



La inconstitucionalidad del reajuste anual de las pensiones cuyo monto mensual supera el salario mínimo legal: la tensión entre la irregresividad de los derechos sociales fundamentales y la sostenibilidad financiera

Proyecto de Grado

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Público

Bogotá D.C.

2017

Nota de Advertencia:

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Índice

- I. Introducción y justificación.
- II. Los Derechos Sociales Fundamentales.
 - 1) El concepto de Derechos Sociales Fundamentales.
 - 2) La justificación de los Derechos Sociales Fundamentales.
- III. La obligación de progresividad y la obligación de no regresividad.
 - 1) Contenido y alcance.
 - 1.1. El fundamento normativo.
 - 1.2. El sustento fáctico.
 - 1.3. La obligación de adoptar medidas progresivas.
 - 1.4. La disponibilidad de recursos.
 - 1.5. La obligación de no regresividad.
 - 2) Las obligaciones de progresividad y de no regresividad en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 - 3) Las obligaciones de progresividad y de no regresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- IV. El derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho social fundamental.
- V. La obligación de progresividad y la de no regresividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
- VI. La sostenibilidad financiera como principio constitucional en materia de seguridad social.
- VII. El vicio de inconstitucionalidad material del reajuste anual y oficioso de las pensiones cuyo monto mensual es superior al salario mínimo legal.
 - 1) Sentencia C-387 de 1994.
 - 2) Sentencia C-815 de 1999.
 - 3) Sentencia C-258 de 2013.
 - 4) El efecto perverso derivado de la aplicación de la norma.
- VIII. Conclusiones.
- IX. Referencias.

Resumen: Esta monografía pone de manifiesto un vicio de inconstitucionalidad material del sistema de reajuste de las pensiones superiores al salario mínimo legal contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que dicha norma constituye un retroceso en el nivel de protección del derecho a la seguridad social en pensiones, como derecho social fundamental, alcanzado mediante el artículo 1° de la derogada Ley 71 de 1988. Para el efecto, el texto no solamente analiza las obligaciones de progresividad y no regresividad, sino que descarta la sostenibilidad financiera como un argumento que pudiera justificar tal medida regresiva.

Palabras clave: derechos sociales fundamentales; progresividad; sostenibilidad financiera; reajuste pensional.

Abstract: This thesis argues the existence of an unconstitutionality vice on the system of pension's readjustment when it comes to those over the legal minimum wage, according to the 14th article of the Ley 100 de 1993. This norm implies that the level of assurance of the right to pensions, which was given in the 1st article of Ley 71 de 1988, is undergoing an unlawful regression. To sum up, this thesis analyses the obligations of progressivity and non regression in a fundamental social right, such as social security, and dismisses the financial sustainability argument as a justification to this regressive measure.

Keywords: fundamental social rights; progressive realization and non-regression obligations; financial sustainability; pension's readjustment.

I. Introducción y justificación

Esta monografía busca desarrollar cómo el reajuste anual y oficioso de las pensiones cuyo monto supera el salario mínimo, regulado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, supone el incumplimiento por parte del Estado colombiano, de las obligaciones de progresividad y de no regresividad de los derechos sociales fundamentales impuestas por la Constitución Política y por los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Particularmente, está encaminada a exponer el vicio de inconstitucionalidad material que contiene la precitada norma, en tanto constituye una medida regresiva en el nivel de protección del derecho a la seguridad social en pensiones que había sido alcanzado por la disposición que la antecede, el artículo 1° de la derogada Ley 71 de 1988.

Con el objeto de desarrollar las razones que sustentan la tacha de inconstitucionalidad que se alega, se abordará, en primer lugar, el concepto y la justificación de los *derechos sociales fundamentales* a la luz, principalmente, de las propuestas de los juristas Robert Alexy (1997) y Rodolfo Arango (2012). Este concepto invita a desechar la históricamente construida e infundada categorización de los derechos y, a su vez, a reconocer el carácter inescindible de los mismos.

En un segundo momento, se analizarán las obligaciones constitucionales e internacionales de progresividad y de no regresividad. Para el efecto, se expondrá el contenido y alcance de las mismas, desagregando cada uno de sus elementos principales. Así mismo, se presentará el amplio desarrollo que han tenido estas obligaciones en la doctrina del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que ha efectuado una importante labor no solo en el cometido de dar claridad sobre su contenido, sino de sentar estrictos parámetros a los que deben someterse los Estados. Finalmente, se exhibirá la situación a la que ha dado lugar la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en tanto que jamás ha declarado la responsabilidad del Estado por incumplir estas obligaciones.

Más adelante, se propondrá el derecho a la seguridad social en pensiones como un derecho social fundamental, a partir tanto de su estructura como de su justificación o razón de ser.

Igualmente, se desarrollará una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de la obligación de progresividad y de la de no regresividad o prohibición de regresión, como también la denomina. Al respecto, es necesario hacer una precisión y es que dicha línea jurisprudencial se construye a partir de algunos, no todos, los elementos propuestos por Diego López Medina (2009).

Seguidamente, se examinará la sostenibilidad financiera incorporada al artículo 48 de la Carta mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 como un principio informador de la seguridad social que, en realidad, responde a los intereses de una corriente restrictiva de derechos y está encaminado no solo a asegurar que las regulaciones venideras consultarán la restricción presupuestaria del Estado, sino a limitar la labor de la Corte Constitucional en el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos sociales fundamentales.

Finalmente, se arribará a la tensión que existe entre, de un lado, la progresividad y la no regresividad de los derechos sociales fundamentales y, por otro, la sostenibilidad financiera, en un asunto particular: el reajuste anual de las pensiones cuyo monto supera el salario mínimo. Particularmente, se abordará esta tensión desde el vicio de inconstitucionalidad antes reseñado, para lo cual se analizarán tres sentencias de la Corte Constitucional que son de enorme relevancia y se aplicará el test de progresividad desarrollado por esta Corporación, a saber, primero, se efectuará un análisis comparativo del artículo 14 de la Ley 100 y del artículo 1 de la Ley 71 de 1988; luego, se reevaluará el segundo elemento del test y, en defecto de ello, se propondrá cómo la norma sí cumple con él; finalmente, se expondrá la ausencia de justificación de la medida

regresiva, procurando desvirtuar el argumento de aquellos que invocan la sostenibilidad financiera como fundamento de dicha medida.

Ahora bien, la relevancia de la monografía se encuentra en que en un Estado Social de Derecho, como lo es Colombia, la tensión entre la obligación de no regresividad y la sostenibilidad financiera es un asunto neurálgico, más aun cuando se materializa en uno de los derechos sociales que ha generado mayores controversias, como lo es el derecho a la seguridad social en pensiones. Así, la importancia de esta monografía radica en que el tema que se propone abordar no solamente es de gran relevancia en la actualidad y para todos los miembros de la sociedad colombiana, sino que reivindica la función social del Derecho y, en el fondo, devela una pugna histórica, cual es la lucha por el pleno reconocimiento de los derechos sociales fundamentales y la superación de la tradicional categorización y relegación a la que se les ha sometido.

II. Los Derechos Sociales Fundamentales

1) El concepto de Derechos Sociales Fundamentales

El Estado Social de Derecho ha consolidado el concepto de *derechos sociales fundamentales*, el cual reivindica los denominados derechos económicos, sociales y culturales a partir de dos elementos inescindibles, la dignidad y la libertad humana, desvirtuando, a su vez, la relegación a la que estos han estado sometidos bajo la tradicional división generacional de los derechos.

Los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, esto es, derechos subjetivos con un alto grado de importancia –género próximo–, pero que son derechos de prestación en sentido estricto –diferencia específica– (Arango, 2012).

En primera medida, para comprender el concepto de derechos sociales fundamentales es preciso atender al de *derechos subjetivos*, pues aquellos se adscriben a ésta categoría. El derecho subjetivo consiste en “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (Maurer, citado por Arango, 2012, p.9).

Así pues, Arango (2012) propone que los derechos subjetivos son posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento, carente de justificación jurídica, ocasiona un daño inminente a su titular. Además, que tal clase de derechos gozan de tres características esenciales: (i) una norma jurídica; (ii) una obligación jurídica correlativa, radicada en cabeza de otro sujeto de derecho, diferente del titular; y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios.

En términos similares, Bastida sostiene que el derecho subjetivo es el “apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho)” (2010, pp.116-117). En este sentido,

dicho apoderamiento comprende la posibilidad de exigir a un tercero, particular o Estado, el cumplimiento de un deber.

A su vez, como resulta evidente, los derechos sociales fundamentales pertenecen a un género próximo, el de los *derechos fundamentales*. Éstos son derechos subjetivos con alto grado de importancia. En palabras de Alexy, “son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” (1997, p. 432). En la medida en que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, detentan las tres características antes mencionadas, todas las cuales gozan de una calidad distintiva, la de ser fundamentales o tener una gran importancia.

En la misma línea de Alexy (1997), la Corte Constitucional, en sentencia T-680 de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, determinó que la realización de los derechos fundamentales no puede depender de la simple mayoría legislativa. En este sentido, estableció que el desarrollo progresivo de un derecho –asunto que se abordará más adelante-, no puede ser argumento para oponerse a su exigibilidad. En palabras de la Corte, “el principio de inmunidad de los derechos sustrae a éstos de la libre disposición por parte de las mayorías”.

El “alto grado importancia”, como elemento propio de los derechos fundamentales, encierra un juicio de valor que está relacionado con una proposición normativa, esto es, con la norma jurídica fundamental que expresamente consagra el derecho o a partir de la cual éste deriva. En este orden de ideas, “sólo son fundamentales los derechos que participan de la fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la constitución” (Bastida, 2010, p.117). La Carta, como norma suprema “preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales (y en algunos casos incluso constitucionales) y los hace indisponibles por el legislador (e incluso por el órgano de reforma constitucional)” (Bastida, 2010, pp.117).

En consecuencia, el denominado alto grado de importancia está ligado con dos asuntos, a saber, la consagración constitucional de derechos subjetivos y el reconocimiento de derechos fundamentales innominados. La consagración de estos derechos en la Carta tiene por objeto revestirlos de una mayor protección, así como reconocer, automáticamente, su elevada trascendencia. En cuanto a lo segundo, no solamente los derechos explícitamente consagrados ostentan el carácter de derechos fundamentales, pues lo determinante es que exista una relación entre una posición jurídica fundamental y una disposición jurídica fundamental¹, en el sentido que “mientras más graves sean las consecuencias de la falta de reconocimiento de una posición jurídica individual, más peso tienen las razones para el reconocimiento de esa posición jurídica iusfundamental” (Arango, 2012, p. 35).

A partir de esto último es posible justificar la existencia de los denominados derechos sociales fundamentales adscritos por vía de interpretación. Se trata de los derechos sociales que no se encuentran expresamente consagrados en el texto constitucional, pero que, en todo caso, requieren de una disposición de derecho fundamental explícita que le sirva de fundamento. Como sostiene Arango (2012), la condición para su existencia es que se configure una correcta justificación constitucional a partir de la argumentación jurídica.

Ahora bien, los derechos sociales fundamentales, como derechos subjetivos, hacen parte de los *derechos a algo*, los cuales refieren a una relación en la que el titular tiene el derecho a una acción respecto al obligado. El derecho a algo “puede ser concebido como una relación triádica cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (a), su segundo miembro, el destinatario del derecho (b) y su tercer miembro, el objeto del derecho (g)” (Alexy, 1997, p. 187).

¹ Una disposición jurídica fundamental es una proposición normativa de rango constitucional que expresamente consagra un derecho fundamental o que funge como fundamento para el reconocimiento de uno. Por su parte, la posición jurídica fundamental es un derecho subjetivo fundamental, es decir, una atribución radicada en cabeza de un sujeto de derecho que es de tal entidad que goza de especial protección y estabilidad (Alexy, 1997).

De manera aún más concreta, en la teoría propuesta por Alexy (1997) y por Arango (2012), estos derechos hacen parte de los denominados *derechos a prestación en sentido estricto*, los cuales “son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares” (1997, p.482).

