que se desarrolle en fin mediato. A manera de consecuencia y efecto, es claro que si se aplica retroactivamente el tope de los 25 smlmv fijado en el parágrafo 1 del artículo 48 de la Constitución política- aplicación que corresponde al fin inmediato- se logra la consecución del fin mediato que corresponde a la maximización del principio de eficiencia y del criterio de sostenibilidad fiscal.

⁶⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 131 del 2004. 19 de febrero del 2004. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Sala plena.

⁶⁸⁹ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 57” del texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 973.

Esto se explica en razón a que, en el escenario en el cual no se diese aplicación retroactiva al límite de los 25 smlmv, y que corresponde al fin inmediato, no se podría predicar la maximización del principio de eficiencia de los recursos destinados al Sistema de SS. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la inaplicación del fin inmediato no puede ser leída en el sentido de que esta comportaría *ipso facto*, una vulneración del principio de eficiencia de los recursos del Sistema de Seguridad social, pues la rentabilidad y equilibrio de estos recursos dependen de innumerables variables y fuentes, y el ajuste retroactivo de los 25 SMLMV solo representa una suma relativamente menor, que no tiene la fuerza suficiente para comportar una lesión significativa a los recursos del sistema de SS.

En otras palabras la no realización del fin inmediato- la aplicación retroactiva del tope contenido en el parágrafo 1 del artículo 48 de la Constitución Política, que fija el monto de los 25 SMLMV como máxima asignación por concepto de mesada pensional- no tiene la magnitud ni significancia suficiente como para comportar una vulneración importante del fin mediano, a saber del principio de eficiencia, ni tampoco del criterio de sostenibilidad fiscal; sin embargo, se debe reconocer que la aplicación del primero, esto es del fin inmediato, si maximiza el fin mediano.

3. La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos o negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales adversos a los que se adscribe⁶⁹⁰.

Esta regla expone que “... *Cuanto mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el derecho fundamental sobre otros principios constitucionales, mayor será su fundamentabilidad y, por lo tanto, mayor el peso que deberá otorgarse en la ponderación al principio constitucional al que se adscribe...*”⁶⁹¹.

Siguiendo lo dispuesto por esta regla, es claro que al ponderar los efectos sobre los “otros principios constitucionales” - sobre los cuales tienen influencia de un lado (a) el fin inmediato, y (b) de otro lado, los derechos fundamentales aducidos como conculcados – son estos últimos quienes tienen mayores efectos sobre otros principios constitucionales, pues indudablemente el principio de la seguridad jurídica corresponde la columna vertebral que diferencia al Estado Constitucional, y concretamente al Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano, de otras formas de organización de poder, como lo podrían ser el Estado Monárquico o Absolutista, en donde la incertidumbre, irregularidad y arbitrariedad son las características definitorias.

No sucede lo mismo con el principio de la eficiencia pues, pese a que este resulta ser bastante importante para garantizar una efectiva y justa distribución de los recursos, no constituye un requisito esencial para la materialización de todos los derechos fundamentales, ni corresponde a un elemento vital para mantener el tejido y la armonía social y la confianza en el derecho.

⁶⁹⁰ Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 60” del texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 975.

⁶⁹¹ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Op.Cit.p. 975.

4. El mayor peso de un principio en razón del reconocimiento de su prioridad en decisiones institucionales anteriores⁶⁹².

Esta regla expresa que “...*el peso del derecho fundamental en la ponderación será mayor si en alguna decisión institucional anterior se ha reconocido su prioridad sobre el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa, en razón de una intervención análoga...*”.

Ciertamente, existe un pronunciamiento hito en materia de reconocimiento del principio de seguridad jurídica, en el contexto de la aplicación retroactiva de normas en materia de seguridad social. Este pronunciamiento corresponde a la sentencia T-343 del 2014, en donde la misma Corte Constitucional, - autora de la *ratio* extraída de la sentencia C-250 del 2013, que maximiza el principio de eficiencia- , en aquella oportunidad expuso argumentos a favor de la protección de los derechos pensionales adquiridos y blindados por la confianza legítima y la actuación de buena fe de un ciudadano al que Colpensiones le estaba desconociendo su pensión de vejez, bajo información errónea sobre el número de semanas que había cotizado al sistema. En la sentencia en comento, la Corte afirmó que:

- “...*El principio de confianza legítima resulta ser una expresión del principio de buena fe, en virtud del cual las autoridades públicas están obligadas a respetar las expectativas jurídicas y legítimas creadas a los particulares con sus actuaciones. Esto implica que “al crearse expectativas favorables al administrado no puede, el ente público de manera sorpresiva, eliminar esas condiciones afectando palpablemente los derechos de aquél...*”⁶⁹³”

Sumado a lo anterior, también resulta pertinente traer a colación la sentencia “5 pensionistas contra Perú”, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2003. Antes de ahondar en las especificidades de esta sentencia, es necesario destacar que esta es incorporada en nuestro ordenamiento, en virtud del control de convencionalidad, que se erige como una ampliación del llamado “Bloque de constitucionalidad” a través del cual ingresan en el ordenamiento interno normas en materia de derechos humanos.

Para comprender la significancia del llamado “Control de convencionalidad”, resulta necesario hacer mención del marco jurídico que, a nivel interno, permite su desarrollo, a saber, el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual según el jurista colombiano Jaime Santofimio Gamboa:

- “...*entendido en su concepción material, se sustenta en la idea de la consolidación de una sociedad justa y equitativa con sujeción al ordenamiento jurídico, en donde el derecho y los principios generales al igual que los valores inspiradores del ordenamiento, se articulan en precisos conceptos ideológicos al servicio de las finalidades estatales, y las*

⁶⁹² Esta regla se encuentra recogida como la “regla número 61” del texto de Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, p. 976.

⁶⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-343 del 2014. 5 de junio de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sala de revisión N° 9.

necesidades o intereses generales, para lo cual el mismo Estado de Derecho desarrolla un complejo pero fortificado sistema de controles que permiten que los reales propósitos de la institucionalización del poder se hagan efectivos sustancialmente...⁶⁹⁴”.

Situados en este marco jurídico, es claro que para que se logren materializar todos los mandatos y finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, resulta de forzosa implementación un sistema de control o de “pesos y contrapesos” que garantice una vigilancia constante de las actuaciones estatales, y de su sujeción a la legalidad.

En ese orden de ideas, es claro que el control a las actuaciones del Estado se erige como un elemento fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho; control que, a su vez, se corporiza en dos estadios, uno a nivel interno con los órganos de control y la jurisdicción contenciosa administrativa, encargada de conocer de aquellos eventos en los que el Estado incurre en una acción u omisión, constitutiva de un daño antijurídico; el otro nivel, se sitúa a nivel internacional, en donde es posible encontrar diferentes organismos que vigilan las actuaciones del Estado. En este último escenario, es en donde aparece el llamado “control de convencionalidad”, como un control que deben realizar los jueces nacionales de cada uno de los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, en las decisiones que emita, teniendo como pauta a seguir los postulados contenidos en la Convención Americana.

Sin perder de vista lo anterior, es posible afirmar que el control de convencionalidad corresponde al “... término que se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen los jueces nacionales, cuando frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, dan prelación a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias. Este control ocurre, igualmente, cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana...⁶⁹⁵”.

En ese sentido, es claro que control de convencionalidad corresponde a la obligación de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁶⁹⁶.

Una vez establecida la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos se debe pasar a analizar, sucintamente, los hechos objeto de análisis en la sentencia citada. En esta sentencia la Corte discutió sobre la aplicación retroactiva de una disposición que reducía considerablemente las pensiones de un

⁶⁹⁴ BREWER, Allan y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2013. p. 136.

⁶⁹⁵ BREWER, Allan y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Control de convencionalidad...* Op. Cit p. 47.

⁶⁹⁶ CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cartilla sobre el Control de Convencionalidad.

San Jose: CIDH, 2014. Recuperado en:

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

grupo de servidores públicos que habían adquirido su pensión, después de 20 años de trabajo, bajo un régimen particular. En dicha oportunidad la Corte sancionó la aplicación retroactiva de dicha norma, que vulneraba los derechos adquiridos y de propiedad de tales servidores públicos. Lo anterior, bajo el siguiente argumento principal:

- *“...La Comisión concluye entonces que los efectos patrimoniales de un régimen pensional al cual se han efectuado contribuciones o cuyos requisitos legales se encuentran cumplidos, deben entenderse dentro del alcance del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana. En ese sentido, en términos generales y sin perjuicios del análisis sobre restricciones, en tanto la legislación interna establecía un mecanismo para el cálculo del monto de su pensión y las presuntas víctimas cumplieron con los requisitos establecidos en dicha ley, las pensiones y su correspondiente nivelación, entraron en su patrimonio...⁶⁹⁷”.*

Sumado a lo anterior, es necesario anotar que en esta decisión la Corte Interamericana estableció una serie de criterios generales por medio de los cuales se debían evaluar situaciones como la discutida en la presente ocasión; esto es, escenarios en los cuales se diese la aplicación retroactiva de una norma que afectase derechos consolidados de ciudadanos. A continuación, se citan los criterios fijados por la Corte Interamericana en dicha ocasión:

- *“...se debe tener en cuenta el siguiente test: i) si la restricción fue impuesta a través de una ley; ii) si la restricción obedeció a un fin legítimo en el sentido de realizar un interés social o de preservar el bienestar general en una sociedad democrática; y iii) si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin, y en todo caso, de no sacrificar la esencia del derecho a la pensión...⁶⁹⁸”.*

Vale la pena preguntarse si en el presente caso, en donde la medida juzgada -la *ratio* extraída de la sentencia C-250 del 2013 que expresa el principio de eficiencia- también comportó una aplicación retroactiva de una norma, afectando con ello derechos consolidados, fueron o no aplicados los criterios fijados por la Corte Interamericana; máxime si se tiene en cuenta que, a primera vista, es claro que una decisión judicial no se puede equiparar con una Ley.

7.2.1.2 Criterios empíricos: Análisis de la importancia de los principios desde su eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración.

Existen varios criterios empíricos para determinar la importancia de los principios. Estos principios son los siguientes:

⁶⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cinco pensionistas versus Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁶⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 38/09 Admisibilidad y fondo Asociación Nacional de Ex servidores del Instituto peruano de seguridad social.

✓ **Eficacia:**

En atención a esta regla resulta claro que la medida -el principio de eficiencia expresado en la *ratio* extraída de la sentencia C-258 del 2013- logra maximizar el fin mediato que, en últimas, pretendía satisfacer, a saber, el principio de eficiencia y el criterio de sostenibilidad fiscal; Sin embargo, no se puede perder de vista que esta maximización no se trata de una maximización sustancial, en tanto los efectos económicos de esta medida no comportan una consecuencia macroeconómica significativa.

Rapidez:

Resulta claro que la medida si resulta ser bastante rápida en tanto la Corte Constitucional, al fijar la norma objeto de análisis, determinó, a su arbitrio, una fecha concreta a partir de la cual la norma comenzaría a tener efectos, a saber, la fecha del 1 de julio de 2013, pues en la *ratio* de la sentencia C-258 del 2013, objeto de análisis, la Corte estableció que la reducción de las mesadas pensionales que superasen el monto de 25 SMLMV, se llevaría a cabo de manera automática desde esta fecha.

Cabe anotarse que, pese a que la medida juzgada reporta importantes beneficios en materia de rapidez, al mismo tiempo está conformada por elementos de dudosa justificación constitucional, como lo es la fecha que se fijó como la fecha de “apertura”, a partir de la cual la norma comenzaría a tener plenos efectos jurídicos. Esto se afirma en razón a que no hay argumento alguno que sustente el arbitrio con el cual fue establecida esta fecha y no otra. Vale la pena preguntarse el ¿Por qué no se fijó antes? o el ¿Por qué no se fijó después? Naturalmente, estas preguntas no tienen una respuesta cierta, pues en el texto de la sentencia no hay evidencia de ningún argumento razonable que dé cuenta del porqué se seleccionó esta fecha en particular.

□ **Probabilidad:**

En punto a esto, es claro que la medida legislativa si ofrece una alta probabilidad de alcanzar el fin inmediato; sin embargo, la maximización del mismo y del fin mediato- la eficiencia-, una vez se de aplicación de la medida, no es considerable ni realmente significativa, en tanto- como ya fue expuesto- la reducción de estas mesadas pensionales al tope único de los 25 SMLMV fijado con la *ratio* de la sentencia C-258 del 2013, no representa en términos macroeconómicos una cifra significativa.

□ **Alcance:**

Ciertamente, el alcance o el nivel de irradiación de la medida- la *ratio* ya expuesta- en otros derechos y principios no es significativa, pues el principio de la eficiencia aparece consagrado constitucionalmente, en conexidad especial con la administración de los recursos del Sistema de SS; pero, más allá de esto, no aparece un vínculo con otros principios; siendo el más cercano el principio de redistribución de los recursos en aras de garantizar una mayor equidad social. Sin embargo, el hecho de que se fije este tope a las mesadas pensionales no es una garantía

inmediata de que estos recursos serán usados para distribuirse más equitativamente, dada la compleja configuración y administración de los recursos públicos.

□ **Duración:**

La duración de la decisión es bastante óptima, pues comporta un mandato que solo podría ser modificado por otra decisión de un Tribunal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, competente para juzgar las actuaciones que desbordan los mandatos establecidos por parte de cualquiera de los poderes de un Estado que haya ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya comisión haya comportado la realización de hechos ilícitos internacionales; esto se afirma, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional constituye el máximo tribunal de cierre en asuntos constitucionales al interior del ordenamiento colombiano.

7.2.2 LA CONSTRUCCIÓN DE LA RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA ENTRE LOS PRINCIPIOS QUE SE PONDERAN.

7.2.2.1 Ley de la ponderación.

De acuerdo con esta ley, para poder dibujar el hilo conductor de las premisas que soportan la elección de la prevalencia de un principio sobre otro en el caso concreto, es posible aplicar tres pasos: "... En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro...⁶⁹⁹".

Bajo este criterio, será necesario delimitar muy bien cuáles son los principios que se contraponen; pues solo así se podrán dilucidar con claridad los argumentos que compondrán cada uno de los extremos objeto de ponderación. En ese sentido, resulta necesario especificar con claridad, de un lado, cuáles son los fines mediatos perseguidos por la medida legislativa base y de otro lado, cuáles son los derechos fundamentales intervenidos o presuntamente conculcados por la misma medida.

En primer lugar, se determinará cual es el derecho fundamental intervenido, pues una vez identificado este será mucho más fácil identificar su "opuesto", ya que se tratará solo de analizar cuál es el principio que está obstruyendo la aplicación prevalente de aquel supuesto derecho fundamental conculcado.

En este punto, resulta bastante pertinente anotar que tal como lo menciona el jurista Robert Alexy, el ejercicio de la ponderación es pasible de ser aplicado solo respecto de los principios, y más concretamente respecto de aquellos escenarios en donde se presenta una "colisión de principios"⁷⁰⁰. Según Alexy:

"Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera fundamentalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión -tal y como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido, y según otro principio algo está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios procede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de la cual es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso, y que prima el principio con mayor peso...⁷⁰¹".

En sentido contrario, cuando son las reglas quienes entran en conflicto, las cosas y el análisis que se debe realizar es sustancialmente distinto, en tanto "...los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios -como quiera que solo puedan entrar en colisión principios válidos- tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso...⁷⁰²".

Ahora bien, concretizando lo expuesto al presente juicio de proporcionalidad, y teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de este texto, resulta claro que el presunto

⁶⁹⁹ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Op.Cit.p. 991.

⁷⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. Cit. p. 70.

⁷⁰¹ *Ibíd.* p. 71.

⁷⁰² *Ibíd.* p. 71.

principio o derecho fundamental intervenido y afectado por la aplicación de la medida -el principio de eficiencia expresado en la *ratio* inferida de la sentencia C-258 del 2013- corresponde al principio de la seguridad jurídica, que da fundamento y legitimidad al ejercicio del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, articulado con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima respecto de las actuaciones del Estado.

Cabe anotarse que, en el presente caso, se considera bastante apropiado realizar una lectura del principio de la seguridad jurídica, de la mano de los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima respecto de las actuaciones del Estado, en tanto a la luz del vigente Estado Constitucional, los derechos y los principios deben ser leídos desde un enfoque integral que garantice una maximización y comprensión articulada de los mismos. En palabras del jurista alemán Robert Alexy, resulta necesario “...el ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental, (...) lo cual corresponde en últimas a, la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental...⁷⁰³”. Es por esto, que para el caso concreto, y en aras de maximizar la interpretación del principio de seguridad jurídica, se considera pertinente acompañar su lectura de los otros tres principios citados.

De otro lado, respecto de la delimitación del principio que juega en sentido contrario, también ha sido enunciado con suficiente claridad que aquel constituye el fundamento y la justificación de la aplicación de la medida en comento – la *ratio* extraída de la sentencia C-258 del 2013-, y que se concretiza en el principio de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, apalancado en el criterio de la sostenibilidad fiscal.