De otro lado, atendiendo a la estructura de los derechos sociales fundamentales, Arango (2012) los explica como derechos de la persona –titular- frente al Estado –obligado- en demanda de acciones fácticas positivas -objeto-.

En primer lugar, son de titular universal, es decir, todos los seres humanos son portadores de esos derechos, de manera tal que se erigen en derechos de todos. Ello porque todas las personas, independientemente de su pertenencia a un grupo o nación, están tan limitadas “en sus posibilidades de acción y en su ejercicio de la autonomía por el sistema económico imperante, que no pueden mantenerse libre e ilimitadamente con vida” (Arango, 2012, p. 68). Esto supone que son derechos generales o abstractos, lo que los hace determinables ante cada situación concreta. No obstante, los titulares son los individuos, personas naturales particulares, exclusivamente. Es decir, son derechos individuales, por oposición a los de carácter colectivo.

En segundo lugar, los derechos sociales fundamentales son *erga omnes*, dado que obligan a todas las personas, a la sociedad, entendida como un todo y, específicamente, al Estado, en su calidad de representante jurídico de aquella.

En tercer lugar, el objeto de los derechos sociales fundamentales comprende acciones fácticas positivas del Estado, las cuales pueden tomar lugar a través de diversas formas, es decir, son derechos a un estado fáctico de cosas que ha de ser garantizado. No obstante esta indeterminación y el hecho de que en el cumplimiento de su objeto “entre en juego la libertad de configuración del

legislador, [ello] no significa que en el caso de su inactividad (...) no exista un derecho fundamental a ser protegido” (Arango, 2012, p. 112).

Para dar claridad sobre el objeto de los derechos sociales fundamentales o derechos a prestación en sentido estricto, Alexy (1997) alude, a título de ejemplo, al derecho a un mínimo vital y sostiene que, para su realización, es indiferente la forma como se lleve a cabo la acción fáctica estatal y que, en realidad, lo decisivo es que después ella, el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia.

La particularidad del objeto del derecho social fundamental permite diferenciarlo, por un lado, de aquellos derechos que comprenden una acción negativa u omisión del Estado, es decir, de los derechos de defensa y, por otro lado, de aquellos derechos que tienen por objeto acciones positivas jurídicas, es decir, actos estatales de creación normativa.

2) La justificación de los Derechos Sociales Fundamentales

El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales ha ocurrido en el marco del Estado Social de Derecho, el cual designa, tal como afirmó la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, la naturaleza de aquel Estado que se encuentra comprometido con la defensa de los contenidos jurídicos materiales, esto es, que está abocado a ejercer funciones de corte intervencionista que propendan por la prosperidad social. En palabras de Böckenförd, en el Estado Social de Derecho la Constitución no solamente fija los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, ni organiza “la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los <<valores fundamentales>> del orden de la vida en común” (2002, p. 40).

Esta íntima relación entre Estado Social de Derecho y los derechos sociales fundamentales también ha sido resaltada por la Corte Constitucional, la cual, en sentencia C-1064 de 2001, magistrados ponentes Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño, afirmó:

(...) 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 (...).

En este marco, los derechos sociales fundamentales emanan de un discurso particular, el de la dignidad humana entendida, en palabras de Peces-Barba (2010), no solo como una posibilidad fáctica, sino como idea normativa. Precisamente, es en el carácter normativo de la dignidad, es decir, en el deber ser necesario para la realización de la persona, en donde se encuentran:

(...) las razones para la procura existencial, para la acción positiva de los poderes públicos, que utiliza, entre otros, el instrumento de los derechos sociales para ayudar a satisfacer necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos y que impedirían radicalmente el desarrollo de [su] dignidad. (Peces-Barba, 2010, p.87).

Así pues, los derechos sociales fundamentales han sido reconocidos como presupuesto para la realización social de la dignidad humana, en el sentido que comprenden la garantía, a todas las personas, de unas condiciones indispensables para hacer posible su vida en sociedad de manera digna (López, Bateman, Vengoechea y López, 2009).

De ahí que, al adoptar la postura de los derechos sociales fundamentales, es posible comprender que la clasificación de los derechos en diferentes categorías –derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos colectivos y del medio ambiente- es meramente artificial, pues todos ellos tienen un mismo origen y un mismo fin, la dignidad humana, la cual es, por esencia, unitaria. En esta medida, los derechos sociales no son inferiores a los demás, no se encuentran relegados a un segundo plano ni “son menos derechos” (Bazán, 2005 p.549). Por el contrario, como sostiene Cançado Trindade, citado por Bazán “a la integridad del ser humano

corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos” (2005, p.551), de manera que no existe una sucesión generacional, sino un proceso de acumulación y sedimentación de los mismos.

En efecto, la separación de los derechos solamente se explica por razones políticas y de coyuntura histórica, en el momento en que se discutieron los Pactos Internacionales al interior de la Organización de las Naciones Unidas. En realidad, “los derechos humanos son indivisibles como indivisible es la dignidad humana” (Nikken, 2010, p.70), razón por la cual no se admiten jerarquías entre ellos. Precisamente, la Proclamación de Teherán de 1968 resaltó el carácter inescindible de los derechos, al consignar que “los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Así mismo, la Declaración y Programa de Acción de Viena reconoció que “La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-, aprobado por la Ley 74 de 1968, así como del Protocolo de San Salvador, instrumento internacional que adicionó la Convención Americana de los Derechos Humanos y que fue aprobado mediante la Ley 319 de 1996, no solamente reconocen en su preámbulo el carácter inescindible de los derechos, sino que resaltan que el ideal del ser humano libre exige la garantía de los derechos sociales, así como reiteran que todos los derechos tienen su origen en la dignidad.

En este sentido, diferentes doctrinantes se han preocupado por la justificación de los derechos sociales fundamentales. A partir de una perspectiva global, estos responden a la incapacidad de los mercados para garantizar la plenitud de los derechos y, particularmente, a una visión del derecho como instrumento de progreso o cambio social.

Como sostiene Alviar (2009), la hegemonía liberal clásica en materia económica pregona que la mejor forma de distribuir los recursos al interior de la sociedad es permitir la libre actuación de las fuerzas del mercado. Igualmente, como considera que las actividades del Estado son improductivas, ellas deben ser reducidas a su mínima expresión para que la libertad individual, eje de la eficiencia económica, se desarrolle como es debido. Esta postura va de la mano de una relación ideal entre los derechos y el mercado, en virtud de la cual el Estado es un Estado mínimo, que no puede intervenir en la libertad connatural del hombre sin violar sus derechos; el mercado funciona de manera natural, de manera que las intervenciones del Estado deben ser neutrales y sólo son aceptables para controlar fallas previas al tráfico de bienes y servicios; y mientras los derechos de libertad se entienden como dados, los derechos sociales son meras declaraciones de intención o aspiraciones políticas (Arango, 2012).

En contraposición a esta relación ideal, Arango (2012) propone la relación real entre los derechos y el mercado. Ésta, parte del reconocimiento de las diferencias de hecho entre las personas, las cuales no solo impiden la realización de la libertad y de la igualdad, sino conllevan a que las condiciones de ejercicio de los derechos, para unas y otras, no sean las mismas. Desde esta postura, primero, la titularidad de un derecho, por sí sola, tiene escaso valor, pues “[l]os derechos requieren, para ser valiosos, poder ejercerse, lo que incluye su protección en caso de amenaza (...) [a]demás, su ejercicio debe garantizarse, lo cual cuesta” (p. 146); segundo, los mercados no son neutrales sino que están fomentados por la regulación estatal y están compuestos por limitaciones, dentro de las cuales se encuentran aquellas que garantizan el ejercicio de los derechos; y finalmente, como no existe asimetría entre los derechos, resulta indispensable la intervención del Estado frente a situaciones de déficit de recursos y de necesidad personal, puesto que:

Cuando los mercados no son fundados de manera neutral sino por el Estado, a favor de determinados intereses humanos, los déficitpersonales o las fallas del mercado no se pueden igualar por una posición neutral del Estado. Por el contrario, el Estado debe garantizar que la igualdad de

oportunidades sea real y efectiva para todos mediante la intervención a favor de las personas y grupos marginados y discriminados (Arango, 2012, p. 151).

Desde este contexto “[e]l derecho no cumple exclusivamente la función de promover una estructura neutral que permita una serie de reglas claras. El derecho se establece como el instrumento para alcanzar fines sociales deseables”(Alviar, 2005, p.163). En concordancia con Lemaitre (2009), el derecho implica la construcción de consensos sociales encaminados a normalizar la dignidad humana y permitir la transformación de la realidad mediante proyectos de redefinición de significados. Así pues, el derecho, como instrumento de cambio social, desempeña un rol fundamental en la labor de reducir o en lo posible eliminar las desigualdades y la indiferencia, finalidades que hacen necesario rechazar la relación ideal entre derechos y mercado y, por su parte, reconocer los derechos sociales fundamentales. En este orden de ideas, como propone Alviar (2005), se debe garantizar la más amplia representación ciudadana en el órgano legislativo; la realización de las normas, por parte del ejecutivo, dentro un marco amplio y dirigido a la redistribución de recursos y al bienestar; y la actitud más activa posible de la rama judicial en la corrección de las desigualdades sociales.

Ahora bien, de manera particular y muy de la mano de la relación real antes expuesta, Alexy (1997) pregona un argumento de libertad como justificación de los derechos sociales fundamentales, el cual se construye a partir de dos tesis.

La primera de ellas enseña que, más allá de la libertad jurídica, los derechos fundamentales deben asegurar la libertad fáctica, la cual consiste en la posibilidad radicada en cabeza de la persona para elegir lo permitido. Ello porque la sola libertad jurídica “de a para realizar o no realizar la acción h carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, a no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de h ” (Alexy, 1997, p. 486). De conformidad con esta tesis, la libertad solamente es real cuando el sujeto de derecho detenta las condiciones de la misma,

esto es, los presupuestos necesarios para ejercerla. Por su parte, la segunda tesis indica que “la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales” (Alexy, 1997, p.487).

En este orden de ideas, el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales deriva de una idea cardinal, a saber: asegurar la libertad, no solo la formal, sino, primordialmente, la libertad fáctica o real, pues “la idea de los derechos fundamentales es que las cosas que para el individuo son especialmente importantes y que pueden ser aseguradas jurídicamente lo sean” (Alexy, 1997, p.489). Sin la libertad fáctica, las libertades jurídicas se tornan en fórmulas vacías. Al respecto, Alexy (1997) afirma, de manera enunciativa, que “para el individuo tiene importancia existencial el no tener que vivir bajo el nivel de una existencia mínima”, de manera que no hay duda que para el menesteroso “tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, no le sirven para nada” (1997, p.488).

Así mismo, atendiendo a las interpretaciones del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Alexy sostiene que si el objetivo de los derechos fundamentales consiste en que la personalidad se desarrolle libremente, tales derechos deben asegurar los presupuestos para el uso de las libertades jurídicas, de manera que, en realidad, se trata de “normaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente” (1997, p.489).

Esta fundamentación basada en argumentos de libertad está íntimamente relacionada con la tesis de Amartya Sen (2000) quien propone un análisis del desarrollo entendido como un proceso de expansión de las libertades reales de los individuos. La innovación del Nobel de Economía es la prioridad que otorga a las libertades humanas, en contraposición a las posturas tradicionales que analizan el desarrollo a la luz del producto interno bruto y de la industrialización, entre otros

factores. En efecto, Sen sostiene que la calidad de vida se mide en función de la libertad y que ésta depende de otros elementos, diferentes de los mencionados, entre ellos, los derechos humanos.

De esta forma, Sen determina que el desarrollo “exige la eliminación de las principales fuentes de privación de la libertad: la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistemáticas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos”, entre otros (Sen, 2000, p. 20). Es decir, el desarrollo comprende la eliminación de la falta de libertades fundamentales, pues éstas tienen una doble expresión: funcionan como medio principal del desarrollo – papel instrumental- y como fin primordial del mismo –papel constitutivo-.

Sen argumenta que existen dos razones que explican la importancia de la libertad. Primera, las libertades individuales fundamentales son esenciales en la medida en que tener más libertad para realizar aquello que se valora, “1) es importante por derecho propio para la libertad total de la persona y 2) es importante para aumentar las oportunidades de la persona para obtener resultados valiosos” (2000, p. 35). Y segunda, la libertad es un determinante de la iniciativa individual y de la eficacia social, de manera que “el aumento de la libertad mejora la capacidad de los individuos para ayudarse a sí mismos, así como para influir en el mundo” (Sen, 2000, p.35) y provocar cambios, fenómeno que denomina “agencia del individuo”.

Así mismo, entre las libertades instrumentales a las que alude Sen (2000), es preciso rescatar dos: los servicios económicos y las oportunidades sociales. Los primeros refieren a las oportunidades de las personas de utilizar los recursos económicos para consumir, producir o realizar intercambios. Al respecto, cabe añadir que “los derechos económicos que tiene una persona dependen de los recursos que posea o a los que tenga acceso” (p.58). Por su lado, las segundas, refieren a los sistemas que tiene la sociedad y que influyen en la libertad fundamental del

individuo para vivir mejor, entre las cuales puede incluirse, en el caso colombiano, el Sistema Integral de Seguridad Social y, en particular, el Sistema de Pensiones.

En este orden, desde la postura de Sen (2000), el reconocimiento y el goce efectivo de los derechos fundamentales, entre ellos, los derechos sociales fundamentales y, en especial, el derecho a la seguridad social en pensiones, permite a las personas el ejercicio real y la expansión de sus libertades o, en palabras de Alexy (1997), posibilita la garantía de la libertad fáctica, más allá de la libertad jurídica. Ello en la medida en que “con suficientes oportunidades sociales los individuos pueden configurar en realidad su propio destino y ayudarse mutuamente” (Sen, 2000, p. 28). Más aún, la expansión y efectividad de las libertades no solamente desempeñan una función primordial en el campo individual, cual es la de enriquecer la vida y liberarla de restricciones, sino que permiten “ser personas sociales más plenas, que ejercer su propia voluntad e interactúan –e influyen- en el mundo en el que vive” (Sen, 2000, p. 31).

En cuanto a la justificación de los derechos sociales fundamentales, es posible concluir que responden a la necesidad de garantizar condiciones de vida digna a todas las personas mediante la reducción de brechas, privaciones o situaciones de déficit; a su vez, que la realización de la dignidad, mediante el goce de estos derechos, está íntimamente relacionada con la ampliación y el ejercicio efectivo de la libertad, entendida como la capacidad de las personas para elaborar su propio destino, esto es, para “llevar el tipo de vida que valoran y por las razones que tienen para valorar” (Sen, 2000, p.34). Finalmente, todo ello redundará en la máxima de procurar una mejor calidad de vida y, de manera particular, en la de evitar que los derechos sean meras fórmulas. Como más adelante se expondrá, el derecho pensional está encaminado a garantizar condiciones de vida digna no solamente a su titular, sino, incluso, a los miembros de su grupo familiar. En efecto, en tanto contrarresta la disminución o la pérdida de la capacidad económica

producida por la vejez, invalidez o la muerte, asegura estándares de bienestar que amplían el ejercicio fáctico de la libertad. Al asegurar una prestación periódica y pecuniaria, permite la construcción individual de un proyecto vital y repercute en el goce efectivo de otros derechos que suponen una cierta solvencia económica, los cuales pueden tener como titular a sujetos de especial protección constitucional, particularmente, personas de la tercera edad y niños de su grupo familiar.

III. La obligación de progresividad y la obligación de no regresividad

1) Contenido y alcance

El Estado colombiano, además de garantizar mediante normas de carácter constitucional y legal los derechos económicos, sociales y culturales, entendidos como derechos sociales fundamentales, ha ratificado multiplicidad de tratados internacionales, entre ellos, los antes mencionados PIDESC y Protocolo de San Salvador, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta.

Ahora bien, en tanto se trata de derechos subjetivos, su reconocimiento comporta, para el Estado colombiano, una serie de obligaciones correlativas, tanto de carácter constitucional como de carácter convencional, dentro de las cuales se incluye la de progresividad y, conjuntamente, la de no regresividad o prohibición de regresión, como también se le conoce.

1.1. El fundamento normativo.

Estas obligaciones encuentran consagración expresa en los artículos 2º del PIDESC, 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1º del Protocolo de San Salvador, así como, en materia de seguridad social, en el 48 de la Carta Política, cuyo tercer inciso establece: “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”.

El párrafo 1 del artículo 2º del PIDESC dispone que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos en su clausulado.

A su vez, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humano establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan, entre otras, de las normas económicas y sociales

contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa, así como por otros medios apropiados.

En términos prácticamente idénticos a los que utiliza el PIDESC, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador regula la mencionada obligación, al anotar, de manera adicional, que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos, según su grado de desarrollo.

1.2. El sustento fáctico.

La obligación de progresividad se edifica a partir del reconocimiento de una realidad, como lo es la escasez de recursos y, consecuentemente, la imposibilidad en que se encuentran los Estados de garantizar, inmediatamente, la plena y total efectividad de los derechos sociales fundamentales frente a todos sus ciudadanos. “Ella constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los [DESC] en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo” (Dulitzky, 2004, p. 95), teniendo en consideración que la generalidad de tales derechos comporta una prestación económica a cargo del Estado o, como antes se expuso, teniendo presente que los derechos sociales fundamentales tienen por objeto una actuación fáctica en cabeza del mismo.

En efecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano de interpretación autorizada del PIDESC, determinó que la obligación en comento deriva del reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de estos derechos no puede lograrse en un breve período tras la entrada en vigor del tratado, lo cual, en todo caso, no le resta contenido significativo a la obligación misma, puesto que:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata (Observación general N° 3, párr. 9).

Así pues, el contenido de esta obligación está dado porque los Estados, a medida que transcurre el tiempo, deben reconocer mayores estadios de protección, hasta lograr una garantía plena de los derechos sociales fundamentales. Se trata de la obligación de procurar constantemente su realización, pues impone que “tales medidas se adopten de manera constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párr. 11, citada por Dulitzky, 2004, p.93).

1.3. La obligación de adoptar medidas progresivas.

Ahora bien, aunque de la progresividad se deriva que la plena realización de los derechos en comento toma lugar de manera paulatina, las medidas para lograr este objetivo deben ser adoptadas por los Estados dentro un plazo razonable y deben ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en los tratados respectivos” (Dulitzky, 2004, p.94). Ello implica que los Estados deben proceder de la manera más expedita posible con el objeto de alcanzar la realización efectiva de los derechos.

Sobre esta particularidad, el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado que aunque el Pacto prevé la realización escalonada de los derechos, teniendo en consideración la restricción de recursos en los Estados, también les impone obligaciones de cumplimiento inmediato, cuyo contenido no se encuentra condicionado. Una de ellas es el compromiso de garantizar los derechos a todas las personas, sin discriminación alguna, y otra es, precisamente, la de adoptar medidas. Al respecto determinó, en su Observación General No. 3, que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados”.

Así mismo, sobre la adopción de medidas, el Comité consideró, en desarrollo del artículo 2 del Pacto, que no solamente las legislativas constituyen mecanismos apropiados, sino también hacen parte de ellas, sin agotarlas, las medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social. En cualquier caso, tal como señala Dulitzky (2004), se trata de la adopción de medidas internas que sean efectivas tras el propósito de armonizar el ordenamiento del Estado con las normas convencionales, lo cual incluye la derogación de disposiciones que le sean incompatibles.

De manera más global, el Comité recalcó que el Pacto es neutral con relación a los sistemas políticos y económicos y que no es posible atribuir sus principios a ninguno de ellos, de manera que ni exige ni excluye que cualquier tipo de sistema pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de medidas, siempre y cuando todos los derechos humanos se respeten. Además, estableció que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en multiplicidad de sistemas económicos y políticos, a condición de que se garantice la interdependencia e indivisibilidad con los demás derechos.

En todo caso, la obligación de progresividad, como obligación de hacer en cabeza de los Estados, no se limita al diseño de programas orientados a solventar las situaciones de déficit, sino que comprende la provisión efectiva de bienes y servicios. De lo contrario, afirmar que los Estados están exclusivamente obligados a “la creación de políticas públicas tendientes a garantizar estos derechos, dejando aparte la efectiva provisión del bien o servicio, sería utilizar la obligación de progresividad como excusa para el incumplimiento” (López y García, 2008, p.222).

1.4. La disponibilidad de recursos.

Por otra parte, es preciso referirse a la disponibilidad de recursos a la que aluden las normas antes expuestas. El concepto de recursos no se circunscribe a los de carácter monetario, sino que comprende, en términos generales, los recursos necesarios, entre ellos, humanos, tecnológicos y de

información. Así mismo, los recursos de que dispone un Estado no son solamente aquellos que provienen de sus arcas, sino los que tienen su origen en la cooperación y asistencia de la comunidad internacional e, incluso, los que se originan en el sector privado (Rossi, 2006).

Sobre los recursos que proceden de la comunidad internacional, el Comité resaltó, en su Observación No. 3 que, de conformidad con los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, los principios del Derecho Internacional y las disposiciones del Pacto, “la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados.” De ahí que corresponde a los Estados que se encuentran en condiciones de ayudar a los demás, hacerlo efectivamente.

Igualmente, el Comité puso de presente que, aunque el Estado demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, subsiste en su cabeza la obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos según las circunstancias reinantes. De manera aún más exigente indicó que, como consecuencia de las limitaciones de recursos a las que se enfrentan los Estados, no se elimina la obligación de vigilar la medida de realización o de no realización de los derechos, así como la de elaborar estrategias para su promoción. En esta misma línea, destacó que, incluso en escenarios de grave restricción de recursos, deben proteger a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.

1.5. La obligación de no regresividad.

Como se ha mencionado, de la obligación de progresividad surge la obligación de no regresividad, pues, tal y como sostiene Julieta Rossi (2006), la exigencia mínima y lógica que deriva de la progresividad antes descrita consiste en que a los Estados no les esté permitido adoptar medidas que reviertan el nivel alcanzado de los derechos sociales fundamentales. El mismo Comité ha determinado que la obligación de progresividad supone, cuando menos, dos obligaciones

adicionales: la de mejorar continuamente el disfrute de los derechos y la de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (Sepúlveda, 2006).

Ahora bien, Courtis (2006) considera que la regresividad puede ser entendida desde dos perspectivas, a saber: la regresividad del resultado y la regresividad normativa. La primera de ellas refiere a una política pública adoptada por el Estado, en el sentido que sus resultados empeoran o desmejoran, con relación con los que existían en un momento temporalmente anterior que se utiliza como parámetro de comparación; desde esta noción de regresividad, se exige la utilización de indicadores o referencias empíricas. Por su parte, la segunda, la regresividad normativa, hace referencia a la extensión de los derechos reconocidos por una norma jurídica, de manera que “para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior” (2006, p.4).

La no regresividad es, entonces, una obligación de contenido negativo que ha sido entendida por tribunales y doctrina como una obligación de respeto, en el sentido de que los Estados deben abstenerse de adoptar cualquier clase de medida que desmejore el nivel alcanzado por los derechos sociales fundamentales. Esto es, la regresividad consiste en “la vuelta en materia de contenido de derechos a una situación anterior, en el sentido de menos favorable para titular del derecho en cuanto al contenido de aquel” (Ponce Solé, 2013, p.23).

En este orden de ideas, la obligación de no regresividad está constituida por la prohibición de adoptar medidas, entre ellas, políticas públicas y normas jurídicas, que desmejoren el nivel de protección o satisfacción de los derechos sociales fundamentales. Como ya se adelantaba, esta obligación se deriva de la de progresividad, que es ampliatoria, en la medida en que si “el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de

reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes” (Courtis, 2006, p. 10).