Una vez ubicados los extremos del ejercicio de ponderación, en las líneas siguientes se procederá a la concreción del mismo.

a. Grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

Con base en todo lo anterior, es posible afirmar que el grado de no satisfacción del presunto *derecho fundamental intervenido* -la seguridad jurídica, articulada con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima respecto de las actuaciones del Estado, que constituyen el caparazón del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez- si es bastante, pues lo que está en juego es la aplicación retroactiva de una norma, a saber, el Acto Legislativo 01 del 2005.

La aplicación retroactiva de las normas es un asunto que como, regla general, no es permitida, pues es vista como una afectación de la seguridad que tiene el ciudadano en que las normas tienen efectos y plena vigencia a partir del momento en el que fueron creadas; en ese sentido, la retroactividad de una norma supone pasar por alto esa seguridad y confianza del ciudadano en el normal funcionamiento y vigencia temporal de las normas. Y es precisamente esto lo que ocurre en el presente caso, pues la Corte Constitucional a través de la medida objeto de debate- el principio de eficiencia expresado en la *ratio* extraída de la sentencia C- 258 del 2013- introdujo como un nuevo enunciado normativo la aplicación retroactiva del acto legislativo en comento.

Sin embargo, conviene abundar un argumento, pues además de esto, es decir de la aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 de 2005, la medida juzgada –la *ratio* extraída de la sentencia C- 258 del 2013 que expresa el principio de eficiencia- en materia de protección de los derechos de los servidores públicos afectados por la

⁷⁰³ *Ibíd.* p. 215.

medida, resulta cuestionable por otra razón particular, a saber: porque la decisión pasó por alto la interpretación literal que debía de hacerse del párrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto este Acto era bastante claro en lo que respecta al momento de su entrada en vigencia, ya que expresaba con total claridad que el mismo solo tendría efectos a partir del 31 de julio de 2010. A continuación, se trae a colación la norma en comento para mayor claridad:

- *“A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”.*

En ese sentido, es clara la doble vulneración del principio de la seguridad jurídica, en tanto (1) se aplicó retroactivamente una norma- el párrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005- , pero además (2) dicha aplicación fue realizada en contra de sentido literal del mismo, contraviniendo la llamada “interpretación gramatical”; la cual a la luz de la Ley 57 de 1887- completamente vigente en nuestros días- , corresponde a la principal forma en la que se deben interpretar las normas, siempre que su sentido sea claro; y no hay duda alguna de que el párrafo primero del artículo 01 del 2005, era bastante claro pues su tenor literal advertía que este solo tendría vigencia a partir de las pensiones causadas después del 31 de julio del 2010, y no antes.

A continuación, para una mayor claridad se cita la norma en comento, que refiere a la interpretación gramatical, contenida en el artículo 27 de la Ley 57 de 1887:

- *“ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL.
Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.*

En ese orden de ideas, es claro que el principio de la seguridad jurídica se ve altamente lesionado o insatisfecho en el caso concreto.

b. Importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

Ahora bien, observando el debate desde el extremo opuesto, a saber desde el fin mediato, que corresponde en este caso a la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, y al criterio de la sostenibilidad fiscal, es claro que la importancia de la satisfacción del mismo no es significativa de cara al total de los recursos del sistema, pues situados en el escenario en el que se reconociesen los derechos adquiridos de los servidores públicos afectados por la medida base, de manera fiel a como lo obtuvieron, esto es sin ningún tipo de condicionamientos o restricciones a un monto específico- para el caso, el monto de los 25 SMLMV fijado por la medida de la Corte Constitucional, extraída de la Sentencia C-258 del 2013- es claro que, pese a que esto, naturalmente comportaría unas erogaciones, manifestadas en los subsidios estatales para completar la pensión de vejez de todos aquellos beneficiarios por la medida, lo cierto es que tales beneficiarios corresponden, además, a un grupo poblacional bastante bien delimitado, es decir, no se trata de una medida con efectos universales para cualquier ciudadano colombiano, sino que se trata de una medida que tendrá efectos sobre un grupo particular y concreto: determinados servidores públicos cuya situación jurídica en materia de seguridad social, se encuentra regulada bajo la Ley 4 de 1992, y que efectivamente alcanzaron dicha prestación al cumplir con los requisitos exigidos por la ley; sumado al hecho de que debieron haber alcanzado dichos requisitos obrando bajo las máximas de la buena fe, y amparados por la confianza legítima.

Lo anterior, sumado al hecho de que lo que se busca garantizar con tales recursos estatales objeto de discusión, es la plena garantía de una prestación periódica como la pensión de vejez, la cual además de ser considerada un derecho social fundamental bajo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también corresponde a una prestación que pese a ser vitalicia, tiene un punto final determinado, que corresponde al deceso de los beneficiarios mismos, a saber servidores públicos que se encuentran en la etapa de la vejez; y que por lo tanto deben ser merecedores de un especial tratamiento.

c. ¿la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro?

Evidentemente, en el caso concreto resulta proporcionado permitir que prevalezca el principio de la seguridad jurídica respecto del principio de la eficiencia, pues ciertamente la importancia de satisfacer el primero es vital, ya que, en la hipótesis contraria en la cual se optase por anular a este, en aras de satisfacer el principio contrapuesto- el de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, leído a través del criterio de la sostenibilidad fiscal- se terminaría por generar un daño mucho mayor a aquel que se genera con la negación – para el caso concreto- de este último. De manera un poco más esquemática, en el caso en el cual se diese un trato preferente al principio de la eficiencia, se terminaría por hacer nugatorio el principio que corresponde al presupuesto básico para que el individuo pueda desarrollar su plan de vida y ejercer sus derechos con completa libertad, pues si no se tiene certeza jurídica sobre las normas y las formas en que estas se pueden hacer efectivas, el ciudadano siempre estará expósito a que el Estado arbitrariamente le cambie las reglas del juego, sobre lo que aquel ya trabajó, o sobre lo que consideraba como legal.

En sentido contrario, en el escenario propuesto, y por el cual se aboga, a saber en el que se de prevalencia al principio de la seguridad jurídica -que da fundamento y legitimidad al ejercicio del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, articulado con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima respecto de las actuaciones del Estado, pese a que esto traería consigo, de manera inmediata, una afectación evidente al principio de la eficiencia de los recursos del Sistema de SS, se debe destacar que: primero, no se trata de una afectación desproporcionada, o que afecte de manera radical los recursos estatales, y segundo, que esta afectación se justifica en aras de salvaguardar los derechos fundamentales constitucionales del respeto por los derechos adquiridos, la buena fe, la confianza legítima, y, en últimas, la seguridad jurídica, como presupuesto necesario para garantizar el derecho fundamental constitucional a la seguridad social de este grupo de servidores públicos que vio mermado el reconocimiento del mismo, por la aplicación retroactiva del párrafo primero del Acto Legislativo 01 del 2005.

Sobre este punto, resulta necesario hacer especial énfasis en tanto- si se sigue con cuidado la argumentación expuesta en el párrafo precedente- existe una especie de consecuencialidad entre la protección al derecho a la seguridad jurídica y la maximización y goce pleno del derecho fundamental constitucional a la pensión, pues, para el caso concreto, solo si se respeta en términos fieles la asignación pensional que obtuvieron los servidores públicos afectados por la aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 del 2005, se podrá garantizar que estos gocen de manera plena de su derecho a la seguridad social, y concretamente del derecho fundamental a la pensión; que como ya fue expuesto goza de una especial protección constitucional, al estar ligado además al derecho fundamental a la subsistencia, como fue expresado en la Sentencia T-045 del 2016, en donde se afirmó lo siguiente:

“...Pese a la diferencia que existe entre la pensión de jubilación por aportes y la pensión de vejez, su finalidad no es otra que recompensar el desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se sometieron las personas que a lo largo de su vida han laborado, garantizándoles unas condiciones mínimas de subsistencia. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuesta a un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral...⁷⁰⁴”.

En atención a lo anterior, resulta muy importante garantizar la protección del principio de la seguridad jurídica.

7.2.2.2 Formula del peso.

Una vez desarrollado todo el análisis en punto a la determinación del nivel de importancia de cada uno de los principios contrapuestos en el caso concreto, se procederá a diagramar el peso concreto de cada uno de los principios en juego, para ver en términos numéricos como uno de estos prevalece en la situación particular.

La aplicación de la “fórmula del peso” es un procedimiento para determinar el peso concreto del principio P1, en relación con el principio P2, a la luz de las circunstancias de un caso. Esto se realiza con el objetivo de establecer una “*relación de precedencia condicionada*” entre los principios⁷⁰⁵. Dentro de dicha fórmula del peso, son tomadas en cuenta las siguientes variables: la primera de estas corresponde a la evaluación del grado de no satisfacción o afectación de un principio, el segundo factor coincide con la evaluación del peso abstracto, y, el tercer y último elemento que se debe incluir en la fórmula del peso hace referencia al nivel de seguridad en punto a la asignación de valores de cada principio; esto es, al análisis sobre si las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras.

En ese sentido, y teniendo en cuenta la línea argumentativa expuesta hasta este punto, es posible hacer la siguiente asignación empírica de valores numéricos para este caso concreto:

Tabla 19. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable del Ingreso Base de Liquidación.

Derechos- Principios contrapuestos.	Variables.		
	Importancia del grado de no satisfacción afectación del principio.	Importancia abstracta.	Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas.

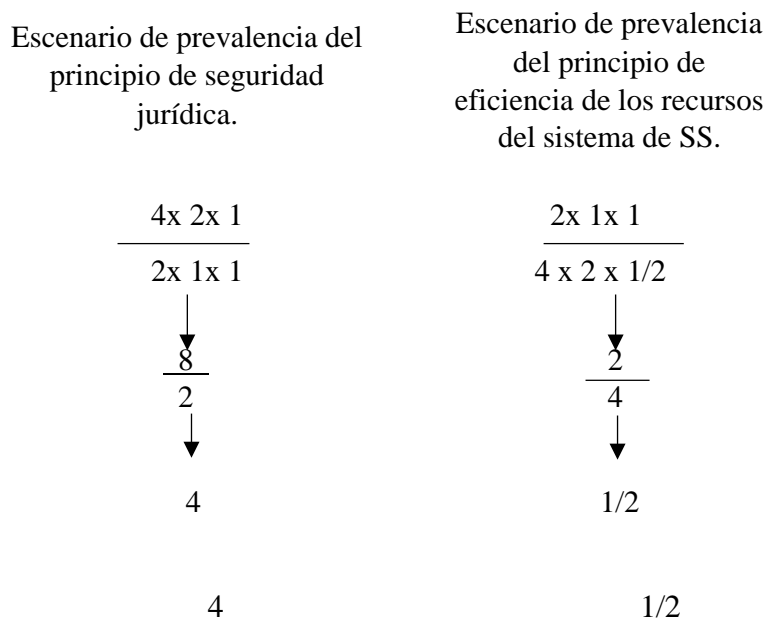
⁷⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-045 del 2016. 10 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sala de revisión N° 7.

⁷⁰⁵ BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Op.Cit.p. 984.

Principio de seguridad jurídica.	4	2	1
Principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS.	2	1	1

Esta tabla puede ser graficada también numéricamente de la siguiente manera:

Gráfico 18. Graficación de la Ley de la ponderación para la variable de ingreso base de liquidación.



Es claro, que la protección del principio de seguridad jurídica -que da fundamento y legitimidad al ejercicio del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, articulado con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima respecto de las actuaciones del Estado-, ofrece un mayor beneficio en el caso concreto. Sin embargo, a continuación, se dará cuenta de manera detallada del porqué se asignaron tales valores numéricos.

✓ **Importancia del grado de no satisfacción o afectación del principio.**

- **Principio de seguridad jurídica.**

En el caso concreto, la importancia de la afectación o no satisfacción del “principio de seguridad jurídica”, resulta ser bastante relevante, pues este principio, sin duda alguna, constituye el principio fundamental para que se pueda predicar el ejercicio de los otros derechos, y, particularmente, para que el ser humano pueda desarrollar sus acciones con completa libertad y tranquilidad, teniendo presente que sus efectos no serán modificados intempestiva o sorpresivamente por el Estado; máxime, si se tiene en cuenta que en el caso concreto la protección del principio de la seguridad jurídica

traería como consecuencia la salvaguardia directa de los derechos adquiridos de un grupo de servidores públicos que actuaron de buena fe, en los términos precisos en los que obtuvieron la consolidación de los mismos, a saber sin ningún condicionamiento o tope; ello, en atención a que estos ciudadanos obtuvieron tal derecho adquirido, bajo la confianza que depositaron en la estabilidad jurídica ofrecida por el Estado, que durante un considerable periodo de tiempo avaló la normativa bajo la cual alcanzaron su pensión.

En ese sentido, es claro que la importancia de la no satisfacción o afectación del principio de seguridad jurídica resulta ser un tema bastante preocupante, pues su negación comportaría la negación de otros derechos y principios como lo son el respeto de los derechos adquiridos, la buena fe y la confianza legítima; lo cual comportaría, en últimas, una afectación en el derecho fundamental a la pensión, en cabeza de un grupo de personas, que al actuar de buena fe, merecen gozar de sus mesadas pensionales en los términos precisos en las que las adquirieron.

En este punto, resulta pertinente, destacar la naturaleza del derecho constitucional a la pensión de vejez, entendido como un derecho de protección, en donde “...*el titular del derecho fundamental frente al Estado (...) ostenta tal derecho para que el Estado lo proteja de intervenciones de terceros...*”⁷⁰⁶. En ese sentido, el derecho fundamental a la pensión es un derecho prestacional que implica acciones positivas de parte del Estado, acciones en donde este debe obedecer los mandatos de proteger o promover la garantía del mismo.

Por todo lo anterior, esto es, en razón de la gran importancia del principio de la seguridad jurídica, que, en el caso concreto, se le asignó en valor de “4”, que corresponde al máximo valor que puede ser asignado.

- Principio de eficiencia.

Para el caso concreto, es claro que la afectación o no satisfacción del principio de eficiencia, apalancado con el criterio de la sostenibilidad fiscal, no constituye un gran agravio al ordenamiento jurídico que caracteriza el Estado Colombiano presente, a saber un Estado Constitucional, en donde los derechos fundamentales, pese a no ser absolutos o ilimitados, si resultan ser el principal objetivo del Estado, pues precisamente todas sus fuerzas se unen para lograr una efectiva materialización de los mismos; y es en ese contexto, en el cual la sostenibilidad fiscal debe servir como un principio instrumental para alcanzar tal fin primordial del Estado.

Lo anterior implica que el principio de eficiencia no puede convertirse en un “inconveniente” en el camino de la concreción de los derechos fundamentales, particularmente del derecho fundamental a la seguridad social, materializado en el canal de la pensión de vejez, el cual en el caso concreto se ve aminorado por la medida acusada- el principio de eficiencia expresado en la *ratio* extraída de la Sentencia C-258 del 2013- en tanto a través de una aplicación retroactiva y alejada del tenor literal del párrafo primero del Acto Legislativo 01 del 2005, desconoce el principio de la seguridad jurídica y, con ello, termina por aminorar el derecho a la seguridad social, en tanto introduce un reconocimiento condicionado infiel a las circunstancias y derechos adquiridos por el grupo de servidores públicos afectados por la medida.

Por lo tanto, una afectación al principio de la eficiencia, para el caso concreto, corresponde a una afectación menor, si se le compara con la afectación que sufriría el

⁷⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. Cit. p, 398.

principio de seguridad jurídica, en caso de que la medida juzgada llegase a ser aplicada; sin embargo, es innegable que los subsidios del sistema contributivo, al hacer parte de los recursos estatales, si corresponden a un tema sensible, pues son precisamente estos, unos de los típicos canales con los cuales se logra la consecución de muchos derechos fundamentales constitucionales. Por ello, el valor asignado para el principio de la eficiencia es de “2”, a saber, el valor intermedio, en tanto, como ha sido expuesto a lo largo del presente texto, existen argumentos que lo posicionan como un principio trascendental, y otros tantos que, situándolo en el caso concreto, y al ponderarlo con el de la seguridad jurídica, aminoran su valor.

➤ **Importancia abstracta de los principios.**

- **Principio de seguridad jurídica.**

El principio de seguridad jurídica, analizado de manera abstracta, esto es, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto, y sin situar el principio en el marco de los hechos objeto de debate en la presente ocasión, resulta claro que goza de una monumental importancia, pues –como ya se expuso- este hunde sus cimientos en el Estado de Derecho⁷⁰⁷ y siguió siendo parte de los principios vertebrales del actual Estado Constitucional; no obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta que este principio no puede ser equiparable con un derecho fundamental como el de la vida o la dignidad humana, en tanto estos últimos representan la condición mínima para que se puedan ejercer todos los otros derechos y principios, como el de la seguridad jurídica.