Adicionalmente, la obligación de no regresividad, por un lado, constituye una restricción y, por otro, una garantía. Se erige en una limitación al Estado y a todas las manifestaciones de ejercicio de la función pública, en particular, al legislativo y al ejecutivo, en tanto supone que deben abstenerse de adoptar medidas que supongan un retroceso en el camino escalonado de estadios de protección de los derechos sociales. A su vez, como el mismo Courtis (2006) sostiene, para las personas individualmente consideradas, la obligación de no regresión supone una garantía de mantenimiento de los derechos y de su nivel de realización, teniendo como parámetro el nivel de protección alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de la obligación de progresividad, haya implementado una mejora.

De otro lado, la regresividad comporta una presunción de inconstitucionalidad que puede ser desvirtuada por el Estado, quien tiene la carga argumentativa de justificar la medida regresiva adoptada. Ello supone la inversión de la carga de la prueba, puesto que, mientras al particular le corresponde acreditar el carácter regresivo de la medida, demostrando que existe un retroceso en la satisfacción del derecho, lo cual, de suyo, genera la presunción de inconstitucionalidad, es al Estado a quien le incumbe justificar la medida que dio lugar a la regresión (Courtis, 2006).

En este sentido, quien se proponga impugnar una norma jurídica regresiva debe efectuar un juicio de comparación en el que se haga explícito que la correspondiente disposición es menos favorable que la que le antecede, lo cual se configura “cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían soportarse” (Courtis, 2006, p.42).

Ahora bien, del contenido del artículo 4 del PIDESC y del 5 del Protocolo de San Salvador se deriva que los Estados solamente pueden restringir los derechos mediante leyes, en tanto y en cuanto la medida sea compatible con su naturaleza y siempre que tenga por objeto promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Según los Principios de Limburgo -48 y siguientes-, ley es la ley nacional de aplicación general, clara y accesible para todos, coherente con el PIDESC y vigente en el momento de aplicar la limitación a los derechos, la cual, además, no puede ser arbitraria, irrazonable ni discriminatoria. Sobre este mismo punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó, en su Opinión Consultiva No. 6, que solamente las leyes en sentido formal tienen la aptitud de restringir el goce o ejercicio de los derechos, de manera que debe entenderse que las leyes son actos normativos o normas jurídicas de carácter general, enderezadas al bien común, emanados del poder legislativo, constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, que han sido elaboradas de acuerdo al procedimiento constitucional de cada Estado y que son promulgadas por el poder ejecutivo.

Además, el que las medidas restrictivas no puedan suponer un desconocimiento de la naturaleza de los derechos sociales fundamentales conlleva que se preserve su contenido mínimo, como antes se expuso. Finalmente, los Principios de Limburgo enseñan que una sociedad democrática es aquella que reconoce y respeta los derechos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos humanos, y también resaltan que el hecho de que las medidas no pueden socavar el funcionamiento democrático de la sociedad debe entenderse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones.

Por último, es indispensable referirse al fundamento de la obligación de no regresividad, dado que se encuentra íntimamente relacionada con la base de los derechos sociales fundamentales, antes presentada. Courtis (2006) expone dos fundamentaciones: la primera de ellas alude a la seguridad

jurídica y a la protección de la confianza, nociones que nacieron en el Estado Liberal pero que, en el Estado Social de Derecho, se extienden a las conquistas sociales para garantizar su permanencia y estabilidad; la segunda, refiere al contenido del concepto de Estado Social de Derecho, pues éste comprende la satisfacción de necesidades básicas para garantizar la dignidad.

Recuérdese que el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales parte del imperativo de asegurar condiciones que permitan a todas las personas tener una vida digna y, a su vez, materializar la libertad del ser humano. En este mismo sentido, la prohibición de regresividad es la proscripción de medidas estatales que retrotraigan el nivel de satisfacción de estos derechos y, en consecuencia, la veda de medidas que restablezcan las situaciones de déficit que hagan ilusoria la libertad y que contravengan las condiciones de dignidad.

2) Las obligaciones de progresividad y no regresividad en la doctrina del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Como se ha dicho, el Comité ha desarrollado ampliamente la obligación de progresividad y, por consiguiente, la de no regresividad a través de sus Observaciones Generales y, particularmente, mediante la número 3, sobre *“La índole de las obligaciones de los Estados Partes”*.

Además de las perspectivas del Comité antes expuestas, es preciso resaltar lo que Rossi (2006) ha denominado las dos etapas del estándar legal para evaluar la legitimidad de medidas regresivas.

Respecto de la primera etapa, Rossi expone que de las consideraciones del Comité se deriva un estándar riguroso al que deben sujetarse los Estados en la tarea de justificar una medida regresiva, en el sentido que “una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituyen suficientes razones para validar medidas que retroceden en el nivel de vigencia de un derecho” (2006 p.90). Al respecto, el Comité sostuvo, en la Observación General

No.3 que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto” y en consideración del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos a disposición.

Así, le corresponde al Estado demostrar los siguientes elementos, a saber: (i) que la medida regresiva respecto de uno o algunos de los derechos reconocidos en el Pacto tiene como propósito la preservación de la totalidad de los mismos; (ii) que la medida es necesaria, lo cual implica que efectuó un análisis exhaustivo de las alternativas disponibles; y (iii) que tuvo que adoptar la medida regresiva, aunque utilizó el máximo de los recursos de que disponía (Rossi, 2006).

Por su parte, Rossi (2006) indica que, en la segunda etapa, el Comité modificó el estándar de evaluación de las medidas regresivas, en el sentido de limitar todavía más el ámbito posible de justificación de las mismas. Ello por cuanto consideró que las medidas regresivas que conculcan el contenido mínimo de los derechos reconocidos en el Pacto son, sin más, violatorias de las obligaciones impuestas a los Estados. Esto es, el Comité no acepta, en manera alguna, este tipo de medidas regresivas, pues se erigen en la garantía básica que exige el Pacto.

Como la misma Julieta Rossi sostiene, “el contenido mínimo de un derecho refiere a los elementos esenciales o a los rasgos básicos sin los cuales el derecho queda desnaturalizado o se torna irreconocible” (2006, p.95). A su vez, en su Observación General No.3, el Comité indicó que si se interpretara que el Pacto no establece una obligación mínima respecto de los derechos, el convenio carecería de razón de ser, de manera que adoptó la opinión de que cada Estado tiene una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, cuando menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos.

Esta intensificación del estándar aparece reflejada en la doctrina sentada por el Comité en sus Observaciones generales, particularmente, en la No. 3, por oposición a la No. 14 y a la No. 15.

En la primera de ellas, la No. 3, demostrativa de la primera etapa expuesta, el Comité reconoció la posibilidad de que los Estados justifiquen una medida regresiva que vulnere las obligaciones mínimas. El Comité sostuvo que

Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

Por el contrario, en la Observación General No. 14, acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, sostuvo que “Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables” (párr. 47). A su vez, en la Observación General No. 15, sobre el derecho al agua, el Comité indicó que “Cabe señalar que un Estado Parte no puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párr. 37 supra, que no pueden suspenderse” (párr. 40)².

3) Las obligaciones de progresividad y no regresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana no ha desarrollado la obligación de progresividad, como sí lo ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es más, como el mismo juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dejó en claro en el texto de su voto concurrente a la sentencia de 21 de mayo de 2013, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, “en ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto” (párr.14), refiriéndose al artículo 26 de la Convención.

² Los párrafos 43 y 37 de las Observaciones Generales No. 14 y 15 contienen, respectivamente, un listado de obligaciones básicas y de efecto inmediato que, por su extensión, no se transcriben. Para mayor claridad, consultar las Observaciones del Comité.

Lastimosamente, la indicada Corte ha sido tímida en lo que atañe a la vulneración de estas obligaciones, pues ha asumido la cómoda posición de limitarse a hacer una mera alusión a la progresividad y a la no regresividad o, cuanto mucho, ha echado mano de las consideraciones del Comité. En este mismo sentido López y García (2008) sostienen que en ninguno de los casos en los que ha habido violaciones a los derechos sociales fundamentales, la Corte ha hecho manifestación expresa sobre las violaciones al artículo 26 de la Convención o al artículo 1º del Protocolo, sin ligarlo a la vulneración de un derecho civil y político.

En el caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, la Corte evaluó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Yakye Axa. La Corte se limitó a “*tomar nota*” sobre el hecho de que el Estado se allanó parcialmente a las pretensiones de los representantes de las víctimas respecto de la garantía de desarrollo progresivo, “pero con la salvedad de que ello se ve sensiblemente afectado por las limitaciones propias del Paraguay en su condición de país de menor desarrollo relativo y por las inequidades del comercio internacional.” (párr. 204).

Igualmente, en el caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, sentencia de 1 de julio de 2009, la Corte evaluó la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de dos sentencias del Tribunal que ordenaban nivelar las pensiones y restituir los montos adeudados a 273 miembros de la Asociación de Cesantes Jubilados de la Contraloría de la República del Perú. En esta providencia, la Corte recordó que aunque la Comisión no alegó el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, la presunta víctima, sus familiares o sus representantes, están facultados para invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, respetando los hechos que ella haya presentado. Acto seguido, se refirió a la interpretación que de las

obligaciones en comento ha sentado el Comité, la cual no se justifica reiterar, y concluyó que la regresividad efectivamente es justiciable.

Ahora bien, el caso más recordado por la doctrina como aquel en que se echó de menos un pronunciamiento de la Corte sobre la violación de la obligación de progresividad, es el de Cinco Pensionistas Vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003³. Como sostiene Courtis (2006), el objeto en litigio ofrecía a la Corte la posibilidad, lamentablemente rechazada, de sentar su posición sobre la justiciabilidad del artículo 26 y, especialmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, en dicha oportunidad, la Corte se pronunció sobre la responsabilidad internacional del Estado con ocasión de la modificación del régimen de pensiones que venían disfrutando, hasta el año 1992, los cinco pensionistas, así como con ocasión del incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de Perú, los cuales ordenaron realizar ciertos pagos a su favor.

La Comisión Interamericana solicitó a la Corte declarar la responsabilidad de Perú por la violación, entre otros, del artículo 26 de la Convención, esto es, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En palabras de la Comisión,

(...) el Estado violó dicho artículo al dictar el Decreto-Ley N° 25792, el cual “constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme al Decreto Ley N° 20530 y sus normas conexas”, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las presuntas víctimas. A partir de la entrada en vigencia del Decreto-Ley N° 25792, los cinco pensionistas pasaron a recibir aproximadamente una quinta parte de la pensión (...) (párr. 142).

No obstante, la Corte desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre este asunto y, finalmente, fundó la declaración de responsabilidad internacional de Perú en la violación del derecho a la propiedad privada –artículo 21- y de la protección judicial –artículo 25-.

³Este caso sirvió de argumento en la sentencia C-258 de 2013, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual se declaró inexecutable parte del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

La Corte consideró que los derechos sociales fundamentales y, entre ellos, el derecho a la seguridad social y, específicamente, a la pensión, tienen una dimensión individual y una colectiva pero, de manera particular, determinó que su desarrollo progresivo debe medirse “sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente” (párr. 147).

Este escasodesarrollo de las obligaciones en comento contrasta con la labor que ha realizado el Comité. Es más, existe una oposición entre la interpretación sentada por el Comité y la somera dilucidación de la Corte. De la primera se desprende que la obligación de no regresividad comprende tanto supuestos de afectación individual y colectiva, como de toda la población; por su parte, de la segunda se exige una afectación de carácter general, lo cual restringiría enormemente la aplicación de la normas que consagran la no regresividad, “contrariando su letra y espíritu y dejando un amplio margen a los Estados para adoptar disposiciones peyorativas que afectan a grupos específicos o a víctimas individuales” (Rossi, 2006, p. 86). Además, Rossi sostiene que la interpretación de la Corte parece implicar que, en el marco de un caso individual, dicha Corporación debiera supervisar las situaciones generales, lo que no está dentro de su limitada competencia. Sobre ello, el juez Roux Rengifo, en su voto concurrente, expresó que esa entidad:

(...) no puede ejercer una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos (...). El tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que éstas tengan que alcanzar determinado número.

IV. El derecho a la seguridad social en pensiones como Derecho Social Fundamental

En tanto Estado Social de Derecho, Colombia otorgó rango constitucional al derecho a la seguridad social -artículo 48 de la Carta- y, por esa vía, al derecho a la seguridad social en pensiones. A su vez, estos derechos encuentran fundamento normativo en diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 9 del PIDESC, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador y el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todos los cuales, como antes se señaló, forman parte del bloque de constitucionalidad.

El derecho a la seguridad social en pensiones surge del carácter social del ser humano y, específicamente, del reconocimiento de una inocultable realidad: el hombre es un ser con carencias. La finalidad última de este derecho es otra que la de garantizar la vida digna, asegurando a todas las personas naturales respecto de las cuales concurren los presupuestos de ley, condiciones de bienestar que les permita, en la medida de lo posible, su desarrollo personal y la construcción de su propia experiencia vital mediante el ejercicio fáctico de la libertad.

En este sentido, el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, establece como su objeto el “obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”. De ahí que, en términos generales, los mencionados derechos se encuentren orientados a la atención de determinados riesgos o contingencias y, consecuentemente, a la satisfacción de necesidades humanas que son correlativas a aquellos.

Ahora bien, retomando la propuesta de Arango (2012), y en la medida en que el derecho a la seguridad social en pensiones tiene la naturaleza de un derecho social fundamental, su estructura es la de un derecho de la persona frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas.

Así, el derecho pensional es de titular universal, en el sentido que todas las personas, en abstracto, son portadoras del mismo. Así, el artículo 48 de la Constitución consagra que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social” y, se añade, como especie de aquella, el derecho a la pensión. De esta forma, retomando a Arenas (2011) y Castillo (2006), a partir de la Carta Política de 1991, estos derechos fueron desligados de la condición de trabajador o asalariado y, por el contrario, trascendieron el contrato laboral para configurarse como derechos subjetivos inherentes a toda persona. Al respecto, la Corte, en sentencia T-471 de 1992, magistrado ponente Simón Rodríguez Rodríguez, sostuvo que:

La Constitución ha prohibido un avance en cuanto a la seguridad social al consagrarla en sentido universal, porque hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o de la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona.

Cabe señalar que la circunstancia de que el derecho a la seguridad social en pensiones se califique como uno de titular universal no implica que toda persona, sin más, efectivamente sea acreedora a una pensión. Por el contrario, enseña que no se trata de un derecho de clase, circunscrito a determinado grupo social o, como se dijo, privativo de los trabajadores. Más aún, indica que se trata de un derecho que se explica en la condición de ser humano, sin sujeción a otras circunstancias. Además, supone que se trata de un derecho general que habrá de ser concretado en cada situación, atendiendo a las circunstancias particulares de su titular (Arango, 2012).

El hecho de que el derecho pensional se materialice respecto de aquellas personas que ostenten la calidad de afiliadas al Sistema y, a su vez, se configuren los supuestos de hecho previstos en la ley, no desdice su carácter universal, término empleado por Arango (2012). Ello porque está radicado en cabeza de todas las personas, sin discriminación alguna, pero supone el cumplimiento

de unas cargas, como lo es el pago de cotizaciones, así como exige, para su materialización, que se cumplan los presupuestos legales.

A lo anterior debe sumársele, como resulta evidente, que el derecho a la pensión goza de la calidad de derecho individual, por oposición a los derechos colectivos, dado que solamente las personas naturales individualmente consideradas son titulares del mismo (Arango, 2012).

Igualmente, atendiendo la estructura propuesta por Arango (2012) el derecho a la pensión es un derecho *erga omnes*, en el sentido que obliga a la sociedad en su conjunto y, particularmente, al Estado, entendido como su representante. Precisamente, el artículo 48 de la Carta reconoce en la seguridad social – que cobija las pensiones- una doble naturaleza jurídica, en el sentido de consagrar, desde la perspectiva del sujeto beneficiado, que se trata de un derecho irrenunciable, y disponer, a su vez, que es un servicio público de carácter obligatorio cuya dirección, coordinación y control corresponde al Estado.

Por último, en cuanto al tercer elemento que compone la estructura de los derechos sociales fundamentales, cabe señalar que el objeto del derecho a la seguridad social en pensiones está conformado por un estado fáctico que debe ser garantizado por el Estado, siguiendo la estructura de Arango (2012). Se trata de un derecho de contenido económico que se materializa con ocasión de un riesgo de carácter común que da lugar al pago periódico de una suma de dinero, por regla general vitalicio, sujeta a reajuste anual.

El objeto particular del derecho pensional es cubrir la contingencia de pérdida o disminución de la capacidad económica del mismo pensionado y de su grupo familiar, bien porque se produce la desocupación o retiro del afiliado del mercado laboral –pensión de vejez-, bien porque el afiliado pierde el 50% o más de su capacidad laboral –pensión de invalidez- o bien porque el cotizante o pensionado fallece –pensión de sobrevivientes- (Ley 100 de 1993). Es decir, la situación de hecho

que el Estado debe garantizar consiste en la percepción de una prestación pecuniaria que, a modo de un ingreso mensual, asegure al pensionado y a su familia los medios de subsistencia adecuados para vivir en condiciones dignas y para que pueda desarrollarse y gozar de otros derechos que exigen una cierta solvencia económica.

Es así como el contenido del derecho pensional no es otro que el de asegurar el bienestar de las personas cuando se configure alguno de los riesgos de origen común –vejez, invalidez o muerte-, mediante el pago de una prestación que no constituye un obsequio del Estado, sino que corresponde a una prerrogativa construida por el propio afiliado. La Corte Constitucional, en sentencia C-546 de 1992, magistrados ponentes Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, determinó que la pensión “constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo” y, particularmente, que “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”.

De manera particular, tal y como sostiene Castillo (2011), el objetivo que persigue la pensión de vejez es “asegurar un ingreso digno (aceptable) para el afiliado, que le permita vivir con cierta holgura durante su etapa de descanso después de una vida dedicada al trabajo”; el que busca la pensión de invalidez es garantizar un ingreso a quien “no puede procurarse su propio sustento mediante el desempeño de un trabajo” (p. 81); y finalmente, el de la pensión de sobrevivientes consiste en evitar que se desmejore la situación económica del grupo familiar, como consecuencia de la muerte del cotizante o del pensionado.

Ahora bien, retomando a Alexy (1997), el fundamento del derecho a la seguridad social en pensiones radica en su alto grado de importancia, la cual se evidencia tanto en su carácter irrenunciable, como en su justificación.

En primer lugar, como se señaló, la Constitución dispone que la seguridad social – que como se dijo cobija la seguridad social en pensiones- es un derecho irrenunciable, lo cual deriva del denominado orden público laboral, en virtud del cual se comprende que existe un interés especial de la sociedad en el reconocimiento y protección de este derecho, de manera que no le es lícito a su titular renunciar al mismo, por constituir un mínimo de garantía (Arenas, 2011).

Además, como indica Arenas (2011), el principal desarrollo de la irrenunciabilidad se encuentra en que carecen de efecto las estipulaciones que afecten el derecho tal y como fue regulado en la ley, lo cual denota una estricta limitante a la autonomía de la voluntad privada con miras a mantener incólume el derecho respecto de intereses particulares que pudieran reducirlo a su mínima expresión o convertirlo en una mera proclamación formal de la ley.

En segundo lugar, este derecho encuentra sustento en la garantía de la dignidad humana, mediante un pago mensual que busca cubrir la pérdida o afectación de la capacidad económica, entendida como presupuesto indispensable tanto para la vida en sociedad, como para el desarrollo individual, lo cual comprende el ejercicio de otras prerrogativas concedidas por el ordenamiento jurídico. Precisamente, del goce del derecho a la pensión se desprenden otros “como el tener una vivienda digna, garantizar la educación de los hijos o personas a cargo y el mismo derecho a la vida, pues su alimentación y atención en salud puede depender de ese ingreso” (Vásquez y Muñoz, 2010, p. 58).

Sobre este asunto, cabe resaltar que el derecho a la seguridad social en pensiones se encuentra en íntima relación con el mandato impuesto por la Constitución al Estado en su artículo 13, en el sentido que debe proteger, de manera especial y preferente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Las más de las veces, el derecho en cuestión tiene como titular a sujetos de especial protección

constitucional, personas de la tercera edad, respecto de las cuales el artículo 46 de la Constitución Política dispone que el Estado, la sociedad y la familia, concurrirán para su protección y asistencia, promoverán su integración a la vida activa y comunitaria, así como que el “Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral”.

Si bien han sido diversos los criterios acogidos por la Corte Constitucional para establecer el momento en que inicia la tercera edad y, por ello, la protección constitucional reforzada, lo cierto es que ello demuestra aún más el carácter fundamental de este derecho, al punto que la Corte, para su protección, hace flexible el estudio de procedibilidad de la acción de tutela abandonando la tradicional división de los derechos. En sentencia T-485 de 2011, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, dicha Corporación determinó que las personas de la tercera edad deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce de los derechos fundamentales y sentó, “como regla general, la no idoneidad de los medios ordinarios frente a este grupo de especial protección constitucional si se halla acreditado que someterlas al trámite de un proceso ordinario podría causar un resultado en exceso gravoso”.

Así mismo, el derecho a la pensión está ligado a la protección de la familia y de los niños. De un lado, porque la pensión de vejez y la pensión de invalidez, al permitirle al pensionado hacerse a un ingreso cuando se ha retirado de la fuerza laboral o cuando no puede laborar debido a su incapacidad, repercute, a su vez, en el bienestar del grupo familiar al que pertenece el pensionado, especialmente cuando aquel tiene a su cargo el sustento económico de su grupo familiar. De otro lado, porque la pensión de sobrevivientes, precisamente, busca salvaguardar la capacidad económica del grupo familiar del cotizante o pensionado que fallece. Sobre este asunto, cabe recordar que el artículo 5 de la Constitución establece que el Estado ampara a la familia como

institución básica de la sociedad y, por su lado, el artículo 44 consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás.

De otro lado, retomando la teoría de Alexy (1999), cabe agregar que la altísima importancia del derecho a la pensión conlleva a que su otorgamiento no pueda quedar sujeto a la voluntad de la mayoría parlamentaria, sin perjuicio de la libertad de configuración del legislador para desarrollarlo. Como sostiene Arenas (2011), el derecho a la seguridad social –y a la pensión- goza del máximo nivel de validez jurídica en cuanto “tiene una trascendencia jurídico-política indiscutible: todo el aparato está comprometido con su realización y efectividad”(p.129), lo cual conlleva, al mismo tiempo, a que sea inderogable por el legislador ordinario, pues su consagración constitucional lo ha revestido de una especial protección y permanencia.

Finalmente, se descarta el argumento que se opone al carácter fundamental del derecho a la seguridad social en pensiones por haber sido introducido en el Capítulo III del Título II de la Constitución, referente a los denominados derechos económicos, sociales y culturales, puesto que dicha postura, aparte de ser meramente formalista, desconoce el carácter inescindible de los derechos, busca perpetrar una categorización perversa que reduce algunos de ellos a solas proclamaciones programáticas y, además, omite los criterios que determinan la fundamentalidad.

Ello supone traer a colación los derechos sociales fundamentales “*adscriptos*”, esto es, aquellos que no se encuentran expresamente consagrados como tales en la Carta Política, pero que sí tienen esa connotación dada su estructura y razón de ser. Como sostiene Arenas (2011), la misma Corte Constitucional ha adoptado, en diversas providencias, una postura que reivindica la seguridad social y los derechos derivados de la misma, como fundamentales.

V. La obligación de progresividad y la de no regresividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional se ha referido en numerosas providencias a la obligación de progresividad y a la prohibición de regresión. A continuación se presenta una línea jurisprudencial que, en ciertos aspectos, retoma las características y elementos de la propuesta por Diego E. López Medina (2009)⁴.

La primera sentencia en la que la Corte se pronunció de manera expresa sobre estas obligaciones fue en la **C- 251 de 1997**, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, a través de la cual adelantó el control de constitucionalidad automático, integral y previo, del Protocolo de San Salvador, así como de su Ley Aprobatoria, 319 de 1996.