De igual modo, el respeto por estos derechos y principios, que corresponde –principalmente- al ejercicio de una obligación negativa de respeto por parte del Estado, no pueden ser equiparados con el respeto que se debe tener hacia derechos tan sustanciales como la vida, pues esta última constituye el requisito *sine qua non* para que se pueda hacer ejercicio del significativo catálogo de derechos que debe respetar y garantizar el Estado. En ese sentido, pese a que los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima, son muy importantes, estos no pueden ser puestos en el mismo plano de importancia respecto de la vida o la dignidad humana, por lo tanto, se entiende que su importancia es intermedia, con lo cual se le asigna el valor de “2”.

- **Principio de eficiencia.**

Este principio objetivamente analizado, de manera similar al anterior resulta ser importante para el buen manejo de los recursos públicos del Estado; esto es, una economía caracterizada por un balance efectivo entre egresos e ingresos, en donde ni el uno ni el otro resulten desproporcionados. Sin embargo, y al ser analizado objetivamente, no se puede negar que el principio de eficiencia apalancado con el criterio de la sostenibilidad fiscal tiene una marcada esencia instrumental, en el sentido de que su principal potencial se concentra en servir de puente o de herramienta para la consecución de los fines del Estado. En razón a esto es que se le asigna el valor de “1”.

➤ **Nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas.**

En punto a este último elemento de la fórmula del peso, es de destacar que evidentemente los principios contrapuestos revisten características bastante particulares y diferenciadas; ello se afirma, en razón a que de un lado el principio de la seguridad jurídica representa una máxima casi que inquebrantable dentro de nuestro Estado Constitucional actual, mientras que de otro lado, el principio de la eficiencia de los

⁷⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 1216 del 2005.

recursos del Sistema de SS, se presenta como un principio de tipo mucho más instrumental, que no constituye un fin en sí mismo, sino el medio para poder garantizar una mayor cobertura en la protección de los derechos fundamentales constitucionales.

En ese sentido, y en atención a que de un lado el principio de seguridad jurídica resulta ser casi que un principio innegociable y estructurante del actual Estado Constitucional, se le asigna el valor de “1” al nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas usadas para argumentar a favor del mismo. De otro lado, respecto del principio de eficiencia, también es claro que en razón a que este tiene un carácter mucho más técnico e instrumental, su argumentación resulta ser objetiva, razón por la cual el valor asignado en punto al nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas es de “1”.

7.2.2.3 Conclusión- Regla concreta para el caso en términos de una “relación de precedencia condicionada”.

Una vez se concatenan todos los elementos expuestos en cada una de las fases del “Juicio de

Proporcionalidad”, resulta claro que al analizar los hechos concretos de este caso, debe prevalecer el principio de seguridad jurídica -que da fundamento y legitimidad al ejercicio del derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, articulado con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima respecto de las actuaciones del Estado-, sobre el principio de eficiencia, pues el primero corresponde a uno de los principios fundantes del Estado Constitucional Colombiano, sumado al hecho de que está ligado a importantes principios como lo son la buena fe, el respeto por los derechos adquiridos y la confianza legítima; con lo cual su desconocimiento comportaría no solo pasar por encima de un principio de gran significado y contenido constitucional, sino también la desvertebración de la seguridad, estabilidad y confianza que deben tener los ciudadanos respecto del Estado.

TERCERA PARTE.
CONCLUSIONES Y
PROPUESTAS.

CAPITULO X. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES PARAMETRICAS.

En este acápite, se hará una exposición de las conclusiones extraídas de cada una de las variables estudiadas. Ello implica que se expondrán conclusiones diferenciadas para las variables de género, edad, ingreso base de cotización e ingreso base de liquidación.

➤ CONCLUSIONES SOBRE LA VARIABLE “GÉNERO”

Al acometer el estudio de la variable del género, esta tesis logró poner de presente que el género es una variable a la que, normalmente, no ponemos en discusión, esto es, una variable que pareciese partir de concepciones o reglas sociales tradicionales, discriminatorias y con un cierto margen de peligrosa estaticidad.

Estas concepciones tradicionalistas, tienen su punto de partida en aquella dicotomía de lo público/privado, según la cual son los hombres quienes deben protagonizar todos aquellos espacios que hagan parte de la vida pública, relegando así a las mujeres a los espacios de la vida íntima y privada. Lo que se pasa por alto con ello, es que, tradicionalmente, al hombre se le suele asignar el único rol de trabajar, mientras que la mujer debe dividir su tiempo, su cuerpo y su mente en tres roles fundamentales, a saber: el rol reproductivo, el rol de la economía del cuidado, y el productivo. Siendo el primero, un rol que, por naturaleza, solo puede ser desarrollado por la mujer, y el segundo, un rol que, pese a que podría ejercerse paritariamente entre hombres y mujeres, resulta ser asignado con una exclusividad innegociable, a las mujeres.

Lo anterior, pone de presente que la mujer debe asumir una triple carga, pues de un lado (i) es la única que puede permitir engendrar una vida en su interior, lo cual conlleva un desgaste natural de su cuerpo y de su mente; de otro lado (ii), en los eventos de “dependencia” de las personas de la familia, en los estados de enfermedad tal que le impida ser independiente, o en aquel en donde sea necesario prestar atención y cuidar de una persona de avanzada edad, generalmente quien desempeñará este rol, será una mujer, pues es ella a quien se le asigna la llamada “economía del cuidado” como una obligación de forzosa aceptación; y finalmente (iii) en el escenario en que las condiciones económicas del hogar no sean sostenibles, la mujer debe combinar sus anteriores roles, con los de mujer productiva y trabajadora.

Bajo este escenario, - como fue expuesto en el estudio particular del componente de “género”, resulta claro que la mujer debe soportar unas cargas diferentes a las del hombre, que a todas luces no resultan proporcionales; razón por la cual, necesita una protección especial, una protección que responda a las desigualdades naturales que hay entre hombres y mujeres, y que materialice la aplicación efectiva del derecho fundamental a la igualdad de género.

De manera posterior, y una vez se pusieron de presente las diferencias naturales que existen entre hombres y mujeres, en el acápite correspondiente, esta tesis abordó un

estudio detallado de las diferentes etapas y transformaciones que sufrió la mujer a lo largo de la historia, con el objetivo de dar cuenta de la segunda fuente de desigualdad a la que ha sido sometida la mujer, a saber: la desigualdad histórica. En ese contexto, y sin el ánimo de reiterar la información que ya fue expuesta, si resulta bastante pertinente traer a colación las reflexiones hechas en el último periodo de este estudio, a saber, aquel correspondiente al cambio y reestructuración del concepto de “género”, pues resulta innegable que este concepto debe ser leído de la mano de la actual complejidad social que incluye una constante lucha por la reivindicación de la identidad femenina, dejando de lado tradicionales visiones sexistas, en donde solo se consideraba mujer a aquel ser humano que cumpliera con los requisitos y características que la sociedad esperaba, tuviera una mujer.

Sin embargo, todo lo expuesto hasta este punto, no tendría una significación clara de no ser por la puesta en escena de las siguientes preguntas: ¿Se han o no superado las barreras ideológicas que impedían concebir a la mujer como un ser par al hombre, y merecedora de los mismos derechos? y, ¿Las medidas tomadas corresponden efectivamente a una aplicación de la pretensión de corrección, que debe perseguir todo sistema jurídico constitucional- o solo resultan ser medidas débiles para aletargar o adormecer la lucha por la igualdad de género?

Para dar respuesta a dichas preguntas, se decidió tomar por fuente primaria a la realidad misma, esto es, al mercado laboral, como la fuente que nos permitiría analizar si efectivamente la mujer goza de un tratamiento favorable en clave de igualdad material como lo expresara Dworkin, o si, por el contrario, y con base en los tradicionales argumentos que sustentan la igualdad formal, estaba siendo tratada de manera exactamente igual que el hombre; lamentablemente, los resultados no fueron alentadores.

La mujer en el mercado laboral se ve altamente afectada por agudos fenómenos que solo profundizan aún más la injusticia e inequidad social, algunos de ellos son: la desigualdad en los ingresos, las diferencias en las actividades desarrolladas por hombres y mujeres, y la manera en que el subempleo o la informalidad ataca de manera diferenciada a cada género, la inestabilidad laboral a la que se ven sometidas las mujeres de manera mayoritaria, y la prolongación de la “economía del cuidado” no remunerada. Esto resulta ser una muestra fehaciente de la fragilidad de la mujer en el mercado laboral; sin embargo, no se puede perder de vista que este es solo un esbozo a brevedad, respecto de la complejidad que se esconde tras el segmentado mercado laboral colombiano.

Naturalmente, el estado de cosas anterior resulta ser el caldo de cultivo para que las mujeres no puedan acceder al derecho fundamental de la pensión de vejez en igualdad de condiciones respecto de los hombres pues, como fue demostrado en el acápite de género, solo una de cada cinco mujeres logra pensionarse. Lo cierto, es que esto es una consecuencia directa del hecho de que la mujer no cuente con las mismas garantías laborales de las que goza el hombre: no tiene acceso a los mismos empleos, no puede cotizar al Sistema de SS, con la misma regularidad con la que cotiza un hombre, pues esta se encuentra propensa a la maternidad, la crianza de los hijos, y actividades del hogar; sumado al hecho de que- como fue expuesto- recibe menos ingresos, y se encuentra más propensa a la informalidad laboral.

Ahora bien, con el anterior marco se procedió a realizar el juicio de proporcionalidad a la sentencia C-410 de 1994. En dicha sentencia, la Corte Constitucional decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la ley 100

de 1993. Estos artículos guardan en común el hecho de establecer edades diferenciadas para los hombres y mujeres en lo que respecta al acceso a la pensión de vejez y el disfrute de la pensión sanción.

En ese marco, se decidió contraponer al derecho fundamental a la pensión, fundado en la igualdad material de género, con el derecho a la igualdad formal, concluyéndose que para el caso concreto había que dársele mayor relevancia al derecho fundamental a la pensión para las mujeres, sobre el derecho a la igualdad formal; ello en razón a que la norma que introduce la diferencia de edades fue analizada por la Corte Constitucional en clave de derecho fundamental, en el marco del actual Estado Social y Democrático de Derecho, superando con ello la visión clásica del Estado de Derecho, en donde la igualdad formal era suficiente y en donde se consideraba legal que el acceso a la seguridad social y garantía del derecho a la pensión, se rigiese por las mismas formalidades para hombres y mujeres, obviando con ello, las diferencias naturales e históricas que hacen que las mujeres merezcan un trato diferenciado.

➤ **CONCLUSIONES SOBRE LA VARIABLE “EDAD”.**

De cara a la variable de la edad, la presente tesis doctoral partió por reconocer que el estudio de este concepto podría, y en efecto ha sido abordado por diferentes disciplinas – como lo es la economía, la sociología, la demografía y las ciencias de la salud-, siendo el derecho, el espacio académico que más debilidades presenta; razón por la cual, se consideró pertinente acometer un estudio de la misma, que permita, desde el derecho y otras disciplinas, comprender un concepto multifacético como lo es la edad y su impacto sobre las instituciones jurídicas.

En tal sentido, resulta inevitable partir por señalar que la edad se configura a través de unidades de tiempo como los años, los meses, las semanas, los días, las horas, los minutos, los segundos, entre otros; todo ello con el objetivo de facilitar la organización de las sociedades y su gobernanza. Sin embargo, este no ha sido el único beneficio acuñado a la edad, pues indudablemente esta también ha resultado bastante útil para servir como una “pauta” o “criterio” a partir del cual es posible alcanzar o perder un objetivo o algún derecho, entre ellos el derecho a la pensión de vejez.

Sin embargo, y como se señaló en un inicio, la edad ha sido una variable abordada desde diferentes disciplinas, siendo la medicina quien ha aportado elementos comunes de comprensión de la misma, que por lo demás han resultado bastante útiles para analizar la importancia de la misma en el escenario de las pensiones. En este contexto, la edad es comprendida como una noción ligada a una serie de transformaciones biológicas que, aunque son comunes a todos los seres humanos, no son pasibles de ser estandarizadas, pues cada cuerpo es diferente, y cada ser humano tiene unas particulares condiciones económicas, sociales y hasta culturales, que determinan la manera en que será o no afectado por la vejez. En ese sentido, resulta claro que el resultado o calidad de vida que se obtenga en la vejez, resultara ser una consecuencia directa de todo aquello que se construyó a lo largo de la vida.

Lo anterior, a la luz de la normatividad colombiana en materia de seguridad social, nos lleva a señalar que la edad, además de ser una categoría de estudio de múltiples disciplinas, también resulta ser un requisito especial, de cara a la causalidad u obtención del derecho fundamental a la pensión de vejez, pues solo quien cumpla con una determinada edad -sumado a otros requisitos- podrá gozar de la misma. Así mismo, una vez obtenida la pensión, gracias al cumplimiento de la causalidad de la misma, es la edad – así como los otros requisitos necesarios para obtener la pensión-

la que permite que esta se siga disfrutando, evidenciándose con ello que es esta la que permite el mantenimiento de los derechos.

Todo lo anterior resulta ser una consecuencia del ciclo vital natural - compuesto por otras tres etapas anteriores: la infancia, la juventud y la adultez- por las que pasan todos los seres humanos; ciclo, que corresponde a una periodización de la edad, y que además resulta ser una herramienta bastante útil para identificar en que etapas se está frente a un inminente “riesgo social” que amerite una intervención prioritaria del Sistema de SS, pues, indudablemente, hay ciclos de la vida en donde resulta indispensable una protección especial, como lo es la vejez, pues como fue expuesto en las líneas anteriores, las personas de la tercera edad enfrentan unos riesgos especiales, consecuencia de su decaimiento físico y emocional, que ameritan que sean cubiertos bajo una protección especial. Lo cual no quiere decir que estas personas se encuentren en un completo estado de indefensión y dependencia, pues es claro que – como fue expresado con amplitud en el acápite referido a la edad- la etapa final de la vejez, y la calidad de la misma, serán una consecuencia de aquello que se realizó en los ciclos anteriores.

Lo cierto es que, actualmente, estamos frente a un innegable y al parecer inevitable fenómeno de envejecimiento paulatino de nuestras sociedades; un envejecimiento, que pareciera haber acelerado de manera más exponencial en Latinoamérica, en los últimos años. Ello pone de presente un gran problema: la tendencia actual en la disminución de la población joven, menor de 15 años, acompañada del aumento acelerado de la población mayor de 65 años. Este envejecimiento de nuestras sociedades pone en riesgo el modelo pensional colombiano basado en el principio de la “solidaridad intergeneracional”, según el cual las generaciones presentes aportarán lo necesario para sufragar los gastos de las pensiones de aquellas personas que se están pensionando en estos momentos, pero si la población envejece y hay un menor número de personas jóvenes, lo más probable es que la relación se invierta y llegue al punto de dejar de ser sostenible.

Ahora bien, de la misma manera en la que se procedió en el estudio de la variable de género, se consideró pertinente para el estudio de la “edad”, auscultar un poco la situación laboral en la que se encontraban las personas que pertenecían a esta etapa final del ciclo de vida.

En ese sentido, es claro que las razones concretas del porqué el actual Sistema de SS no se encuentra en capacidad de suplir las necesidades de los sectores con mayores necesidades y que requieren de una protección prioritaria – como las personas que se encuentran en la etapa de la vejez-, hunden sus raíces en el mercado laboral, pues ciertamente la situación del actual Sistema de SS, resulta ser un reflejo o consecuencia del inequitativo mercado laboral que caracteriza a nuestra sociedad. Para el caso de las personas de la tercera edad, es claro que el acceso a un trabajo estable se trata de una posibilidad casi que ilusoria, en un mercado laboral como el colombiano en donde la discriminación laboral debida a la edad pareciese haber sido normalizada, pues lamentablemente a estas personas se les suele asociar automáticamente con la falta de independencia, incapacidad y demás, con lo que les descalifica en el escenario laboral.

Lo más lamentable de este “estado de cosas” es que la gran mayoría de las personas de la tercera edad se encuentran trabajando, pues solo el 35.6 % de ellas ha podido acceder a una pensión de vejez; sin embargo, los trabajos en los cuales pueden ocuparse se ubican siempre en las esferas de la informalidad, la precariedad laboral

y el “cuenta propientismo”. Con lo cual, la posibilidad de cotizar, o acceder a una pensión de vejez, se hace cada vez más dificultosa.

De manera posterior, y con el anterior marco de contexto se procedió a realizar el juicio de proporcionalidad a la sentencia C-451 de 2005, la cual tuvo por objeto analizar la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues en criterio del accionante esta norma violaba los derechos de la igualdad, la familia y la seguridad social, y el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política Nacional, al señalar la edad de 25 años como la edad límite, en la cual un hijo beneficiario de la pensión de sobrevivientes, podría gozar de la misma.

Para analizar a profundidad de dicha sentencia y realizar el citado juicio de proporcionalidad, se decidió contraponer los siguientes principios: el principio de “eficiencia del Sistema de Seguridad social”, y el “acceso a la seguridad social”. La conclusión a la que se llegó en dicha oportunidad luego de la aplicación del test de proporcionalidad, estableció una prevalencia del primer principio sobre el segundo, ya que indiscutiblemente se espera que una persona a los 25 años se encuentre en una situación económica y social que le permita garantizarse autónomamente sus cotizaciones al Sistema de SS, con el objetivo de acceder a una pensión autónoma. Además, en vista de que en el escenario en el que se protegiese la sostenibilidad del sistema se protegería además otro principio, como lo es la igualdad en sentido material, pues es evidente que si la norma hace esta diferenciación de edades, entre beneficiarios menores y mayores de 25 años, es porque aquellos menores de 25 años se encuentran – presumiblemente- en una condición socio económica diferente, eventualmente más vulnerable.

➤ **CONCLUSIONES SOBRE LA VARIABLE “INGRESO BASE DE COTIZACION”.**

En el estudio del IBC, el objetivo propuesto correspondió a un análisis que permitiese realizar una aproximación con elementos originarios de los diferentes enfoques teóricos, de una manera sencilla y comprensible.

Para comenzar, se señaló que el IBC hace parte del conjunto de instrumentos que fundamentan las formas de financiar las prestaciones económicas ofrecidas por los Sistemas de Seguridad Social; el cual, pese a ser regularmente asociado al salario percibido por los trabajadores, en vista de que permite la generación de una cantidad dineraria o monto de las cotizaciones, orientadas a cubrir las cargas prestacionales, también amerita un análisis más amplio, de cara al modelo bajo el cual se adopte.

En ese sentido, son dos los modelos a través de los cuales puede estudiarse el IBC: el primero corresponde al modelo alemán o bismarckiano, y el segundo corresponde al modelo inglés, sugerido por William Beveridge.

Dentro del primer modelo, a saber, el del *Seguro Social*, se destaca el hecho de la obligatoriedad del sistema y de sus mandatos, para organizar la protección, así en su primera fase se dirigiera solamente a los trabajadores asalariados industriales. Este modelo de seguro social, que surge a finales del siglo XIX, utiliza las técnicas de aseguramiento privado, en tanto parte del principio de unas contribuciones directas impuestas a los empleadores y asegurados. De otro lado, en el modelo de Beveridge, el seguro social se concibe principalmente como un seguro nacional, definido desde la unificación y homogeneidad para superar la heterogeneidad de seguros; con ello, se pretendía simplificar la complejidad administrativa que traía consigo el modelo de las cotizaciones múltiples, cubriendo una única cotización y en unidad de acto, todos

los riesgos. En esta modelo, las cotizaciones se asimilaban a un impuesto general, con destinación común para todos los ciudadanos.

Una vez se realizaron las precisiones anteriores, se pasó a estudiar la naturaleza jurídica de las cotizaciones, la cual será diferente si proviene de los ingresos laborales a aquellas que se alimentan de los recursos públicos. Bajo la primera visión, las cotizaciones son una forma especial de salario, correspondiente a pagos anticipados, ante eventuales riesgos, en la época de inactividad económica; mientras que, según la segunda gran escuela, las cotizaciones correspondían a un verdadero impuesto. Para el caso colombiano, se considera que las cotizaciones son “aportes parafiscales”, en la medida en que estos no ingresan en los presupuestos del Estado, ni se administran por este, sino que ingresan a los presupuestos de los organismos autónomos a quienes corresponde su administración.

Posteriormente, se pasó a analizar la base, el tipo y la cuota, como tres elementos estructurantes del sistema de cotizaciones, el cual debe ser leído de la mano del concepto de salario. Si bien el salario es frecuentemente asociado a la “remuneración al trabajo”, cualesquiera que sean las formas que vaya tomando, este ha sido objeto de diferentes debates; por ejemplo, en el trabajo dependiente por cuenta ajena, en donde se habrá de distinguir si se refiere a la remuneración, a los derechos que tiene el trabajador por su actividad productiva o bien si esa remuneración se refiere a la efectivamente recibida, en dinero o en especie por su vinculación al proceso de trabajo. Lo anterior sugiere que es necesario precisar en el diseño de la base salarial, los componentes de la remuneración, los complementos de ella y los beneficios acordados como factores salariales, ya sea en el contrato de trabajo o en la vinculación reglamentaria, y determinar aquellos elementos que no configuran el salario y que regularmente lo consignan los Códigos o los Estatutos del trabajo. Así mismo, y como se señaló en el acápite relativo al IBC a esa base habría que agregarle los beneficios económicos que generan las propias empresas y también aquellos beneficios asistenciales que son excluidos del salario de base. Cuando ello no se estructura para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas y de pensiones, lo que se hace es construir un escenario de conflictos, como el analizado en el juicio de proporcionalidad, respecto de las visiones contrapuestas del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en lo que respecta a los factores que componen el salario.

Así mismo, en este acápite se precisó que el sistema colombiano de cotizaciones reposa como en la mayor parte de los regímenes en las rentas del trabajo. En efecto, el artículo 17 subrogado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003, hace obligatoria la cotización durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, sobre la base de los salarios o ingresos por prestación de servicios que devenguen hasta el momento de acceder a la pensión de vejez o de pensiones anticipadas; todo ello, bajo una fórmula de cotización particular, en donde el empleador debe aportar con un 0,75 % y el trabajador dependiente por cuenta ajena con un 0,25 %, que en la práctica corresponden al 12 % y 4% respetivamente de la base cotizabile.

Ahora bien, en dicha oportunidad, el juicio de proporcionalidad fue adelantado sobre la base de la sentencia SU-230 de 2016, en razón a que esta sentencia terminó por extender una de las reglas que habían sido fijadas por la sentencia C-258 de 2013, de manera abrupta y sin discriminación o limitación alguna, equiparando la situación de

un trabajador oficial, con la de un congresista, afirmándose que *mutatis mutandis* su situación jurídica debía ser analizada de la misma manera.

Lo anterior, pese a que -como fue expuesto en el análisis preliminar del juicio de proporcionalidad- las reglas fijadas en el 2013, solo podrían tener aplicación directa para los funcionarios cuya situación jurídica se viera cobijada por la Ley 4 de 1992, en la sentencia de unificación del 2016, la Corte optó por extrapolar la *ratio* fijada con anterioridad a cualquier otra hipótesis, como si se tratase de una regla general, desconociendo con ello la fundamentación desarrollada en el 2013, en donde se expuso con claridad que el análisis solo tendría efectos para los sujetos particulares ya mencionados, lo cual daba cuenta de que estas reglas debían ser concebidas como una excepción.

En suma, esta sentencia fue seleccionada en tanto extendió una regla fijada por la sentencia C258, a pesar de que en esta última decisión se había precisado que el análisis realizado correspondía a una “*interpretación en abstracto*”. En razón a esto, los principios que se contrapusieron fueron los siguientes: el principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS, el cual corresponde al fundamento principal, con base en el cual se construyó la argumentación de las sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015; y de otro lado, el principio de reconocimiento del salario mínimo, vital y móvil, en razón a que este se veía afectado con la imposición de la medida expuesta.

Finalmente, después de haber realizado todo el análisis de proporcionalidad se argumentó que el principio de la remuneración mínima, vital y móvil, debía primar sobre el principio de eficiencia, pues en caso de seguirse la medida o regla fijada por la Corte Constitucional – en donde se da prevalencia al último principio- se caería en el riesgo de desconocer el trabajo efectivamente realizado por el trabajador, el cual se corporiza en los llamados “factores de liquidación”, bajo el simple argumento de que estos no fueron objeto de pago de las debidas cotizaciones en materia de seguridad social, sin permitir la posibilidad de que se haga una posterior deducción de las cotizaciones, conservándose con ello el respeto por el trabajo material efectivamente realizado por el trabajador.

➤ **CONCLUSIONES SOBRE LA VARIABLE “INGRESO BASE DE LIQUIDACION”.**

El estudio sobre la cuarta variable de análisis, a saber el Ingreso Base de Liquidación (en adelante IBL), permitió establecer que la remuneración al trabajo que obtiene cada ciudadano-trabajador depende de variables económicas, del mercado laboral, de los acuerdos entre trabajadores y empresarios, de las capacidades y competencias de las personas y hasta de las oportunidades de formación de cada quien; sin embargo, existe un elemento técnico que determinará con mayor precisión cual será el volumen de la pensión de vejez; este elemento corresponde al IBL.

El IBL es una variable objetiva que se establece sobre la densidad y el volumen de cotizaciones, pues es la ley quien se encarga de fijar el tiempo necesario durante el cual el trabajador tuvo que haber aportado al Sistema de SS para obtener la pensión. Lo cierto es que esta última variable IBL es la que se encarga en últimas de recapitular la información obtenida en el ciclo de vida laboral para condensarla y procesarla en una fórmula que defina el beneficio final que obtendría el trabajador como recompensa a todos los años de su trabajo.

En ese sentido, para que pueda predicarse la existencia de la pensión, en el contexto de un

Sistema de Seguridad social, es necesario que el afiliado cumpla con unas determinadas cargas que se encuentran en cabeza exclusiva de este, como lo son trabajar por un determinado tiempo, y hasta una determinada edad y contribuir mediante cotizaciones. Pero, sumado a ello, resulta vital contar con un segundo elemento, que aunado al primero- el trabajo individual- permite materializar el derecho constitucional a la pensión. Este segundo elemento se estructura en la solidaridad, esto es, en el reconocimiento del esfuerzo y los aportes de aquel trabajador, por parte de la sociedad, pues sin ello, estaríamos frente a un escenario en donde formalmente se tiene el derecho, pero con restricciones para ejercitarlo ya que, sin dicho reconocimiento y colaboración social, el derecho mitiga su nivel de exigibilidad y concreción efectiva. En este punto, no debe perderse de vista que las pensiones también cumplen una función de redistribución de la riqueza, pues solo de esta manera se podrá garantizar una efectiva protección a aquellos “ancianos pobres”, que si no fuera de esta manera, no podrían contar con ningún sustento económico de cara a su vejez.

Para comprender dicho concepto, fue necesario acudir al estudio pormenorizado de la relación jurídica de seguridad social, la cual tradicionalmente se compone de tres sub relaciones, a saber: la relación de afiliación, la relación de cotización y la relación de protección. Para efectos concretos, la relación que más interesa a la luz del concepto de los beneficios o denominados también “prestaciones”, es la relación de protección, a saber, aquella relación que condensa los elementos de la relación de seguridad social, en un resultado: los beneficios, o las llamadas “prestaciones”. En ese sentido, se debe destacar que la relación jurídica de protección se configura a través de los siguientes elementos estructurales: los sujetos que son los beneficiarios y las entidades gestoras, el objeto, el cual lo constituyen las prestaciones y el contenido, que está integrado por la obligación de la entidad gestora a dispensar la protección y por el derecho del beneficiario a exigirla.

Ahora bien, es necesario dotar de mucho más contenido a la relación de protección, pues cuando esta se hace exigible, es que logran aparecer en escena las variables necesarias para calcular el monto de la pensión, y más concretamente solo en este punto el IBL cobra gran relevancia. Para ello, es necesario partir de la idea de que la relación de protección se caracteriza por unos presupuestos, unos sujetos, y un objeto o fin último: las prestaciones. Estas prestaciones resultarán de la articulación de dos elementos concretos: la situación de necesidad y el hecho causante. La primera supone un estado o situación de incidencia sobre el sujeto protegido de necesidades sociales previstas y tipificadas por la Ley como merecedoras de protección. El segundo elemento, a saber, el hecho causante, corresponde a la actualización de la contingencia protegida, o en otras palabras al dispositivo que acciona la dinámica protectora.

A su vez, el IBL está directamente relacionado con el ingreso base de cotización, esto es el monto sobre el cual el empleador y el trabajador cotizaban; pero centra su atención concretamente en el periodo de tiempo durante el cual se promediarán los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes, promedio que a su vez será el 100% sobre el cual se aplique el porcentaje determinado como monto. Sin embargo, para aplicar la fórmula del beneficio, es necesario contar con la base de aquello que fue cotizado, lo cual, por demás, atendiendo al principio de solidaridad

que caracteriza al Régimen de Prima Media, resulta de una concatenación de esfuerzos individuales, aportes del empleador, y contribuciones estatales. Así, la Ley 797 de 2003, que introdujo una reforma trascendental en materia de seguridad social, estatuyendo que los empleadores pagarían el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante; lo cual, constituye el 16 % del ingreso base de cotización, a la luz del artículo 1 del Decreto 4982 del 2007.

En ese sentido, por regla general le corresponde al empleador asumir el 12 % de la cotización, y al trabajador el 4 %, a través del descuento que se hace del salario de los mismos. Sin embargo, es de destacar que la reforma del año 2003 no solo trajo consigo lo expuesto hasta este punto, sino que también comportó una valiosa herramienta en aras de garantizar más equidad, ya que se dejó de lado el tradicional sistema de liquidación escalonado, por uno de corte más actuarial, ligado a la “capacidad de pago” y el porcentaje de ingreso del trabajador, en donde se instituyó una regla implícita según la cual “a mayor capacidad de pago, menor monto de pensión “. Con esto, se propendió por reducir los subsidios implícitos a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, modificando la fórmula para calcular su monto e incorporando -por primera vez en nuestra historia- la variable “capacidad de pago” como determinante del monto. Ello es expresado por el Departamento Nacional de Planeación en el documento “Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia”⁷⁰⁸, expedido en el año 2013, en donde se afirma que junto a otras reformas legales – ley 168 y 712 de 2003; y el acto legislativo 01 de 2005- la deuda a cargo de la Nación se redujo de cerca del 270 % al 114% del PIB.

Así mismo, en el acápite relativo al IBL se enfatizó en el hecho de que un trabajador que haya realizado sus cotizaciones en este régimen, encontrará que su situación jurídica podrá ser regulada- *grosso modo*- por dos conjuntos de normas, a saber: (a) aquellas del régimen común, aplicable por regla general, y que se encuentran comprendidas en la Ley 100 de 1993, o (b) las normas especiales y excepcionales, y las correspondientes al “Régimen de Transición.

Respecto al primer escenario, esto es, el Régimen de Prima Media con prestación definida, existe una regulación de la dinámica a través de la cual se logra la concretización de la pensión. En dicha dinámica, el IBL cobra un papel especial, pues es a partir de este que se determina bajo qué base se deberá calcular la mesada pensional, esto es, el beneficio ultimo del Modelo de Prima media con prestación definida. De manera concreta, la reforma introducida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 cambia la estructura de la tasa de remplazo e introduce un nuevo predicado: a medida que el ingreso base de liquidación, o sea, la base para calcular el monto crece, el coeficiente que se ha de aplicar para obtener el monto o la cantidad de la mesada pensional decrece; en palabras sencillas, entre más ingresos registre el afiliado, menor será el monto de su pensión de vejez.

Cabe resaltar que en el régimen de prima media actual que corresponde al ya expuesto en líneas anteriores, no hay mayores discusiones, como si sucede en el Régimen de

⁷⁰⁸ La aprobación de la Ley 100 también permitió ordenar el sistema, reducir grandes arbitrariedades en los procesos de reconocimiento y pago de pensiones; permitió crear un sistema con reservas completas más consistente con la productividad laboral; se incrementó la cobertura del sistema en la medida que el mercado laboral lo posibilitaba; se redujeron los subsidios regresivos y se hicieron más transparentes obligaciones pensionales a cargo del Estado. Con la expedición de la reforma, el costo a cargo del Estado se redujo del 296,6% al 168% del PIB.

Transición, en donde si se han presentado álgidos debates entre las Altas Corporaciones, respecto de la manera en que debe interpretarse el IBL.

El Régimen de Transición corresponde a una “excepción” bastante amplia del régimen general de pensiones, establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Concretamente, el Régimen de Transición atiende a la necesidad del Estado de brindar seguridad jurídica a sus ciudadanos, al amparar y no desconocer las expectativas legítimas de aquellas personas, cuya situación jurídica en materia de obtención y causalidad de la pensión de vejez, se encontraba regulada en un escenario normativo anterior a la citada Ley 100; con ello, las personas que confiaron su situación jurídica pensional a una norma anterior a la norma general (Ley 100 de 1993), gozarían de una excepción a la derogación automática de la ley, permitiendo que las normas anteriores sobre las que se regían no perdiesen vigencia automática con la aparición de la nueva norma general por la cual se creó el sistema de seguridad social integral.

Una vez se realizó la delimitación jurídica y conceptual del régimen de transición, se abordó el debate ya citado que en pocas palabras versa sobre el hecho de si el IBL debe o no ser tomado como uno de los elementos de la transición, o, en otras palabras, si el IBL que se debe aplicar a un trabajador sujeto al régimen de transición, es el correspondiente al del régimen general (Ley 100 de 1993) , o aquel anterior a la Ley 100, que se encuentra contenido en le norma anterior que regula el resto de sus condiciones jurídicas para la obtención de la pensión de vejez. Sobre ello, la Corte Constitucional considera que el IBL, no puede ser considerado de ninguna manera como un aspecto de la transición, y que, en consecuencia, las reglas contenidas en el artículo 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, son las que deben observarse para determinar el monto pensional; de otro lado, el Consejo de Estado es enfático en exponer que, en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa; por ello, la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones exigidas, no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior. Esta última visión se encuentra sustentada en los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, principio de favorabilidad y globalidad o inescindibilidad de la norma.