En esta providencia la Corte determinó que la obligación de progresividad se encuentra en plena armonía con la Constitución Política. Su análisis partió de la consideración de dos normas superiores, a saber: el artículo 2º, que radica en cabeza de las autoridades del Estado el deber de hacer efectivos todos los derechos constitucionales, y el artículo 1º, que consagra la fórmula del Estado Social de Derecho. En efecto, la Corte señaló que éste exige acciones para la satisfacción de las necesidades sociales, de manera que “la oferta o el compromiso estatal para atender en concreto dichas necesidades requiere ser traducido a la realidad, más aún cuando se trata de proteger o amparar derechos fundamentales”.

⁴ Es de señalar que la C-251 de 1997, en estricto sentido, no hace parte de la línea jurisprudencial porque en ella la Corte no se pronunció sobre la progresividad y la no regresividad para dar solución a un problema jurídico concreto sobre la constitucionalidad de ciertas normas, sino para determinar si dichas obligaciones, en sí mismas, se ajustan a la Carta Política. No obstante, ella es lo más cercano a una sentencia fundadora de línea, en el sentido que (i) fue proferida en el periodo inicial de la Corte, (ii) abordó ampliamente las mencionadas obligaciones, aunque lo hizo adoptando la doctrina internacional y (iii) es el pronunciamiento al que la misma Corte remite al resolver un problema jurídico concreto sobre esta materia.

Como se adelantaba, la Corte retomó *in extenso* la doctrina internacional autorizada, concretamente, los informes oficiales del Relator y del mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Principios de Limburgo, doctrina que haya sido expuesta. Esto es, la posición sentada por la Corte en esta primera sentencia es plenamente concordante con la desarrollada en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues particularmente en lo relacionado con el análisis del artículo 1º del Protocolo asumió la misma doctrina del Comité, sin limitar y sin expandir su alcance.

En este sentido, la Corte recalcó que si bien la efectividad plena de los derechos sociales fundamentales no puede ser garantizada de forma inmediata, la obligación de progresividad no implica que los Estados puedan demorar la toma de las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, sostuvo el deber de adoptar todas las medidas posibles es inmediato, es decir, exige que los Estados actúen tan rápidamente como les sea posible, de forma que, “bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos” (Principio de Limburgo No. 21).

Igualmente, sostuvo que los derechos sociales, en tanto son derechos de prestación, tienen un contenido esencial que debe ser garantizado de forma inmediata, el cual refiere al derecho mínimo de subsistencia o al mínimo vital. En este orden de ideas, resaltó que la progresividad no significa que los Estados Parte estén exentos de incurrir en violaciones, pues incumplen su obligación internacional cuando, sin razones poderosas, no aseguran ese mínimo vital. Así mismo, la Corte afirmó que los Estados incumplen la obligación internacional en comento en aquellos eventos en los cuales se acredite que “los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos”.

Ahora bien, al analizar la constitucionalidad del artículo 2º del Protocolo, la Corte determinó que éste, a diferencia del 1º, que es general, consagra un deber que concierne más al ámbito jurídico. Retomando los Principios de Limburgo No. 17 y 18, señaló que no solamente las normas legales y las medidas administrativas son idóneas para hacer efectivos los derechos sociales, sino que dentro del término “*medidas de otro carácter*” que emplea la norma internacional, están comprendidas las decisiones y los controles judiciales.

La Corte sostuvo que la ley desempeña un papel esencial en la materialización de los derechos sociales e, incluso, que la voluntad democrática es la primeramente “llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente”. Además, enfatizó que la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para lograr, de manera progresiva, el pleno goce de los derechos sociales, supone un derecho correlativo en cabeza de los particulares, de forma tal que éstos pueden acudir a las vías judiciales para hacerlo valer. Por ejemplo, refirió a la acción de inconstitucionalidad, al medio de control de nulidad, a la acción de tutela y a la acción popular.

En sentencia **C-671 de 2002**, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto-ley 1795 de 2000, norma que estableció, como requisito para que los padres de los oficiales y suboficiales fueran beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, que estos últimos estuvieran en servicio activo.

En esa oportunidad y con fundamento en anteriores providencias, la Corte sentó una regla clara que se mantiene en la actualidad. Desde la clasificación de López (2009), esta sentencia puede ser calificada como una reconceptualizadora de la línea, en el sentido que introdujo una nueva interpretación que explica mejor el sentido general que había mantenido a lo largo del tiempo.

Como sostiene Arango (2006), la Corte relacionó la progresividad de los derechos sociales fundamentales con el recorte a la libertad de configuración legislativa en materia de esos derechos y, en definitiva, formuló una presunción de inconstitucionalidad que recae sobre las medidas regresivas. La Corte sostuvo desde entonces que:

(...) una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.

Más adelante, en sentencia **C-038 de 2004**, la Corte evaluó la constitucionalidad de las normas demandadas de la Ley 789 de 2002, la cuales establecieron reformas en materia laboral que disminuyeron ciertas garantías de los trabajadores. Para realizar el análisis, acudió a la obligación de progresividad y a la prohibición de retroceso, calificándolos como límites constitucionales.

En cuanto a la prohibición de regresión, la Corte reiteró la postura sentada en el año 2002 y estableció que cualquier retroceso frente al nivel de protección alcanzado respecto de los derechos sociales es “*constitucionalmente problemático*” porque contradice el mandato de progresividad.

A su vez, determinó que dicha prohibición no tiene un carácter absoluto, sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*, en la medida en que los Estados pueden experimentar dificultades en virtud de las cuales les sea imposible mantener el grado de protección alcanzado. Este fue un elemento innovador, pues si bien se había referido al carácter relativo de la prohibición de regresividad, no lo había calificado, en estricto sentido, de la manera en que se señala. Por este motivo es posible distinguir esta sentencia como una reconceptualizadora de la línea.

En este contexto, para proceder a adelantar el control judicial de las medidas regresivas, la Corte estableció que tratándose de la posible vulneración del mandato de progresividad, el control tiene un carácter riguroso y estricto. Ello, en contraposición a la postura tradicional acogida por la Corte

y en virtud de la cual, entre mayor es la libertad de configuración del legislador en la materia examinada, más flexible debe ser el control judicial.

Sobre este punto, la Corte determinó que “de no ser así, la prohibición prima facie de retroceso en la protección de los derechos laborales carecería de verdadera eficacia jurídica”. Entonces, estableció que el juez constitucional debe verificar:

(...) (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas (...) y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido (...).

Por último, es de relevancia resaltar que la Corte se refirió a lo decantado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - expuesto en sentencia C-257 de 1997-, en el sentido que las restricciones a los derechos sociales solamente pueden ser justificadas tomando en consideración la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto. Al respecto, la Corte aclaró que la restricción de un derecho social puede justificarse en la promoción efectiva de otro, sin que sea necesario que la misma promueva la totalidad de los derechos sociales. Concluyó que dicha consideración del Comité “pretende resaltar la importancia de tener en cuenta el impacto de las medidas tomadas frente al conjunto de derechos sociales, que no es más que un llamado a realizar un análisis de proporcionalidad satisfactorio”.

En sentencia **C-991 de 2004**, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte evaluó la demanda contra el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 (parcial) y el literal D, artículo 8 de la Ley 812 de 2003 (parcial), en respuesta a la demanda que alegó la vulneración del derecho a la igualdad con ocasión de la fijación de límites en el tiempo al Plan de Protección Social.

En esta providencia, la Corte añadió un elemento nuevo y de suma importancia al contenido de la prohibición de regresión. Desde la clasificación de López (2009), esta sentencia tiene el carácter

de una hito consolidadora de línea, toda vez que la Corte introdujo una subregla de derecho constitucional que denota un balance más complejo entre intereses contrapuestos.

En efecto, determinó que la prohibición *prima facie* se presenta con una mayor intensidad cuando se trata de derechos sociales radicados en cabeza de personas con especial protección constitucional, en atención a que el artículo 13 superior que impone el mandato en cabeza del Estado de “proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. Particularmente, consideró que el artículo 12 de la Ley 790 presentó un retroceso en la protección del derecho a trabajo de personas con discapacidades, así como de padres y madres cabeza de familia que fueran empleados de las entidades reestructuradas.

Luego, en sentencia **C-644 de 2012**, magistrado ponente Adriana María Guillén Arango, la Corte reiteró que el Estado Social de Derecho tiene, como una de sus principales finalidades, “alcanzar la libertad fáctica y, en ese sentido, crear condiciones de igualdad material que aseguren a todos los asociados el ejercicio efectivo de sus libertades y derechos”, muy de la mano de la tesis de Alexy (1997), antes expuesta. En este contexto, la Corte decantó que ha utilizado el principio de progresividad y no regresividad como elemento integrante del parámetro de control de constitucionalidad, de conformidad con dos argumentos, de los que se ha valido de forma alternativa, a saber: (i) el principio hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio, el cual sirve como amplificador de la protección debida a los derechos sociales (artículo 93 Carta); y (ii) el principio cualifica las obligaciones radicadas en cabeza de las autoridades públicas, “cuya nota definitoria es el reconocimiento no retórico de la importancia constitucional, la fundamentalidad y la existencia de garantías propias de los llamados derechos sociales”.

Ahora bien, en esta providencia la Corte determinó que ha caracterizado el principio de progresividad desde dos contenidos complementarios, la gradualidad y el progreso en sentido estricto. La primera de ellas constituye el reconocimiento de que la realización plena de los derechos sociales no es posible en un corto período; por su parte, la segunda refiere a la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos. Así mismo, la Corte reconoció que ha materializado este principio en unas prescripciones más precisas, vinculantes para el Estado, cuales son la obligación de actuar, la prohibición de disminuir recursos, la prohibición de aumentar los costos de acceso y la prohibición de aumentar requisitos.

De otro lado, reconociendo que la prohibición de regresividad no tiene un carácter absoluto, la Corte explicó en esta providencia el “Test de progresividad o no regresividad”, que verifica tres elementos: si la medida es regresiva, si afecta contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales y si de existir regresividad y afectar contenidos mínimos, la medida se encuentra justificada. Esta sentencia, entonces, corresponde a una hito dominante, pues contiene los criterios vigentes y dominantes con base en los cuales la Corte resuelve un conflicto de intereses en el que están involucradas las obligaciones de progresividad y no regresividad (López, 2009).

El primer elemento es requisito para adelantar el control de constitucionalidad y supone realizar una comparación entre la norma demandada y la que se afecta con el cambio normativo, de forma que debe verificarse que las normas guarden cierta identidad, es decir, que regulen un mismo supuesto de hecho y una misma consecuencia jurídica. En este orden de ideas, la Corte sostuvo que la regresividad implica la modificación de las condiciones normativas que le preexisten en el sentido en que supone retroceder, de cualquier forma, en el nivel de satisfacción de un derecho social fundamental, por ejemplo, en tanto “reduce el “radio de protección de un derecho social”,

disminuye “los recursos públicos invertidos en [su] satisfacción”, aumenta “el costo para acceder al derecho””.

El segundo elemento, consistente en determinar si la medida regresiva desconoce los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales, debe hacerse caso por caso, pues no existen normas generales que determinen el mencionado contenido mínimo. Por ello, la Corte señaló que debe consultarse la naturaleza de cada derecho, las garantías reconocidas por los tratados internacionales, la doctrina del Comité y el régimen constitucional de cada uno de los derechos sociales. En relación con el asunto que nos convoca, cabe añadir que en esa oportunidad y a modo de ejemplo, la Corte expuso que la garantía de los derechos adquiridos es un contenido mínimo inalterable del derecho a la seguridad social.