Para finalizar, y con base en los elementos expuestos a lo largo del texto de contexto de la variable IBL, se acometió el juicio de proporcionalidad de la sentencia C-258 de 2013, en razón a que esta sentencia ofrecía innumerables elementos de análisis, ya que desarrolla un completo estudio de una norma -el artículo 17 de la Ley 4 de 1992-, cuyo contenido era de discutible vigencia constitucional, y de manera paralela realiza un recorrido argumental de significativa importancia en lo que respecta a los topes de las mesadas pensionales. En dicho recorrido, la Corte Constitucional se tuvo que valer de una fortísima y rigurosa argumentación, para justificar la inexequibilidad parcial de la norma en comento; argumentación que hace de esta sentencia un texto jurídico que merecía especial atención.

Para acometer el juicio de proporcionalidad de la sentencia C-258 de 2013, se optó por seleccionar una medida implícita fijada por este máximo tribunal, a saber: “Quienes de buena fe accedieron a una pensión en el régimen especial fundado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no les será desconocido el derecho adquirido que les asiste, en razón al respeto de la confianza legítima; Sin embargo, sus derechos adquiridos si serán objeto de una reducción, en tanto tales pensiones deberán ser ajustadas de tal manera que sus mesadas deberán tener como tope máximo la suma

de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes; ello a través de una aplicación retroactiva del parágrafo 1 del artículo 48 constitucional.”

Con base en esta medida, que sería la base objeto de análisis del juicio de proporcionalidad, las variables que se decidieron contraponer, al considerarse que se generaba una tensión entre las mismas, fueron, de un lado, la seguridad jurídica, articulada con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima, los cuales conforman en su conjunto la envoltura o el caparazón encargado de proteger el derecho fundamental constitucional a la pensión de vejez, y, de otro lado, el principio de eficiencia de los recursos del Sistema de SS, aunado al criterio de la sostenibilidad fiscal. La conclusión a la que se llegó es que en el caso concreto deben prevalecer los primeros - la seguridad jurídica, articulada con los principios de buena fe, respeto por los derechos adquiridos y confianza legítima- sobre el segundo, al momento de expedirse el acto legislativo, pues en el evento en que se desconociesen aquellos, se generaría una violación en el derecho consolidado a la pensión del que gozaban este grupo de servidores públicos afectados por la medida.

CONCLUSIONES ESTRUCTURALES.

Para abordar las conclusiones estructurales a las que se llegaron con el ejercicio analítico llevado a cabo en la presente tesis doctoral, resulta necesario traer a colación de nuevo a la hipótesis fijada inicialmente, la cual afirmaba que la desigualdad en materia de acceso y reconocimiento de los derechos pensionales, resultaba ser una expresión de los desequilibrios en los mercados de trabajo, y del proceso de creación legislativa, que los incorpore en la ley. Ello plantearía, de un lado, que la formalización de las desigualdades establecidas en el mercado de trabajo se institucionalizaba, mediante la concesión de diferentes privilegios especiales, en función de los “grupos de (poder)”;

o bien que, de otro lado, la misma ley – en sentido amplio, incluyendo la jurisprudencia- en escenarios alternos, podría permitir la corrección de dichos desequilibrios.

Ahora bien, con la hipótesis en mente, se expondrán a continuación las conclusiones a las que se llegó:

- 1) En el texto constitucional colombiano se consagran los derechos fundamentales a partir del año 1991. El derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 introduce una nueva concepción respecto de su exigibilidad, y respecto de las maneras en las que este puede hacerse efectivo. Al respecto, resulta particularmente destacable la nueva connotación que se ha dado al derecho de la igualdad, en su variable material, según la cual para poder predicar un efectivo ejercicio del derecho a la igualdad, es necesario atender a la situación fáctica concreta de los sujetos o situaciones a comparar, en aras de determinar si entre los mismos existen diferencias o tratamientos diferenciados que no estén sustentados en ninguna justificación razonable, pues precisamente en dichos casos, y con el objetivo de concretizar una igualdad real, se deben compensar dichas diferencias a través de tratos más favorables para aquellos que se encuentran en una situación fáctica más vulnerable.

Esta interpretación del derecho a la igualdad, en su vertiente material fundamenta el análisis de la presente tesis doctoral, la cual fue puesta en

escena a través de los juicios de proporcionalidad en las variables más significativas del Sistema General de SS.

2) El reconocimiento del Derecho social fundamental a las pensiones, está articulado a una nueva valoración del Derecho fundamental al trabajo; en otras palabras, la fundamentabilidad práctica del derecho fundamental a las pensiones, solo podría ser predicada en la medida en que se comprenda con total claridad que el derecho fundamental al trabajo debe ser reconocido como tal de manera práctica, esto es, no solo en la norma positiva, sino también en las prácticas cotidianas del mercado laboral.

En ese sentido, toda reforma pensional resultará eficiente, esto es, permitirá garantizar una mayor cobertura en condiciones más igualitarias, en la medida en que esté acompañada de reformas estructurales en el mercado de trabajo – particularmente en las áreas relativas a la innovación y conocimiento dirigido a elevar los niveles de productividad, pues como fue expuesto a lo largo de esta tesis: la situación pensional de una persona, la cual está dada en términos de causalidad o no, de la pensión, y de valor de las mesadas pensionales, resulta ser un reflejo directo de la vida laboral que tuvo tal ciudadano – trabajador.

Por ello, en caso de no realizarse reformas laborales estructurales, que permitan superar las barreras de discriminación y la inclusión del trabajo precario e informal, de cara a un mercado laboral más igualitario, entre géneros, edades, capacidades, y situaciones particulares de algunas personas, las eventuales reformas pensionales que se realicen no tendrán efectos reales.

3) El principio de solidaridad debe estar presente en las estrategias de compensación, como un componente estructural muy útil para armonizar y resarcir a todas aquellas personas que por una u otra razón se encuentran en una situación fáctica diferente, más compleja, respecto de la mayoría de los ciudadanos - trabajadores. En ese sentido, la compensación, como una concretización de la igualdad material debe usarse en el escenario de las pensiones, como uno de los principales fundamentos para brindar una protección especial a aquellas personas, que, por diferentes razones, no contaron con la posibilidad de trabajar, o quienes, pese a que si trabajaron a lo largo de su vida, no pudieron cotizar con regularidad, y en consecuencia quedaron excluidos de la posibilidad de obtener la llamada “causalidad de la pensión”. Así mismo, debe ponerse énfasis en que estas personas se encuentran en una situación económica, social y personal particular que conduce a generar un marco de protección social que les permita obtener ingresos económicos para la vejez.

4) Con el propósito de darle más firmeza a la insostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social, resulta necesario replantearse diferentes temas, que atiendan principalmente a la realidad fáctica que se nos presenta hoy en día: una sociedad más envejecida, con una expectativa de vida más alta, unos subsidios estatales elevados e inequitativos y regresivos, entre otros. Con lo cual, y en aras de buscar que el goce efectivo del derecho fundamental a la pensión sea posible para muchos más colombianos, resulta necesario identificar aquellos puntos que requieren de mejoras inmediatas, y que se hacen ahora mismo insostenibles, para focalizar la atención en estas.

A manera de ejemplo, es necesario comenzar a incorporar dentro del régimen general de pensiones, a aquellos regímenes exceptuados que aún siguen gozando de beneficios que tienen un marcado tinte de privilegios. En otras palabras, el escenario actual del Sistema de Seguridad Social colombiano debe caminar hacia una homogenización de las variables, reglas y sobre todo beneficios obtenidos, como resultado de los esfuerzos que realizan los trabajadores en su vida laboral, con los aportes de los empresarios y del Estado.

5) El conocimiento y la innovación que permitan elevar los niveles de productividad son las mejores herramientas de las cuales puede valerse el Estado para obtener una sociedad más equitativa. Pues naturalmente, y como se esbozó con claridad en el acápite relativo a “el espíritu de una sociedad desigual”, es claro que las abismales desigualdades existentes en el mercado de pensiones son un resultado directo de toda una “cadena de desigualdades” que comienza con el acceso diferenciado e injustificado a servicios básicos, cultura, salud, y particularmente a la educación. Esta última resulta ser bastante importante, pues es claro que una persona con un nivel educativo alto podrá contar con mayores oportunidades para obtener una buena posición en el proceso de participación

en el mercado laboral, y en consecuencia obtendrá mayores facilidades para hacer parte del Sistema General de Seguridad Social.

Esto implica trabajar en la llamada “Construcción de competencias” como lo sugiere el profesor Sen; estrategia que permitiría, dotar de mayores herramientas intelectuales a los colombianos, y en consecuencia permitirles acceder a trabajos más calificados y bien remunerados.

6) A lo largo de la presente tesis doctoral, se lograron obtener y recopilar evidencias empíricas que dan cuenta de una abismal diferenciación entre los regímenes pensionales, en donde hay una gran cantidad de ciudadanos excluidos. En dichas evidencias, se logró poner de presente que la desigualdad que aqueja al Sistema de Seguridad Social colombiano, va mucho más allá de la bipolaridad existente desde 1993 entre el Régimen de Prima Media, y el de capitalización, pues como expresa

Holzmann del Banco Mundial, en los últimos 10 años se ha generado “una guerra casi religiosa” sobre las virtudes del fondeado versus “de reparto” y de los méritos de los esquemas del beneficio definido, versus los de “contribución definida” Cambiar la discusión del tema de la estructura, hacia el tema de los objetivos y los criterios claros, cuando esto último se puede introducir en un país, debería promover el proceso de reforma y enriquecer el dialogo considerablemente⁷⁰⁹.

7) El problema fundamental del Sistema General de Seguridad Social reside en la falta de cobertura del mismo. Con ello, no se quiere presentar un panorama completamente desalentador, pues naturalmente hoy en día es evidente que nuestro país ha progresado significativamente, abriendo las puertas a personas que antes no podrían si quiera considerar la posibilidad de contar con una pensión de vejez o ser incorporados a un programa de base

⁷⁰⁹ BANCO MUNCIAL. HOLZMANN, Robert y HINZ, Richard. Soporte del ingreso económico en la vejez en el Siglo XXI. p. 40. Washington. 2005.

universal que ha implementado el Estado Colombiano; sin embargo, estos guarismos positivos, también deben permitir reflexionar sobre el arduo trabajo que aún queda por realizar, de cara a la materialización del derecho fundamental a la igualdad en el escenario pensional, en el umbral de una sociedad que se envejece, y en cuya base se plantean tensiones entre diferentes generaciones.

En tal sentido, se deben destacar las reformas legislativas realizadas en los últimos años en el escenario pensional, las cuales han realizado significativos aportes de cara a la construcción de un sistema más equitativo, pues indudablemente se ha reducido el impacto del déficit fiscal, a través de medidas que se han encargado de reducir los subsidios. Sin embargo, en este proceso de construcción continua de un sistema más equitativo, no se puede perder de vista que aún se encuentra vigente una clara deuda pensional implícita, sobre la cual hay que focalizar los esfuerzos.

Así mismo, resultan también loables los avances que para materializar los derechos fundamentales han sido realizados por la Corte Constitucional, para ir suavizando las desigualdades, pues es claro que sin la labor interpretativa de la misma, no se habría avanzado de la misma manera en el camino de construcción de un Sistema de Seguridad Social más equitativo.

8) Indudablemente, en la construcción de las leyes que conforman el Sistema General de Seguridad Social, particularmente en la construcción de la Ley 100 de 1993, no se hizo presente un enfoque de derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, lo cual puede ser una consecuencia de que para la época, la Constitución Política de 1991, aun se encontraba en un estado muy primigenio, sumado al hecho de que la Corte Constitucional hasta ahora llevaba dos años de funcionamiento, por lo cual, no habían abundantes pronunciamientos sobre la hermenéutica que debía darse a los derechos del trabajo y la seguridad social, y era tan evidente el proceso de tercerización, informalización y precarización del trabajo, en escenarios de una economía de mercado.

En ese mismo sentido, se debe destacar el desarrollo jurisprudencial, particularmente llevado a cabo por la Corte Constitucional, que ha permitido llenar ese vacío interpretativo de los derechos a la salud y a la seguridad social, como unos derechos que gozan de fundamentabilidad autónoma.

9) Dados los niveles de exclusión de los ancianos pobres y de los niveles de informalidad, resulta necesario desarrollar los derechos de protección, que recién el Estado Colombiano ha impulsado a través de los programas de “Colombia Mayor”, los BEPS y la pensión familiar, pues como se ha visto en el escenario práctico, estos permiten abrir una ruta hacia un Sistema de Seguridad Social más equitativo, que permita focalizar los subsidios en aquellas personas que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad económica.

10) Hoy en día se ha puesto de presente una tensión entre el desarrollo constitucional de los Derechos Fundamentales, y las leyes económicas que gobiernan los Sistemas de los mercados de pensiones. En ese sentido, aunque el artículo 48 constitucional menciona que la seguridad social corresponde a un servicio que puede ser prestado por agentes privados, resulta necesario que la estructura competitiva del mercado, no pase por alto que éste también

tiene una naturaleza de derecho fundamental; razón por la cual, es necesario armonizar dichas tensiones, tendiendo hacia una interpretación en clave constitucional que permita situar en un escenario más privilegiado a la seguridad social como derecho fundamental de todos los colombianos.

PROPUESTAS

A PROPUESTAS PARAMÉTRICAS.

A continuación se expondrán las propuestas diseñadas, extraídas de cada una de las variables tratadas en el sistema de pensiones.

➤ PROPUESTAS RESPECTO DE LA VARIABLE GÉNERO.

Con base en todo lo expuesto en las líneas precedentes, esto es, en las conclusiones a las que se llegó en el estudio de variable del “género”, en las líneas siguientes se pasa a exponer una serie de propuestas, que persiguen disminuir las citadas diferencias, desde un planteamiento en clave de igualdad material:

i. Dadas las condiciones actuales, se propone mantener la diferencia de edades entre hombres y mujeres en el reconocimiento de la pensión de vejez. Sin embargo, y en aras de que este tratamiento diferenciado pueda ser considerado como una efectiva medida compensatoria de las desigualdades naturales e históricas existentes entre hombres y mujeres, resulta necesario que se supere la barrera expresada en los requisitos de acceso a la pensión, pues en el escenario práctico la mujer que cumple con la edad fijada por la norma para obtener su pensión, debe continuar cotizando hasta completar las 1300 semanas requeridas hoy en día por la norma; ello se constituye en una barrera de acceso al derecho, cuando no de exclusión para muchas ciudadanas – trabajadoras.

No obstante lo anterior, no se puede perder de vista el natural e inevitable aumento de expectativa de vida de nuestra sociedad, así como el hecho de que las mujeres cuentan con una esperanza de vida mayor, respecto de los hombres; razón por la cual, y en vista de que la expectativa de vida de las mujeres es más alta que la de los hombres, se hace necesario que la edad de pensión se ajuste en la misma proporción que lo hace el aumento de la esperanza de vida; escenario propicio para articular los esfuerzos de protección social a las mujeres, es afirmar la SS con las familias, donde contribuyan conjuntamente los miembros de la pareja.

ii. Se propone introducir una regulación concreta para aquellas mujeres que entregan todo de sí bajo la forma no remunerada de la “Economía del cuidado”, pues este no es un problema menor. Estos trabajos deberían ser formalizados y recompensados económicamente o reconocidos para efectos de la pensión de alguna manera; ello implica necesariamente traer a escena un enfoque diferente de las políticas públicas sobre los escenarios de la familia y de las parejas, y que “en el ámbito del cuidado, implican nuevos equilibrios en las interrelaciones entre el Estado, el mercado y la familia, y tal vez apunta a muy diversos objetivos que, con el transcurso del tiempo, podrían beneficiarse de una retroalimentación positiva”⁷¹⁰.

⁷¹⁰ SOJO, Ana. Protección social en América Latina. La desigualdad en el banquillo. ONU. CEPAL. Cooperación Alemana. Santiago de Chile 2017, p. 202.

Lamentablemente, dentro de nuestra tradicionalista sociedad, donde los roles sociales son asignados a la fuerza entre hombres y mujeres, a muchas de ellas no les queda otra opción que prestar sus servicios en estas formas de trabajo, sin obtener mayor remuneración que unos alimentos y una vivienda adecuada. Es por ello que resulta indispensable introducir una normativa que garantice que estos trabajos serán recompensados económicamente y permitirían superar las asimetrías de género.

➤ **PROPUESTAS RESPECTO DE LA VARIABLE EDAD.**

Con base en el anterior análisis, se presentan las siguientes propuestas:

i. Realizar un ajuste de la edad para pensionarse conforme al aumento de la expectativa de vida, pues innegablemente nuestra sociedad envejece cada día más, y la única manera de sostener el equilibrio entre las cotizaciones y las prestaciones económicas que se recibirán posteriormente, es a través de una reforma que haga frente a la realidad actual, en donde se tiene como referente el aumento de la esperanza de vida de los y las colombianas; ello, como resulta obvio, tendría el límite máximo de 65 años que debe acompañarse con el comportamiento de las cohortes demográficas de quienes transitan en los escenarios de la vida activa.

ii. Implementar una ley, la cual debe ser soportada sobre elementos actuariales y demográficos, que prohíba la discriminación laboral con fundamento en la edad de los trabajadores; concretamente que no se excluya a la gente cuando cumpla determinada edad, esto es, que se facilite la “retención laboral”. De otra parte, se debe permitir la re inserción de las personas de la tercera edad en el mercado laboral, en labores que se ajusten a sus conocimientos y particularmente a su amplia experiencia. Como referente claro de ello, se tiene a la experiencia francesa, con la Ley N.º 2015-1776 del 28 de diciembre 2015 “Relativa a la adaptación de la sociedad al envejecimiento: hacia una sociedad inclusiva”.

➤ **PROPUESTAS RESPECTO DE LA VARIABLE IBC.**

Con base en todos los elementos expuestos en las líneas anteriores, el resultado obtenido y las conclusiones que se plantean respecto a la variable del IBC, se presentan las siguientes propuestas:

- i. Para hacer sostenibles los Sistemas de SS, se requiere que todos los ciudadanos y trabajadores contribuyan con sus ahorros, de conformidad con sus condiciones, pues solo sacrificando el consumo actual, se logrará satisfacer el consumo futuro, creando la cultura de la “*seguridad social*”.
- ii. Se deben revisar los mecanismos de cotización, con el objetivo de que se guarde una proporcionalidad entre la base sobre la cual se

cotiza y los beneficios que serán obtenidos posteriormente, pues está claro que la proporcionalidad implica dar menos subsidios a quienes tienen mayor capacidad adquisitiva y viceversa. Fijando límites, y estableciendo unos mínimos. Ello para garantizar una igualdad material real, como lo expresa la propuesta del jurista estadounidense Ronald Dworkin.

- iii. Se deben establecer una serie de medidas de cara a la reducción del trabajo precario, el desempleo y la informalidad laboral; todo ello, en aras de transformar el concepto de trabajo, generando una deconstrucción del mismo que garantice que en todos los escenarios se incorporen los principios de la OIT sobre el trabajo decente y digno. Sumado a ello, también se considera pertinente incorporar en la materialidad, las normas emitidas por la OIT, en relación con el salario digno, justo y proporcional, como lo son el Convenio N.º 95 sobre protección al salario, el Convenio N.º 131 sobre la fijación de salarios mínimos, y el Convenio N.º 100 que establece el principio de igualdad de remuneración para hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. Ello garantizará la participación económica del trabajo sobre los recursos del Sistema General de SS.

Para finalizar, se debe trabajar por el reconocimiento del pago del salario justo, con todos los conceptos que impliquen una contraprestación directa del trabajo, esto es con una inclusión efectiva de todos los factores salariales; máxime si se tiene en cuenta que actualmente hay controversias sobre los alcances y factores que efectivamente constituyen salario; acompañar la remuneración a los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional.

- iv. En aras de garantizar una sostenibilidad financiera del sistema a futuro, y dar efectivo cumplimiento al principio de la solidaridad intergeneracional y solidaridad entre trabajadores de ingresos altos e ingresos bajos, resulta necesario focalizar los subsidios y aumentar el monto de las cotizaciones. En ese sentido, quienes tienen mayor capacidad de pago, deben cotizar en una mayor cantidad.
- v. Se debe intentar que las transferencias de los impuestos vayan a fortalecer a las personas vulnerables del pilar número uno, que conforman el “Sistema básico solidario”, o de protección del pilar “cero”.

➤ **PROPUESTAS RESPECTO DE LA VARIABLE IBL.**

Con base en los elementos expuestos en el acápite conclusivo respecto del IBL, se propone lo siguiente:

- i. En el escenario de los Regímenes de transición, debe primar un respeto por los derechos adquiridos; pero así mismo será necesario fijar una serie de límites razonables a los regímenes de transición, con lo cual, teniendo en cuenta que actualmente la edad promedio para acceder a una pensión de vejez es de 26 años, sería razonable que el tiempo mínimo

para acogerse al régimen de transición sea al menos la mitad de los años cotizados bajo el régimen anterior.

ii. El Estado, en el escenario de la gobernanza, debería fortalecer las condiciones a través de las cuales los ancianos pobres pueden recibir medidas protectoras y los trabajadores precarios y de la informalidad contribuir, de conformidad con sus condiciones, a construir unos ingresos que protejan su vejez.

B. PROPUESTA ESTRUCTURAL.

HACIA LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN LOS ESCENARIOS DE PENSIONES: UNA VISIÓN ESTRUCTURAL.

Las reformas paramétricas propuestas en las líneas anteriores solo pueden ser posibles en la medida en que sean acompañadas de una serie de reformas estructurales que permitan tomar el problema de la desigualdad desde su base, atacando aquellas diferencias estructurales que terminan por segmentar nuestra sociedad, permitiendo el acceso a una vejez digna a unos pocos, y negando y excluyendo de dicha posibilidad a la gran mayoría de los colombianos. Se subraya que en un escenario de universalización de los derechos sociales, es preciso que concurren todas las fuentes de la protección social; los investigadores Gosta Esping-Andersen y Bruno Palier evocan la participación del mercado y de la familia; en esa dirección, señalaron “La familia es fuente de servicios (los servicios del cuidado, por ejemplo), de consumo y de ingresos monetarios; el mercado proporciona los ingresos del trabajo, que pueden convertirse en patrimonio, de cara a la jubilación, y permite adquirir servicios de cuidados y de fondos de ahorro y de pensiones; los poderes públicos organizan un reparto de los ingresos y los servicios entre las distintas fases de la vida y de una familia a otra”⁷¹¹

De los estudios y análisis realizados internacionalmente sobre las experiencias exitosas o no exitosas de las reformas pensionales, resulta pertinente señalar que el concepto primario de los sistemas multipilares se han transformado como lo señala el Banco Mundial: “...Como resultado, el concepto original de una estructura específica de 3 pilares, (a) un sistema de beneficio definido obligatorio, no fondeado, y manejado públicamente, (b) un sistema de contribución definida obligatorio, fondeado y manejado por privados, y (c) el ahorro voluntario, ha sido extendido para incluir dos pilares adicionales: (d) un pilar básico (Cero), para abordar más explícitamente el objetivo de pobreza y (e) un pilar (cuarto) no fondeado para incluir el contexto más amplio de la política social, tal como el apoyo familiar, y el acceso a salud y a vivienda. La experiencia de la década pasada, al tiempo que contribuyó considerablemente a profundizar la comprensión de los matices y desafíos de la

⁷¹¹ Gosta Esping-Andersen y Bruno Palier. Los tres grandes retos del estado de bienestar Barcelona: Planeta. (Ariel ciencia política). p. 104.

*reforma de pensiones, reforzó la necesidad, en casi todas las circunstancias, de alejarse del diseño de un solo pilar...*⁷¹² *713*.

En ese sentido, se propone un modelo alternativo, el cual podría armonizarse y coordinarse de manera muy efectiva con las reformas que fueron propuestas para cada una de las variables de análisis objeto de la presente tesis doctoral. Estas propuestas parten de un presupuesto claro: es necesario estructurar un nuevo Sistema de Seguridad Social más equitativo, en donde se establezcan mecanismos para garantizar una protección efectiva al derecho fundamental a la seguridad social, y a la protección de todos los colombianos, a través de una lectura en clave de igualdad material; ello, se realizará a través de la identificación de las diferencias fácticas injustificadas, que en consecuencia ameritan algún tratamiento especial.

Bajo este escenario, el modelo alternativo propuesto, se estructurará a través de cinco grandes pilares, que serán expuestos en las líneas siguientes, y que cabe resaltar no pueden ser puestos en práctica de manera autónoma o independiente o competitiva, sino que deben ser complementarios, o puestos en práctica de manera combinada, con el objetivo de que se puedan obtener resultados significativos en materia de cobertura y de reducción de las desigualdades ya analizadas. Ello implica también, eliminar la actual competencia entre sistemas RPM y RAIS y poder a su vez, focalizar los subsidios en los menores ingresos, vale decir hasta 2 SMLMV.

Al respecto, el Banco Mundial agrega que “...*La experiencia ha demostrado que el diseño multipilar aumenta la capacidad de tratar con los múltiples objetivos de los sistemas de pensiones, siendo los más importantes, la reducción de la pobreza y la suavización del consumo, y de enfrentar más efectivamente los riesgos de tipo económico, político y demográfico que afronta todo sistema de pensiones...*”⁷¹⁴.

➤ PILAR “CERO” O- PILAR BÁSICO SOLIDARIO.

El objetivo de este primer pilar consiste en concretizar una efectiva redistribución de ingresos, con el objetivo de hacer efectivo el derecho fundamental de protección social de los ancianos pobres. En ese sentido, los destinatarios de dicho pilar serán aquellas personas que a lo largo de su vida no pudieron contar con una estabilidad económica o laboral que les permitiese cotizar al Sistema General de Seguridad Social.

Así mismo, se debe destacar que existen otros complejos escenarios personales que han sido pasados por alto por el Estado, como es el caso de aquellas personas que no han ostentando a lo largo de su vida, la posibilidad de ser laboralmente activos, y que, en consecuencia, serían automáticamente excluidos del Sistema General de Pensiones, como es el caso de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. Con ello, se lograría que estas personas que no han logrado ser funcionales laboralmente, puedan obtener algún tipo de ingreso para su vejez.

Es claro que en el pilar “básico solidario” o “cero” no resulta ajustado solicitar un esfuerzo contributivo, por ello este pilar no parte de una base de cotización

⁷¹² HOLZMANN, Robert; HINZ, Richard, y otros. Soporte del ingreso económico en la vejez en el Siglo XXI.

⁷¹³ BANCO MUNDIAL. Una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas. Bogotá: Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A, 2009. p. 3.

⁷¹⁴ HOLZMANN, Robert; HINZ, Richard, y otros. Soporte del ingreso económico en la vejez en el Siglo XXI. s.d. p. 3.

individual, y en consecuencia no exige ninguna contribución por parte de los beneficiarios.

Este pilar tiene por fundamento al principio de solidaridad, el cual recobra cada vez más importancia en las sociedades posmodernas, como una consecuencia de la precariedad y exclusión. Al respecto, vale la pena traer a colación las palabras del francés Jacques

Chevallier quien señala que "...Los sistemas de protección social establecidos por el Estado benefactor nunca se basaron exclusivamente en una lógica aseguradora: todos le acordaron un lugar variable a la idea de solidaridad, que implica asumir algunos riesgos sociales por el conjunto de la colectividad, con un mecanismo de financiación por el impuesto..."⁷¹⁵.

Para finalizar, vale la pena hacer unas pequeñas reflexiones respecto de las razones que justifican la intervención del Estado en la protección de todos los individuos de la sociedad, o en otras palabras las razones por las que se fundamenta este pilar universal. Al respecto, el jurista francés Bruno Lautier señala que "...es necesario proteger por razones de evidencia moral, porque uno solo puede oponerse a las situaciones de pobreza, vulnerabilidad, incertidumbre, y precariedad social..."⁷¹⁶. Así mismo, sobre este punto el mismo autor señala que "...La asistencia no es un " derecho social del trabajador ", sino es un " derecho social del ciudadano ", es, simétricamente, un deber de la Nación hacia los ciudadanos, sin otra contrapartida que la sumisión a la potencia soberana. Los " derechos sociales del ciudadano " no son en ningún caso una "caridad"..."⁷¹⁷.

Esta misma idea, se articula de manera muy precisa con el hecho de reconocer que al hablar de protección social, necesariamente también se debe hablar de universalización, pues en palabras de Lautier:

"...La protección de los más vulnerables puede ser eficaz y perenne sólo si es concebida como un elemento de una protección social que tiende hacia la universalidad. Esto significa dos cosas: de una parte que la cuestión de los más vulnerables no sea tratada " en trozo de cadena ", como elemento residual y específico, sino como parte interesada de un proceso global, por otra parte, que esta protección de los más vulnerables reposa en el establecimiento de derechos sociales (del trabajador y\o del ciudadano), que pueden ser específicos, pero no levantan por eso el favor o la caridad..."⁷¹⁸.

➤ **PRIMER PILAR- SOLIDARIO - CONTRIBUTIVO.**

El primer pilar tendrá por objetivo ofrecer alguna posibilidad a todas aquellas personas que, como resultado de nuestra inequitativa sociedad, no lograron consolidar su derecho pensional. Por ello, los destinatarios de dicho primer pilar, serían personas que hacen parte de la última etapa del ciclo de la vida,

⁷¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. El estado posmoderno. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2011. p. 114.

⁷¹⁶ LAUTIER, Bruno. Condiciones Políticas para la universalización de la protección social. p. 666.

⁷¹⁷ LAUTIER, BRUNO. *UNIVERSALISATION DE LA PROTECTION SOCIALE ET PROTECTION DES PLUS VULNÉRABLES*. P, 204.

⁷¹⁸ LAUTIER, BRUNO. *UNIVERSALISATION DE LA PROTECTION SOCIALE ET PROTECTION DES PLUS VULNÉRABLES*. P, 207.

y que, en atención a sus necesidades y condiciones particulares, requieren de una protección estatal especial, pero que, a su vez, lograron contribuir de alguna manera al Sistema General de Seguridad Social, aunque sea parcialmente, a través de trabajos precarios, informales, tercerizados y similares. Este pilar coincide con la propuesta desarrollada por el experto en pensiones, Salvador Valdés, quien habla de la necesidad de estructurar este pilar, como una mezcla entre el esfuerzo personal y la solidaridad.

De manera concreta, este primer pilar será puesto en práctica a través – principalmente- de Programas asistenciales para la protección a la vejez que, para evitar su dispersión, deben ser organizados y coordinados bajo una sola gobernanza. Estas personas excluidas del sistema formal de pensiones han venido siendo asistidos a través de los siguientes programas estatales, a saber:

- Los BEPS⁷¹⁹.
- La Garantía de la Pensión Mínima.
- La Pensión familiar.
- Colombia Mayor.
- Programa en subsidio de aporte en pensión. (PSAP)

Así mismo, se propone que el conjunto de benéficos de que gozarán estas personas sea acompañado de la prestación efectiva del derecho fundamental a la salud; ello se concretaría con una efectiva afiliación al SISBEN.

Con el objetivo de hacer que este pilar sea económicamente sostenible, se propone que se tenga la edad de 65 años, como la edad mínima para acceder a este conjunto de beneficios, bajo el concepto de “beneficios solidarios”.

Para finalizar, se señala que en este pilar queda completamente excluida la figura de la sobrevivencia, so pena de generar incentivos negativos, pues como se mencionó en líneas anteriores, los destinatarios de este pilar son aquellas personas que se encuentran en una latente precariedad económica, que amerita que sea necesario brindarles una protección urgente y prioritaria.

La necesidad de reforzar los mecanismos ya existentes, – como los citados en líneas anteriores- de cara a la protección de ancianos que, pese a que pudieron contribuir de alguna manera para su vejez, pero que así mismo no cuentan con unos ingresos suficientes para garantizarse una vejez digna, es una propuesta que la OCDE suele poner sobre la mesa de manera constante, en todos los documentos de estudio y diagnóstico del Sistema de Seguridad Social colombiano.

> SEGUNDO PILAR- PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

El segundo pilar, parte de un hecho claro: existen personas que gozan de una mayor capacidad adquisitiva, en razón a que han podido insertarse

⁷¹⁹ El Departamento Nacional de Planeación es enfático en la urgente necesidad de fortalecer los BEPS, bajo el esquema presentado en este pilar, fijando también la edad de 65 años como aquella a partir de la cual se podrá comenzar a gozar de este beneficio. Al respecto puede analizarse con más detalle su propuesta en: DNP. Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. 2013. p, 44.

exitosamente al mercado laboral, y en consecuencia han podido devengar ingresos adecuados, a lo largo de su vida laboral. Sin embargo, este pilar estará enfocado en aquellas personas que, pese a que han logrado obtener ingresos laborales constantes y en consecuencia cotizaciones persistentes, no han obtenido altos niveles; concretamente, este segundo pilar tendrá por destinatarios a las personas que devenguen entre 1 y 2 smlmv. Por ello, aunque este pilar parte de una base contributiva obligatoria por parte de los beneficiarios, también incluirá unos aportes estatales a manera de subsidios, en atención precisamente a que en este rango de ingresos salariales se encuentra la gran mayoría de los colombianos. Este modelo, corresponde con el actual modelo de “Prima Media”.

En consecuencia, su administración debe recaer sobre las instituciones estatales, pues estas están llamadas a asumir el modelo de “Prima Media” con prestación definida.