Por último, en cuanto al tercer elemento, la Corte adoptó el principio de proporcionalidad como método para determinar la justificación de la medida. En este sentido, expuso que se exige al Legislador demostrar que la medida persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, la cual, a su vez, es adecuada y necesaria, así como estrictamente proporcional en términos costo beneficio; que la medida regresiva ha sido adoptada después de un análisis serio de las diferentes alternativas, de manera que la elegida es la menos costosa para el o los derechos involucrados, siempre y cuando se encuentre soportada en razones ciertas, claras, suficientes y contundentes; que la medida regresiva fue cuidadosamente estudiada y constituye un mecanismo adecuado para alcanzar un propósito constitucional de especial importancia, teniendo en consideración que no es necesario que la restricción promueva todos los derechos del PIDESC.

De la misma forma, la Corte decantó que las medidas regresivas no se encuentran justificadas cuando en el trámite legislativo no se discutieron las razones por las cuales eran necesarias, así

como en aquellos eventos en los cuales no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas, porque, entre otros,

(...) no “existen reportes sobre la existencia de un debate, en el curso del trámite legislativo de [la disposición demandada]” o no “existan datos precisos sobre la real afectación [del contenido del derecho en cuestión].” O debido a que “no se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales” y que la misma “no fue acompañada de ninguna justificación de porqué (sic) una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial.”

Finalmente, en la reciente sentencia **C-486 de 2016**, magistrado ponente María Victoria Calle Correa, la Corte efectuó una reiteración jurisprudencial en relación con lo que denominó “El principio de progresividad y la prohibición de retroceso como herramientas conceptuales y normativas para el análisis de las medidas adoptadas por el Estado para garantizar las facetas prestacionales de los derechos constitucionales”. Esta última providencia es, dentro de la clasificación de López (2009), una sentencia confirmadora de principio o de reiteración, en el sentido que la Corte descarga “su deber de obediencia al precedente” (López, 2009, p.164).

En primer lugar, la Corte determinó que el ámbito de aplicación del principio de progresividad no comprende la esfera de prestación de todos los derechos constitucionales y no solamente se predica de los derechos sociales.

Igualmente, recordó que el principio de progresividad es una herramienta conceptual, pero también un mandato normativo derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se aplica cuando se evalúa la validez de las medidas encaminadas a aumentar o a retroceder la garantía de los derechos constitucionales. También concluyó que la progresividad comporta

(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos.

Ahora bien, la Corte sostuvo que la prohibición de regresividad se encuentra íntimamente relacionada con el principio de confianza legítima, toda vez que protege expectativas creadas por el Estado, en el sentido que “las autoridades no variarán de forma abrupta el rumbo adoptado para la satisfacción de necesidades exigidas por el respeto de los derechos humanos”. Igualmente, en relación con la prohibición de regresividad, reiteró que no es absoluta y que, en consecuencia, la validez de las medidas regresivas está sometida a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, citó la sentencia C-630 de 2011, en la cual compiló los criterios que ha utilizado para establecer cuándo es regresivo un cambio normativo, a saber:

(...) al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad).

Así mismo, sobre el control de constitucionalidad de las normas regresivas, afirmó, de un lado, que sobre toda medida regresiva recae una presunción de inconstitucionalidad y, de otro, que el Estado puede desvirtuar dicha presunción si demuestra que el retroceso se debe a la consecución de fines constitucionales imperiosos. En este orden de ideas, la Corte recalcó que la carga argumentativa y probatoria encaminada a justificar una medida regresiva recae en cabeza de las autoridades públicas, así como que al juez constitucional le corresponde ejercer un análisis riguroso de proporcionalidad de esas medidas, el cual, en todo caso, debe ser más intenso cuando ellas afectan grupos vulnerables o sujetos de especial protección constitucional.

Finalmente, en relación con la mencionada carga de justificación, la Corte estimó que al Estado le corresponde demostrar, en un juicio de constitucionalidad, con información suficiente y pertinente, que la medida tiene por objeto satisfacer una finalidad constitucional imperativa; que, como resultado de una evaluación juiciosa, resulta que la medida efectivamente es conducente

para lograr esa finalidad; que, después de analizar diferentes alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin; que la medida no afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; y que el beneficio que alcanza es superior al costo que aparece.

VI. La sostenibilidad financiera como principio constitucional en materia de seguridad social

En contraposición a la corriente que se ha venido exponiendo, la cual aboga por la más amplia protección de los derechos sociales fundamentales, a todo nivel, el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Política al incorporar el concepto de la *sostenibilidad financiera* como un principio informador de la seguridad social que “guarda estrecha relación con el nivel de gasto que puede asumir el Estado de acuerdo con su restricción presupuestaria” (Castillo, 2006, p. 134). En efecto, el mencionado acto legislativo agregó, entre otros, que:

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.

La reforma constitucional en comento tomó lugar en el marco de una corriente de pensamiento que ha reevaluado el amplio reconocimiento de derechos que caracteriza la Constitución Política de 1991 y, consecuentemente, que ha abogado por modificaciones en el ordenamiento jurídico a fin de evitar lo que denomina como situación de inviabilidad económica (Castillo, 2006).

Precisamente, en Colombia, el reconocimiento y la adjudicación de los derechos sociales fundamentales se ha enfrentado a un complejo debate que surgió con ocasión del nombramiento de economistas neoclásicos en altos cargos de la Administración Pública, quienes, desde finales del siglo XX, han desplazado a los abogados de la rama ejecutiva del poder público (Alviar, 2015). Helena Alviar considera que “la interpretación económica de los problemas del país y las prescripciones económicas para solucionarlos ha dominado la toma de decisiones y actividades gubernamentales”(2015, p. 68).

A su vez, Castillo (2006) sostiene que el constituyente de 1991 fue víctima del optimismo generalizado que embargaba la sociedad colombiana de la época y, en consecuencia, “otorgó una serie de derechos explícitos, sin preguntarse realmente por la restricción presupuestaria que enfrentaba el Estado para garantizar los derechos y prerrogativas creados” (p.122). En esta misma línea, Kalmanovitz, antiguo miembro de la Junta Directiva del Banco de la República de Colombia, considera, particularmente, que la Constitución de Colombia es “una larga lista de aspiraciones de los ciudadanos cuyo cumplimiento no podría ser financiada ni en los países más ricos del mundo” (1999, p. 4).

Específicamente, como sostiene Guerrero (2012), desde la década de los años 90, se ha desarrollado una corriente en el Derecho de la Hacienda Pública encaminada a agregar en los ordenamientos jurídicos “principios o reglas de la más alta jerarquía normativa que establezcan parámetros de ‘prudencia’, ‘moderación’, ‘sindéresis’, en fin, ‘pautas prudentes’ de gestión presupuestal (...)” (p. 83). Dentro de esta corriente, Clavijo (2001), también antiguo miembro de la Junta Directiva del Banco de la República de Colombia, sostiene que un principio institucional que ha empezado a permear los ordenamientos jurídicos es aquel que enseña que los recursos económicos son escasos, lo cual conlleva que los objetivos sociales se podrán alcanzar solo de manera gradual. Es decir, las restricciones presupuestales imponen “el principio de optimización en el uso de los recursos disponibles y, de otra parte, el reconocimiento de la ‘modulación’ en el tiempo para el logro de estos objetivos” (p. 10).

En este contexto, la sostenibilidad financiera surgió del reconocimiento de lo que algunos han considerado la “tensión entre lo que se puede derivar de la norma, bajo diferentes interpretaciones, en relación con la protección de derechos, y lo que realmente el Estado puede hacer dada su restricción presupuestaria” (Castillo, 2006, p.122). Desde la perspectiva de Castillo, quien acude a

la Teoría del Productor para explicar el funcionamiento del sistema pensional, la restricción presupuestaria no es otra cosa sino la limitación en la capacidad presupuestal del Estado para crear y garantizar derechos.

Ahora bien, esta reforma constitucional fue promovida por el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez. Los entonces Ministros Alberto Carrasquilla, de Hacienda, y Diego Palacio, de la Protección Social, presentaron al Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo que desembocó en la reforma en cita, como un instrumento fundamental para contrarrestar los graves problemas que se estaban presentando en materia de financiación del pasivo pensional.

Invocando el preámbulo y el artículo 2º de la Carta, el Gobierno propuso la sostenibilidad financiera y la equidad como dos nuevos criterios que integrarían el régimen pensional, los cuales se encontraban en plena armonía con la norma superior en tanto buscaban asegurar la efectividad del derecho a una pensión a todas las personas, así como conciliar el derecho pensional con la necesidad estatal de destinar recursos para atender otros deberes y gastos sociales, particularmente, en materia de salud y de educación.

El Gobierno entonces, en el curso del trámite del proyecto de acto legislativo, expuso que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se presentó una situación insostenible dada por la transferencia intergeneracional de pasivos, en virtud de la cual los contribuyentes actuales y futuros, con el pago de impuestos y cotizaciones, debían financiar tanto las pensiones corrientes como su propio gasto social y sus propias futuras pensiones. También puso de presente que para financiar el gasto social pensional, la Nación se había valido de recursos que hubiera podido utilizar para satisfacer otros objetivos esenciales y, a su vez, que había tenido que recurrir, de manera ascendente, al endeudamiento interno y externo.

Igualmente, el Gobierno exhibió un panorama crítico, a saber: el déficit pensional colombiano ascendía al 170% del PIB, mientras que el nivel de cobertura del sistema pensional era muy bajo, pues solamente comprendía el 23% de las personas de 60 o más años de edad. Este escenario resultaba aún más grave si se comparaba la situación colombiana con la de países con un déficit pensional similar: en Japón, por ejemplo, el sistema pensional cobijaba al 88% de la población mayor de 65 años, de manera que “una deuda proporcionalmente parecida en términos del PIB está distribuida entre un grupo considerablemente menos representativo de habitantes en el caso colombiano”(Gaceta del Congreso No. 452 de 20 de agosto de 2004, párr. 25).

En este orden de ideas, la inclusión de la sostenibilidad financiera como principio de rango constitucional se estimó necesaria por cuanto se arguyó que “se dispone de recursos limitados que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, para lo cual se deben establecer los mecanismos que logren su suficiencia con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho” (Gaceta del Congreso No. 452 de 20 de agosto de 2004, párr.8)

Pues bien, la sostenibilidad financiera, tal y como se incorporó en la Constitución, es entendida como “el propósito de que el sistema sea financieramente viable de acuerdo con la capacidad económica del país” (Arenas, 2011, p.153). Cabe añadir, como lo expone Castillo (2006), que el artículo 48 de la Carta no ordena la autosostenibilidad, paradigma bajo el cual los aportes obligatorios de los contribuyentes son suficientes para pagar al menos las pensiones de los actuales pensionados, sino la sostenibilidad, lo cual ocurre cuando los aportes de los contribuyentes y del Estado permiten, de un lado, pagar las pensiones actuales y, de otro, acumular reservas para pagar las mesadas futuras y las pensiones en causación.

Desde la anotada perspectiva, un sistema es insostenible cuando el aporte del Estado no supera lo que se necesitaría para cubrir el déficit que se haya creado. Ello supone que la Carta, al consagrar

la sostenibilidad financiera, faculta al Congreso para modificar los factores que inciden en la pensión y disponer la financiación del déficit del sistema con ingresos públicos diferentes a las cotizaciones (Castillo, 2006).

Lo anterior implica que la sostenibilidad financiera no se opone sino que reconoce que “el Congreso de la República tiene diferentes herramientas para dar viabilidad financiera al sistema” (Castillo, 2006, p. 135), lo cual se aprecia, desde esta postura, como democrático, en el sentido que la elección de alternativas en materia económica implica una ponderación entre costos y beneficios que corresponde, en exclusiva, al órgano de elección popular por excelencia (Clavijo, 2001).

Así pues, al adicionar el artículo 48 de la Carta, se pretendió asegurar que cualquier regulación futura sobre el régimen pensional preservaría el equilibrio financiero del mismo evitando situaciones críticas. En palabras de Arenas (2011), con el acto legislativo se introdujo una regla constitucional en virtud de la cual toda modificación normativa en materia pensional debe contar con los recursos necesarios para su financiamiento.