Como se puede observar con total claridad, la propuesta estructural presentada, parte de una mixtura de regímenes públicos y privados, en donde el llamado “régimen público o régimen de prima media” se presenta como una alternativa focalizada solo en aquellos individuos que perciban unos ingresos entre 1 y 2 smlmv. Esta propuesta guarda similitudes con la “alternativa de pilares mixto” expuesta por el Departamento Nacional de Planeación, con la diferencia de que el DNP fija una barrera de acceso más baja, estableciendo que solo podrán participar en este pilar quienes devenguen menos de 1 smlmv⁷²⁰.

Sobre el fundamento de este pilar contributivo, vale la pena traer a colación al jurista francés Bruno Lautier quien señala la viabilidad jurídica y económica de un modelo contributivo en las siguientes palabras:

- “...No se puede fundar una política de universalización sobre una política de la <tabla rasa>, es decir que sería indispensable desmontar todo el conjunto de los derechos sociales existentes a base contributiva, a nombre de que eran desiguales, anti redistributivos y corporativistas; ciertamente, se puede sobre la base de la negociación, en particular con los sindicatos, conceder la disminución o la supresión de tal o cual <ventaja> excesiva, si la demostración de su exceso puede parecer legítima”. Pero lo que subsiste del <núcleo> basado en el aseguramiento no puede ser considerado sino como una de las fundaciones de la extensión, hacia la universalidad de los sistemas de protección. Una de las razones de esto es a la vez política e ideológica; la universalización no es solo la extensión de procedimientos técnicos de cobertura de riesgos; es, sobre todo, la universalización de derechos sociales y son los sistemas de protección basados en seguros – sociales- que forjaron la representación simbólica de la idea misma de derechos sociales, que se trata de extender y garantizar; los derechos garantizados solo existen si hay contrapartidas a estos derechos”⁷²¹.

⁷²⁰ DNP. Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. 2013. p. 53.

⁷²¹ LEON MARTINEZ, Felix. ¿Subsidios o seguridad social? El no pago de la porción social del salario. P, 582-583.

➤ **TERCER PILAR. - FONDEO O SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN.**

El tercer pilar tendrá por destinatarios a personas con capacidad de pago, e ingresos iguales o superiores a 2 smmlmv. Claramente la base de este sistema es el sistema de fondeo, pues para su funcionamiento se requiere de un aporte contributivo obligatorio de los beneficiarios, en razón, precisamente a que gozan de una mayor capacidad de pago, que les permite que sean excluidos de los subsidios estatales.

A su vez, este pilar debe estructurarse a través del sistema de cuentas individuales, en donde cada una de las personas que haga parte del mismo, contará con una cuenta individual en donde ahorrará mensualmente una suma determinada, con el objetivo de que este ahorro final pueda ser reclamado al final de la vida laboral.

En relación con este pilar, se debe hacer énfasis en el hecho de que los administradores del Sistema General de Seguridad Social, bien podrían ser agentes privados o también agentes estatales, hipótesis que parece haber sido descartada hasta el momento en el escenario pensional colombiano. Así mismo, se considera la posibilidad de contemplar unas alianzas entre los agentes privados y públicos.

➤ **CUARTO PILAR - VOLUNTARIO.**

Los destinatarios de este pilar serán las personas que tenga una suficiente capacidad de pago, que les permita realizar ahorros voluntarios fuera del Sistema de Pensiones, con el objetivo de aumentar su capacidad de ingresos en el futuro.

Claramente el principio sobre el que se funda este pilar es el de prefinanciamiento, pues parte del presupuesto de que los trabajadores realicen a lo largo de su vida ahorros voluntarios “extras”, fuera de las cotizaciones mínimas obligatorias. Con ello, se pone de presente que este cuarto pilar se encuentra excluido del Sistema General de Seguridad Social, pero como existe hoy en día, goza de estímulos tributarios.

A continuación, se expone una gráfica que recoge el modelo planteado en las líneas anteriores:

Gráfico 19. Sistema integrado de pensiones multipilar y complementario.

**SISTEMA INTEGRADO DE PENSIONES
MULTIPILAR Y COMPLEMENTARIO.**



Fuente: Elaboracion propia.

c. LA NECESIDAD DE ESTRUCTURAR UNA GOBERNANZA PARA LA SS.

Como hemos analizado a través de esta Tesis Doctoral, la seguridad social se constituye en un escenario complejo, diversificado y segmentado, el cual a más de acusar una baja cobertura, identifica grandes grupos de ciudadanos-trabajadores excluidos de un sistema que en principio debe ser universal; ello plantea escenarios difíciles para el financiamiento completo de las diversas líneas de protección de la seguridad social, lo cual, reta hacia la necesidad de construir caminos que permitan sostener esa universalidad: los derechos sociales fundamentales.

Reducir esos niveles de complejidad requiere organizar una gobernanza de la seguridad social. (Quien gobierna la seguridad social). Deben concurrir varios órganos del Estado, instituciones de carácter privado, organizaciones de trabajadores como lo ha sugerido permanentemente la Organización Internacional del Trabajo para que a través de evaluaciones, estudios, directrices, se puedan dar parámetros para consolidar los derechos a la seguridad social. La necesidad de estructurar una gobernanza conlleva, necesariamente, una organización racional para proponer, controlar, evaluar y hacer seguimiento de la política pública de la seguridad social.

En las sociedades del conocimiento se requiere contar con fuentes suficientes para tener información y análisis de lo que sucede en términos de cobertura, calidad, y financiamiento de la seguridad social. En la actualidad, hay una ausencia de vocería institucional dada la diversidad de fuentes estatales: Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencias Financiera y de Sociedades, Ministerio de Trabajo, Administradora Colombiana de Pensiones, Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, y otras de carácter regional y territorial. Y de otro lado, fuentes privadas como los Fondos de pensiones y Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (Asofondos), y voceros de los gremios de la producción, la comercialización y del sistema financiero. De otra parte, surgen los voceros naturales de las organizaciones de trabajadores a nivel de Federaciones, Confederaciones y Organizaciones sindicales públicas y privadas.

A lo anterior, habría que agregarle la participación de las Universidades y de los centros de investigación; ello sugiere una necesidad de contar con una estructura de gerencia y de gobernanza de las instituciones y del sistema de seguridad social que, no solamente, gestione y sugiera líneas de acción, sino que permita sugerir y plantear alternativas a las barreras de acceso que se presentan ante el goce efectivo de los derechos de la seguridad social.

Lista de Gráficos.

Gráfico 1. La desigualdad global analizada por grupos de países.

Gráfico 2. Participación de cada continente en el total mundial de patentes (2004-2013)

Gráfico 3. Aumento del coeficiente de Gini (2012-2015)

Gráfico 4. Evolución de la pobreza en los países de Latinoamérica (1980-2015)

Gráfico 5. Indicador de Prosperidad Compartida del Banco Mundial para Colombia.

Gráfico 6. Participación del 1 % más rico en el total de ingreso (1993- 2014)

Gráfico 7. Esperanza de vida escolar en los niveles educativos (2000-2011)

Gráfico 8. Estructura de la Tertium Comparationis

Gráfico 9. Herramienta metodológica de análisis jurisprudencia 1.

Gráfico 10. Herramienta metodológica de análisis jurisprudencia 2.

Gráfico 11. Nivel de intensidad argumentativa.

Gráfico 12. Colombia: pirámides demográficas 1951, 1985 y 2015.

Gráfico 13. Nivel de intensidad argumentativa que se usará en el presente análisis.

Gráfico 14. Graficación de la Ley de ponderación para el juicio de proporcionalidad de la variable de edad.

Gráfico 15. Nivel de intensidad argumentativa.

Gráfico 16. Gráfico de la Ley de ponderación para la variable de Ingreso Base de Cotización.

Gráfico 17. Nivel de intensidad argumentativa.

Gráfico 18. Graficación de la Ley de la ponderación para la variable de ingreso base de liquidación.

Gráfico 19. Sistema integrado de pensiones multipilar y complementario.

Lista de Tablas

Tabla 1. Ingreso *per cápita* de los países más pobres y más ricos del mundo al año 2007.

Tabla 2. Cifras de productividad para Colombia.

Tabla 3. Tasa de envejecimiento para el 2016

Tabla 4. Régimen de prima media- COLPENSIONES.

Tabla 5. Ahorro individual con solidaridad (RAI)

Tabla 6. Discriminación de los pensionados totales en Colombia en el año 2016, según la entidad administradora.

Tabla 7. Total pensionados según régimen vs cotizantes.

Tabla 8. Distribución del gasto en subsidios sociales por quintil de ingreso- 2015

Tabla 9. Subsidios (millones de \$) versus beneficiarios.

Tabla 10. Clasificación de los pensionados según el rango de pensiones – 2015.

Tabla 11. Número de pensionados según rangos de ingresos.

Tabla 12. Dinero correspondiente al pago total de pensiones – 2015.

Tabla 13. Análisis del subsidio, numero de pensionados y valor promedio obtenido por el beneficiario según cada entidad receptora.

Tabla 14. Formato de individualización de contenidos.

Tabla 15. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable del género.

Tabla 16. Aumento del número de ancianos en el mundo.

Tabla 17. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable de la edad.

Tabla 18. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable del Ingreso Base de Cotización.

Tabla 19. Asignación empírica de variables numéricas en el juicio de proporcionalidad de la variable del Ingreso Base de Liquidación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Libros y artículos de revista

Documentos impresos

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Crhistian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

AGUILERA, Samara. Una aproximación a las teorías feministas. Madrid: Universidad Carlos Tercero de

ALARCON CHINCILLA. Alexander. El régimen de transición de la Ley 100. Tensiones entre el Legislador, el Juez y el Administrador. Bogotá: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. 2012

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales- Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad,

ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY. Robert. Tres escritos- Primera parte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALMANZA, Pastor. Derecho de la seguridad social. Technos

AÑÓN ROIG, María José. Igualdad y diversidad ¿Claves de la acción afirmativa? En: El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

ARENAS, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. LEGIS, Bogotá- Colombia, 2007.

- ARÉVALO, Decsi. La protección al adulto mayor: entre la dádiva y el derecho. En: Crecimiento, equidad y ciudadanía: Hacia un nuevo sistema de protección social. Bogotá: CID-Grupo de Protección Social, 2005.
- AYALA, Ulpiano y ACOSTA, Olga Lucia. Políticas para promover una ampliación de la cobertura del Sistema pensional en Colombia. ONU- CEPAL- ECLAC. Serie financiamiento del desarrollo- Proyecto CEPAL- GTZ, 2002.
- AYALA, Ulpiano. Costo fiscal e impacto macroeconómico de la reforma pensional en Colombia. Trabajo preparado para la Conferencia “Costos Fiscales de las reformas pensionales” de la Secretaría de Hacienda de México y el Instituto de Desarrollo Económico del Banco Mundial. Universidad de los Andes, 1997.
- BANCO MUNDIAL. Una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas. Bogotá: Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A, 2009. p. 3.
- BARCENA, Alicia y PRADO, Antonio. El imperativo de la igualdad: por un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. CEPAL, ONU, 2016.
- BARRAGUÉ C., Borja. Desigualdad e igualitarismo predistributivo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2017.
- BARRERE UNZUETA, A.M., La Acción Positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión. En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 9/2003, 2003, 4.
- BEAUVOIR, Simone. El segundo sexo. Bogotá: Editorial de Bolsillo, 2013.
- BEJARANO ALVARADO, Fernando y ANGULO NOVOA, Alejandro. “Vejez y envejecimiento: una mirada demográfica”. En: *Envejecer en Colombia*. Bogotá: Universidad Extrenado de Colombia, 2015.
- BERGHEZAN, Claudia Cristina. El tratado de Ámsterdam y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral. Madrid: RATIO LEGIS, 2012.
- BERNAL PULIDO, Carlos, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEP JF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México D.F., 2009.

- BERNAL PULIDO, Carlos. Cap. IX. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la corte Constitucional. I. El principio de igualdad. En: El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales, 2004.
- BLANCHARD Herve. Age et Droit : de la minorité a la vieillesse au miroir du droit.
- BOBBIO, Norberto. Igualdad y Libertad. Madrid: Paidós Ibérica, 1977.
- BOBBIO, Norberto. Justicia, Validez y Eficacia. En: Teoría General del Derecho, Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- BORGETTO, Michelle. Age et Droit : Age et protection sociale.
- BOUTAYEB, Chahira. Singularité et ambivalence de la discrimination a raison de l'âge en droit de l'Union. Européen. Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne. 2016.
- BROCAS, Anne Marie. Secretaría General del Consejo de Pensionados de Francia. Age et travail: un axe de réflexion essential pour l'avenir des retraites. Paris, 2001.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley. Pamplona: Thomson Arazadi, 2009.
- CAFARELLI citando a FABAS- SERLOOTEN. "Adaptation de la société a le vieillissement, un nouveau regard sur la perte d'autonomie", AJ Famille, 2016
- CAFARELLI, François. "La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative a l'adaptation de la société au vieillissement : vers une société inclusive. Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne, 2016. p 131.
- CAMPS, Victoria. El siglo de las mujeres. Madrid: Ediciones Cátedra, 2013.

- CARBONELL, Miguel. El Neo constitucionalismo en su Laberinto” en: Teoría del Neo constitucionalismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2007.
- CASTEL, Robert. Las trampas de la exclusión. Trabajo y utilidad social. Buenos Aires: Topía Editorial. Colección Fichas para el siglo XXI, 2015. p. 14.
- CECCHINI, Simone; FILGERIA, Fernando, MARTÍNEZ, Rodrigo y ROSSEL, Cecilia. En “Derechos y ciclo de vida: reordenando los instrumentos de protección social” en el Libro Instrumentos de protección social”, 2015.
- CJCE, 22 de noviembre de 2005. Mangold, aff. C-144/ 04, Rec p. I.9981.
- COHEN, Gerard. Equality of What? on Welfare, Goods and Capabilities. En: NUSSBAUM, M. y SEN, A. (eds.) The Quality of Life. Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 54-62. Citado en la traducción al castellano: ¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades. En: NUSSBAUM, M. y SEN, A. (eds.) La calidad de vida, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- COHEN, Gerard. Why not socialism? New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- CONDORCET, Jean Nicolás. Las cartas de un burgués de New Haven a un ciudadano de Virginia, *s.d.*, 1787.
- DANE. Mercado laboral por sexo. Bogotá, 13 de junio de 2016.
- DANE. Resumen ejecutivo: inactividad. Trimestre móvil noviembre 2015 - enero 2016. Bogotá, DANE.
- DASILVA, Virgilio .Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justificabilidad
- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. 1789.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA. Informe sobre la participación femenina en el desempeño de cargos directivos en la administración pública colombiana del año 2014-2015.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA (DANE). Resumen ejecutivo: inactividad. Trimestre móvil noviembre 2015 - enero 2016.

- DETIENNE, Marcel. Comparer L' incomparable. *s.l.*: Editorial Sevil, 2000.
- DEVOLDER, Pierre. Le financement des Regimes de retraites. París: Economica, 2005.
- DURAND, Paul. La política contemporánea de seguridad social. Barcelona: Ministerio de trabajo y seguridad social de España, 1991.
- DWORKIN, Ronald. Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993.
- DWORKIN, Ronald. Virtud soberana: La teoría y la práctica de la igualdad. Barcelona: Paidós, 2003.
- ESCUELA NACIONAL SINDICAL. De cuidados y descuidos: la economía del cuidado en Colombia y perspectivas de política pública. Medellín, 2015.
- FEDESARROLLO. Mauricio Santamaría y otros. Sistema pensional en Colombia. Retos y alternativas para aumentar la cobertura. Informe final. Bogotá, abril 12 de 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, primera reimpresión, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Parte IV, La democracia constitucional. En: Principia Iuris. Tomo II: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRARI, Vincenzo. Derecho y sociedad. Bogotá: Universidad Externado, 2011.
- GAIDO, Paula. El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy. Granada: *s.n.* 2011.
- GALBRAITH, James. Desigualdad. Ediciones DEUSTO. Editorial Planeta Colombiana, junio 2017.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RESTREPO, Eduardo. Teoría y Sociología Jurídica en Estados Unidos". Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.
- GOSEPATH, Stefan. Equality. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2007.

- GOUGES, Olimpya. Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana. *s.l.*, 1791.
- GUASTINI, Riccardo, La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En: Estudios de teoría constitucional, IJ-UNAM, México: Fontamara, 2001.
- GUERRERO, Sergio y MURILLO, Sergio. Superintendencia de Industria y Comercio. Estudios de mercado. Estudios sobre el sistema de pensiones en Colombia- Estudio elaborado por la Delegatura de protección de la competencia. Bogotá, 2012.
- GUILLEMARD, Anne Marie. Les enseignements des comparaisons internationales. Age et travail : un axe de réflexion essential pour l'avenir des retraites. Paris, 2001
- LAUTIER, Bruno. Incorporación restringida en el asalariado, sector informal y política de empleo en América Latina. Lecturas de Economía. Université de Picardie Amiens, Francia. No. 24. Medellín, septiembre-diciembre de 1987.
- LEVY, Santiago. Buenas intenciones, malos resultados: Política social, informalidad y crecimiento económico. México, D.F.: Océano, 2010.
- LOPEZ, Hugo. La vejez urbana en Colombia. Medellín: FAUS- FESCOL, 1992.
- Madrid. Revista de Filosofía, Derecho y Política, enero de 2009.
- MANSON citando a HEBRAUD “La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou” Les annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse” T. XVI, Fasc 2, 1968.
- MANSON, Stephane. Quel est l'âge de la décentralisation ? Brèves remarques sur les temporalités d'une réforme. Age(s) et Droit (s).
- MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, Thom. Ciudadanía y clase social. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- MARTÍNEZ MARTÍN, Félix León. ¿Subsidios o seguridad social? En: Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema de protección social. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2006.
- MERCHÁN HERNANDEZ, Cesar Augusto. DNP. ¿Cuáles son los colombianos con pensiones privilegiadas? Archivos de economía. Documento 18215. Abril de 2002.

- MESA LAGO, Carmelo. Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de seguridad social. Santiago de Chile: ONU- CEPAL. Financiamiento del Desarrollo, 2004.
- MILEWSKI, Françoise. Chapitre 7. Égalité dans l'emploi : un demi-siècle de progrès et des reculs. En : ROCHEFOR, Florence. Femmes-hommes: penser l'égalité, Paris: La Documentation Française, 2012.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL. Diagnostico preliminar sobre personas mayores, dependencia y servicios sociales en Colombia. Bogotá: Ministerio de Salud, 2010.
- MONERO PEREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y QUESADA SEGURA, Rosa. "Manual de seguridad social", Tecnos. Novena edición. Madrid, 2013.
- MORAND- DEVILLEN, Jacqueline. Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne. 2016.
- MYER- HEINE. Droit européen et dignité des seniors. Age(s) et Droit (s): De la minorité a la vieillesse au miroir du droit. Institut Universitaire Varenne, 2016.
- Offe, Clauss. Las sociedades del trabajo.
- OJEDA, Antonio. Deconstrucción del derecho del trabajo. *s.d.*
- OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la Ley y el Precedente judicial*
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación a Colombia sobre el Convenio N° 100 de 1951 sobre la igualdad de remuneración, 2012.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación a Colombia sobre el Convenio N° 111 de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 2012.
- PALOMEQUE, Carlos. La igualdad efectiva de hombres y mujeres. Salamanca: Ratio Legis, 2011.
- PIKETTY, Thomas. El capital en el siglo XXI. *s.l.*: Fondo de Cultura Económica. p. 290-291.
- RAE, Douglas. Equalities. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

- RAWLS. John. La justicia como equidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.
- RAWLS. John. Teoría de la Justicia. 1971. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- RIBOTTA, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010.
- ROCHEFOR, Florence. Femmes-hommes: penser l'égalité- Féminismes et égalité des sexes, approche socio-historique (XIX^e - XXI^e siècle). París: La Documentation Française, 2012.
- RODRÍGUEZ SALAZAR, Óscar. Del patronato al aseguramiento en el sistema de protección social en Colombia: asistencia, identificación y legitimidad. En: Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema de protección social. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2006, p. 197-272.
- RODRIGUEZ SALAZAR, Oscar. El aseguramiento social en pensiones: ¿una forma de protección económica para la vejez? En: Envejecer en Colombia. Bogotá: Universidad Externado, 2015.
- ROSSEL, Cecilia y FILGERIA, Fernando. Capítulo 6, Vejez. En: Naciones Unidas, CEPAL. Instrumentos de protección social. Caminos Latinoamericanos hacia la universalización. Santiago de Chile: *s.n.*, 2015.
- ROUSSEAU, Jean. Discurso sobre el origen de la desigualdad. *s.l.*: Editorial El Aleph, 1999.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina. Genealogía de la vindicación. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- SAUVE, Jean-Marc. Vicepresident du Conseil d 'Etat. Intervención en el Coloquio organizado por el Consejo de ESTADO Francés el 27 de junio de 2014, en el debate sobre "*Impot et cotisation: que financement pour la protection sociale?*". *Conseil d'Etat. La Documentation Française*. Paris, 2015.
- SEN, Amartya. Capacidad y bienestar. *s.d.*, 1996.
- SEN, Amartya. Nuevo examen de la desigualdad. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- STUART MILL, John. El sometimiento de la mujer. En: MACHADO, Antonio. Ensayos sobre la igualdad de los sexos. Madrid: Editorial Cátedra, 2000.

- STUART MILL, John. La Sujeción de la Mujer: Editorial Cátedra, Colección Feminismos. Madrid: Editorial Cátedra, 2001.
- SUPIOT, Alain- Coordinador en el libro “Trabajo y empleo- transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa” Tirant le Blache.
- SUPIOT, Alain. Crítica al derecho del trabajo. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales – Subdirección General de Publicaciones, 1996.
- SUPIOT, Alain. El espíritu de Filadelfia. Barcelona: Ediciones Península, 2011.
- TAYLOR MILL, Harriet. La emancipación de la mujer. En: MACHADO, Antonio. Ensayos sobre la igualdad de los sexos. Madrid: Editorial Cátedra, 2000.
- TORRES ÁVILA, Jheison. El mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012.
- VALCÁRCEL, Amelia. El concepto de igualdad. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 2014.
- VALDÉS, Salvador. Políticas y mercados de pensiones. Texto universitario para América Latina. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2012.
- VALETTE-WURSTHEN, Aline. La segmentation des marches du travail dans les pays avances: état des lieux, évolution. París : La documentation française. Problèmes économiques- Comprendre le marché du travail, 2013. N°3.
- VEJARANO, Fernán; NOVOA, Alejandro. Vejez y envejecimiento: una mirada demográfica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VERONESI, Umberto. Longevidad. *s.l.* Adriana Hidalgo Editora. 2013.
- WESTEN, Peter. An Analysis f the Rhetorical Force of Equality’ in Moral and Legal Discourse. New Jersey: Princeton University Press, 1990.
- ZAMUDIO CÁRDENAS, Lucero. “Perspectivas de futuro para la vejez colombiana”. en: Envejecer en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Documentos Digitales.

AYALA GARCÍA, Jhorland. BANCO DE LA REPÚBLICA. La salud en Colombia: más cobertura pero menos acceso. Bogotá: Centro de Estudios Económicos Regionales – CEER, 2014. Disponible en Internet:

http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/dtser_204.pdf.

BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin crisis. Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo. Washington D.C.: Oxford University Press, 1994.

Disponible en Internet:

<http://documents.worldbank.org/curated/en/204101468190731858/pdf/135840PUB00SPANISH00Box074505B0PUBLIC0.pdf>.

BANCO MUNDIAL. Hacia la paz sostenible, la erradicación de la pobreza y la prosperidad compartida. Washington D.C.: Banco Mundial, 2014. Disponible en Internet:

<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/463531468260046112/pdf/ACS109000SPANI0y0Notes00120180140qr.pdf>.

CENTRAL UNIARIA DE TRABAJADORES. La situación laboral de las mujeres: entre lo invisible, lo precario y lo desigual. Bogotá: CUT, marzo de 2015. Disponible en Internet:

<http://cut.org.co/la-situacion-laboral-de-lasmujeres-entre-lo-invisible-lo-precario-y-lo-desigual/>.

CEPAL y ONU. La protección social de la población rural en Colombia: diagnóstico, necesidades de ajuste y líneas de política. Bogotá, 15 de diciembre de 2014. Disponible en Internet:

http://www.cepal.org/sites/default/files/document/files/quinto_informe_proteccion_social_enero_2015.pdf.

CEPAL. Consideraciones sobre el Índice de Gini para medir la Concentración del ingreso.

Division de estadística y proyecciones económicas – CEPAL. *s.d.* Disponible en internet:

<https://www.cepal.org/deype/mecovi/docs/TALLER6/20.pdf>.

CEPAL. Eslabones de la desigualdad. Heterogeneidad estructural, empleo y protección social.

Santiago de Chile: ONU, 2012. Disponible en Internet:

<http://archivo.cepal.org/pdfs/2012/S1200141.pdf>.

- CEPAL. Horizontes 2030: la igualdad en el centro del desarrollo sostenible, 2016. Disponible en internet: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40159/4/S1600653_es.pdf.
- CEPAL. Mujeres en la economía digital: superar el umbral de la desigualdad, 2013. Disponible en Internet: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/51083/Mujeresenlaeconomiadigital.pdf>.
- CEPAL. Panorama Social de América Latina. 2015. Disponible en Internet: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/1/S1700178_es.pdf.
- COBO BEDIA, Rosa. Aproximaciones a la teoría crítica feminista. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres. 2014. Disponible en Internet: <http://www.cladem.org/pdf/Aproximaciones-a-la-teoria-critica.pdf>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Eslabones de la desigualdad Heterogeneidad estructural, empleo y protección social. Santiago de Chile: CEPAL, 2012. Disponible en internet: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/27973/1/S1200141_es.pdf.
- DANE. Encuesta Continua de Hogares. Mercado laboral según sexo. Información del trimestre marzo 2016- mayo 2016. Disponible en Internet: <http://www.dane.gov.co/index.php/mercado-laboral/segun-sexo>.
- DANE. Gran Encuesta Integrada de Hogares – GEIH, 2015. Disponible en Internet: https://formularios.dane.gov.co/Anda_4_1/index.php/catalog/356.
- DANE. Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2016. Disponible en Internet: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad/pobreza-monetaria-y-multidimensional-en-colombia-2016>.
- DANE. Preguntas frecuentes. Disponible en Internet: http://www.dane.gov.co/files/faqs/faq_ech.pdf.
- DPN. Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia. Estudio del DNP, 2013. Disponible en Internet: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/398.pdf>.

- FEDESARROLLO. Informe mensual del mercado laboral en Colombia. Enero de 2016.
Disponibile en Internet: <http://www.fedesarrollo.org.co/publicaciones/publicaciones-periodicas/informe-mensual-del-mercado-laboral/>.
- FERNÁNDEZ, Yesica. Brechas salariales por sexo: comportamiento para Asalariados e Independientes. En: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA, Bogotá: DANE, 2014. Recuperado de:
http://www.dane.gov.co/candane/images/DT_DANE/WP_brechas_salariales.pdf
- GIL RUIZ, Juana María. John Stuart Mill y la Violencia de Género: las trampas de la educación diferencial. Granada: Universidad de Granada, 2006. Disponible en Internet:
<file:///C:/Users/Andrea/Downloads/DialnetJohnStuartMillYLaViolenciaDeGenero-2476035.pdf>.
- JIMÉNEZ, Juan (ed). Desigualdad, concentración del ingreso y tributación sobre las Altas Rentas en América Latina. Santiago de Chile: CEPAL, 2015. Disponible en Internet:
http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37881/S1420855_es.pdf?sequence=1.
- Ministerio de Salud y Protección Social (Minsalud). Política de Atención Integral en Salud. “Un sistema de salud al servicio de la gente”. Bogotá: Minsalud, 2016. Disponible en Internet:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/modelo-pais-2016.pdf>.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Envejecimiento demográfico en Colombia 1951-2020- Dinámica demográfica y estructuras poblacionales. Bogotá: Oficina de Promoción Social, 2013. Disponible en Internet:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Envejecimiento-demografico-Colombia-1951-2020.pdf>
- MINISTERIO DEL TRABAJO. La penosa brecha laboral entre hombres y mujeres, 15 de abril de 2013. Disponible en Internet: <http://www.mintrabajo.gov.co/medios-abril-2013/1740-la-penosa-brecha-laboral-entre-hombres-y-mujeres.html>.
- OCDE. Estudios de la OCDE sobre el mercado laboral y las políticas sociales: Colombia 2016. Resumen ejecutivo, evaluación y recomendaciones. Bogotá: Ministerio del Trabajo, 2016. Disponible en Internet: <https://www.oecd.org/fr/els/emp/OECD-Reviews-of-Labour-Market-and-Social-Policies-Colombia-AR-Spanish.pdf>.

OCDE. Revisión de políticas Nacionales de Educación. La educación en Colombia. París: OCDE. 2016. Disponible en Internet: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-356787_recurso_1.pdf.

OCTAVA CONFERENCIA REGIONAL SOBRE LA MUJER DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Equidad de género en el mundo de trabajo en América Latina. Avances y desafíos 5 años después de Beijing. Tasa de participación: rápida incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, en especial de las pobres. Lima. Disponible en Internet: <http://www.ilo.org/public//spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/equidad/cap1/i/index.htm>.

OCTAVA CONFERENCIA REGIONAL SOBRE LA MUJER DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE.

OIT. Hora de la Igualdad en el trabajo. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo- 91 reunión, 2003. Disponible en Internet: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_922_3128714_sp.pdf.

OIT. Luchar contra la discriminación en el trabajo: Riesgo de avance. Discriminación por edad: Mayor de 50, ¿y qué? Ginebra: Revista Trabajo núm. 72, 2011. Disponible en Internet: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_165642.pdf.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). América Latina y el Caribe es la región con la mayor desigualdad en la distribución de la tierra. Santiago de Chile: ONU, 2017. Disponible en Internet: <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/879000/>.

ORTÍZ, Isabel y CUMMINS, Mathew. Desigualdad global: la distribución del ingreso en 141 países. UNICEF, 2012. Disponible en Internet: https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Desigualdad_Global.pdf.

PORTAFOLIO. Beneficios de la pensión familiar. Sección opinión, 17 de julio de 2012. Disponible en Internet: <http://www.portafolio.co/opinion/jorge-ballesteros/beneficios-pension-familiar-96210>.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Panorama general. Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano. Nueva York: 2015.

Disponible en Internet:

http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf.

ROSSEL, Cecilia. Protección Social y pobreza en América Latina. FAO-ONU. Santiago de Chile:

CEPAL. Informe de Consultoría - Versión Preliminar. Septiembre de 2012. Disponible en

Internet: <http://www.fao.org/3/a-au333s.pdf>.

SABOGAL, Adriana. Brecha salarial entre hombres y mujeres y ciclo económico en Colombia.

Bogotá: Fedesarrollo, 2012. Disponible en Internet: [http://www.fedesarrollo.org.co/wp-](http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2012/09/Brecha-salarialentre-hombre-y-mujeres-y-ciclo-econ%C3%B3mico-en-Colombia-A_Sabogal-C.-E.-Junio-2011-pp.-53-91.pdf)

[content/uploads/2012/09/Brecha-salarialentre-hombre-y-mujeres-y-ciclo-econ%C3%B3mico-en-Colombia-A_Sabogal-C.-E.-Junio-2011-pp.-53-91.pdf](http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2012/09/Brecha-salarialentre-hombre-y-mujeres-y-ciclo-econ%C3%B3mico-en-Colombia-A_Sabogal-C.-E.-Junio-2011-pp.-53-91.pdf)

JURISPRUDENCIA Y NORMATIVIDAD.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 100 de 1993, Artículo 2 Ley 100 de 1993.

“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-116 de 1993. Marzo 26 de 1993. M.P.:
Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Acto Legislativo 01 de 2005. Diario Oficial
45.984, del 29 de julio de 2005.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ponencia para segundo debate al proyecto de
la Ley 155, 204 Cámara de 1992. “Por el cual se crea el Sistema de Seguridad Social
Integral y se adoptan otras disposiciones”.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 4 de agosto del 2010.

COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 48 de la Constitución de
1991

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA- Sentencia T-361 del 2000. 27 de
marzo del 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sala Quinta.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-230 de 2015.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2001. M.P. Dr. Alejandro
Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064/01. M.P. Dres. Manuel José
Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1094 de 2003. 19 de noviembre de
2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 de 1998. M.P. Dr. Alejandro
Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-243 de 2006. M.P. Dra. Clara Inés
Vargas Hernandez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 del 2013. 7 de mayo del 2013.
Salvamento de voto de Mauricio González.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-451 de 2005. M.P. Dra. Clara Inés
Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 del 2003. M.P. Dr. Jaime Córdoba
Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-540 de 2008. 20 de mayo del 2008. M.
P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-655 de 2003. M.P. Dr. Rodrigo
Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-767 de 2014. 16 de octubre de 2014.
M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-784 de 2009. M.P. Dr. Rodrigo
Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-804 de 2006. M.P. Dr. Humberto
Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-023 de 2015. M.P. Dra. Martha
Victoria Sáchica Mendez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 157 de 2014. M.P. Dra. Maria Victoria
Calle.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 491 de 1992. M.P. Dr. Eduardo
Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-016 de 2007. M.P. Dr. Humberto
Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-053 de 2014.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063 de 2015. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-066 de 2002. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-099 del 2015. M.P. Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-110 de 2011. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-124 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sala de revisión N° 9.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-583 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-890 de 2014. 20 de noviembre de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-539 de 2009. 6 de agosto de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-432 de 1992. 25 de junio de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-262 de 2009. 3 de abril de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. 24 de junio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 de 2013. M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-032 de 2012. 1 de febrero de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-780 de 1999. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C- 018 de 1993. M.S. Dr.: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-457 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia STC 73, 20 de abril de 1998. FJ: 3.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 1998. Auto del TC 71/2003, de 26 de febrero del 2003.