No obstante, cabe añadir, retomando a Castillo (2006), que si bien la sostenibilidad financiera normativamente implica la necesidad de analizar la capacidad estatal para asumir gastos en materia de seguridad social, como no existe una previsión constitucional exacta y sí una amplia configuración legislativa, “es el juego político el que determina si existe o no viabilidad financiera” (2006, p. 136). Esto genera, en palabras de Castillo (2006), que se trate de un postulado constitucional retórico que no conduce *per se* a una ordenación real del gasto público.

Ahora bien, junto con las razones antes señaladas, Castillo (2006) sostiene que la inclusión de la sostenibilidad financiera mediante el acto legislativo responde a otra causa, a una pugna entre las tradicionales ramas del poder público. El Gobierno Uribe se encontraba molesto con la Corte Constitucional porque ésta había declarado inexecutable algunos apartes de las leyes 797 y 860 de

2003, que modificaban el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual había afectado las cuentas del Estado ante los organismos internacionales y los compromisos adquiridos en cuanto a la reducción del déficit público.

En este sentido, la introducción de la sostenibilidad financiera en la norma superior no solamente pretende condicionar la actividad legislativa, en el sentido que toda regulación debe consultar la disponibilidad de recursos, sino que persigue controlar la actividad judicial. Esto es, ella se erige en una herramienta utilizada en la pugna contra el denominado activismo de la Corte. Es más, Castillo (2006) lee el acto legislativo como una señal enviada por el ejecutivo y por el legislador a la rama judicial para que ésta tenga en consideración que existe una restricción presupuestaria y que los recursos públicos son escasos y limitados.

Esta pugna ha sido identificada por Alviar (2015), quien expone los dos argumentos principales de que se valen los oponentes de la labor desempeñada por la Corte. El primero de ellos enseña que en los eventos en que la Corte reconozca derechos sociales fundamentales está tomando decisiones antidemocráticas, pues los jueces no son elegidos por voto popular. Además, que en esos eventos, los jueces están comportándose como actores políticos y no como intérpretes neutrales de la ley. También, que están corrompiendo la división del poder público, desplazando a los servidores que sí cuentan con conocimientos técnicos en la materia, quienes fueron elegidos por su agenda política y económica.

En esta misma línea, Kalmanovitz (2002) sostiene que la Corte ha desconocido la limitación presupuestal del Estado y ha afectado el gasto público, asuntos que en una democracia “deben pasar por el tamiz de la política” (p.4) porque “[n]o es legítimo que sea la justicia, los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en estas delicadas materias” (p. 4). Igualmente, Clavijo (2001) defiende que los arreglos constitucionales en el país

deberían conducir a que las discrepancias en materia económica se diriman, de forma prevalente, en el Congreso. Al respecto, sostiene que las normas constitucionales que llaman a la armonía y cooperación institucional son mandatos que imponen la búsqueda de un equilibrio entre las divisiones del poder público, equilibrio que, en materia económica, debe perseguirse en los debates del legislador.

El segundo argumento expuesto por Alviar (2015) indica que cuando la Corte reconoce derechos sociales fundamentales está interfiriendo en el mercado, que es el mecanismo eficiente y neutral de distribución de recursos. Señala que la Corte no tiene los conocimientos técnicos y, por tanto, estaría distribuyendo los recursos de acuerdo con los intereses de un grupo privilegiado.

En este orden de ideas, la consagración constitucional de la sostenibilidad financiera, como antes se adelantó, buscó contrarrestar la activa labor de la Corte Constitucional en el reconocimiento efectivo del derecho pensional, entendido como derecho social fundamental, esto es, buscó evitar o, cuando menos, morigerar la denominada creación extralegal de derechos. En principio, los derechos de la seguridad social y, particularmente, el derecho pensional, se encuentran sometidos a reserva de ley, en el sentido que es el legislador quien tiene la facultad para crearlos, modificarlos o extinguirlos. Sin embargo, es frecuente la creación o ampliación judicial de derechos, sumamente criticada, entre otros, por Castillo, quien considera que esa clase de determinaciones conllevan la utilización ineficiente de recursos y la afectación de la viabilidad del sistema, pues, por el contrario, “dada la restricción presupuestaria del Estado, la certeza de los derechos permite determinar en mejor forma la manera de optimizar el gasto y lograr una mayor nivel de bienestar“(2006, p.23).

La sostenibilidad financiera también está dirigida a controlar la “devastación de recursos escasos susceptibles de ser racionalizados” que toma lugar de la mano de la creación judicial de derechos. Al respecto, Castillo (2006) sostiene que los recursos de la seguridad social se utilizan en forma eficiente y permiten llegar a un mejor resultado, en términos de bienestar, cuando son explotados de forma adecuada y conforme a lo previsto, no cuando son explotados de forma indiscriminada para solucionar situaciones individuales, como sucede con la sentencias de tutela.

De la mano de la creación judicial de derechos y de la devastación de los recursos, el mismo Castillo (2006) reprocha a la Corte Constitucional al considerar que dicha Corporación ha optado por garantizar la cobertura por nivel del servicio, entendiendo por tal la ampliación progresiva del nivel de protección o del estadio de satisfacción del derecho pensional, lo cual, claramente, hace referencia a las obligaciones de progresividad y de no regresividad. Más aún, para explicar su argumento, crítica la sentencia C-038 de 2004, antes citada, la cual establece que toda medida regresiva es constitucionalmente problemática.

En efecto, Castillo (2006) pone de presente que en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones existen dos clases de cobertura, a saber: la universal y la cobertura por nivel de servicio, así como considera que dada la escasez de los recursos resulta inviable perseguir ambas coberturas al mismo tiempo. Apoyado en el artículo 48 de la Carta, el cual establece que uno de los principios de la seguridad social es la universalidad, Castillo defiende que el Estado colombiano debe dirigir sus esfuerzos a lograr la cobertura universal y, “una vez obtenida ésta, como meta posterior, a mejorar las prestaciones de la seguridad social, si ello es posible, de acuerdo con la restricción presupuestaria tanto del Estado como de los particulares llamados a financiarla” (2006, p.126).

Sobre este punto, Castillo enfatiza que en países como el nuestro, con baja cobertura de seguridad social, es más importante otorgar un nivel mínimo de derechos que otorgar diferentes niveles de derechos “devastando recursos que pueden permitir un determinado nivel de bienestar para todos, en lugar de uno para unos cuantos” (2006, p.128). Es decir, considera que el Estado debe encaminar su acción a garantizar la cobertura de todas las personas desde una perspectiva de derecho de mínimos para, luego, como una meta secundaria, ampliar la garantía de los mismos.

En este contexto, retomando a Guerrero (2012), la introducción de la sostenibilidad financiera como un principio orientador del sistema pensional persigue la moderación y la prudencia en el gasto público, lo cual implica consagrar una limitante al desarrollo progresivo y, consiguientemente, al pleno goce de un derecho social fundamental, condicionamiento que está dirigido a todas las autoridades públicas, incluidos o, mejor, especialmente, a los jueces.

La consagración de este principio responde a los intereses de quienes pregonan argumentos de mercado en la garantía de los derechos sociales fundamentales y, de esta manera, constituye un retroceso en relación con los valiosos esfuerzos de quienes han abogado por el carácter inescindible de los derechos y, en últimas, por la garantía efectiva de la dignidad humana. En la sostenibilidad financiera pueden hallarse argumentos para restar eficacia jurídica a un derecho social fundamental, como lo es el derecho pensional, reduciéndolo a una mera declaración programática, pues este principio puede servir como justificación a modificaciones legislativas que supongan un retroceso en el nivel de satisfacción previamente alcanzado por el Estado.

En otras palabras, la sostenibilidad financiera, utilizada a ultranza, invita a renovar la histórica dominación de unos derechos sobre otros, pues permite a los detractores de los derechos sociales fundamentales y, especialmente, de su justiciabilidad, a valerse de argumentos financieros para

que el Estado incumpla sus obligaciones, entre ellas, la de progresividad y la de no regresividad y, de esta forma, desconozca verdaderos derechos subjetivos.

VII. El vicio de inconstitucionalidad material del reajuste anual y oficioso de las pensiones cuyo monto mensual es superior al del salario mínimo legal

Como sostiene Arenas (2011), un problema común a los sistemas pensionales es el de hacer frente a la inflación y a las vicisitudes de las coyunturas económicas. La preocupación por salvaguardar el poder adquisitivo de las pensiones, de manera que dicho derecho social fundamental no pierda su contenido material, dio lugar a que el constituyente de 1991 elevara a rango constitucional la anotada garantía de su reajuste anual. Así lo dispuso en los artículos 48 y el 53 de la Carta, los cuales establecen, respectivamente, que “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” y que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

A su vez, la Ley 100 de 1993 regula, en su artículo 14, el reajuste anual y oficioso de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobrevivientes, independientemente del régimen en el que se reconozcan (sea el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad), con el fin de garantizar que todas ellas mantengan constante su poder adquisitivo. Es así como dicha norma prevé la indexación de todas las pensiones, cualquiera que sea su especie o régimen, entendiéndose por tal “el proceso histórico a través del cual se ata de forma recurrente el valor de una variable a otra” (Clavijo, 2001, p.30).

Para el efecto, la norma contempla dos factores de reajuste, como son el porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual vigente y el índice de precios al consumidor –IPC-, y consagra, además, un tratamiento diferente a las pensiones cuyo monto mensual es igual al salario mínimo legal mensual vigente, de aquellas cuyo monto es superior a dicho valor, a saber: mientras que las primeras se reajustan en el mismo porcentaje en que se aumente dicho salario, las segundas se

reajustan de conformidad con la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Pues bien, la precitada norma contiene un vicio de inconstitucionalidad material toda vez que implica el incumplimiento, por parte del Estado colombiano, de las obligaciones constitucionales e internacionales de progresividad y no regresividad respecto de un derecho social fundamental, en cuanto supone un retroceso en el estadio alcanzado de reconocimiento y protección del derecho a la seguridad social en pensiones.

El vicio de la precitada norma no se origina en el texto mismo del artículo 14, objetiva y aisladamente considerado. Por el contrario, tal y como lo ha determinado la doctrina internacional y la Corte Constitucional, el incumplimiento de la obligación de no regresión supone un análisis comparativo entre la norma que se acusa y la que se afecta con el cambio normativo, disposiciones que deben guardar identidad. En este orden de ideas, la mácula de inexequibilidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 deviene de la preexistencia de una norma que estableció el reajuste en un monto superior, concretamente la contenida en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993 implica una regresión en el nivel de satisfacción de un derecho social fundamental, en el sentido en que reduce su radio de protección o su ámbito sustantivo, utilizando eventos señalados por la Corte Constitucional, pues la norma que le precede establecía un mecanismo de reajuste pensional que garantizaba el derecho en mayor medida.

En efecto, el artículo 1° de la Ley 71 de 1998, que modificó el artículo 1° de la Ley 4 de 1976, disponía que todas las pensiones, indistintamente de su monto, se reajustarían de oficio y anualmente en el mismo porcentaje en que el Gobierno incrementa el salario mínimo legal mensual. Cabe agregar que dicha norma surtió efectos desde la fecha de su promulgación, hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual produjo su tácita derogación, esto es, que su

vigencia fue desde el 19 de diciembre de 1988 hasta el 23 de diciembre de 1993. Es preciso resaltar que dicha norma produjo efectos, incluso, después de la expedición de la Constitución de 1991, momento en que se adoptó la fórmula del Estado Social de Derecho, se consagró a nivel constitucional el derecho a la seguridad social y se reconocieron de modo expreso las obligaciones de progresividad y de no regresividad.

Con el objeto de ilustrar por qué motivo la norma contenida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 resulta ser menos garantista del derecho pensional de aquellas personas cuya pensión mensual es superior al salario mínimo legal e implica la transgresión de la prohibición de regresividad, primero se expondrá la sentencia C-387 de 1994, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, cuyas consideraciones son de especial relevancia pero cuya decisión, actualmente, carece de efecto práctico; luego se analizarán las consideraciones pertinentes de la sentencia C-815 de 1999, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, providencia que, aunque no versa sobre pensiones, produjo un efecto trascendental y perverso en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100; más adelante se expondrá la C-258 de 2013, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual, al declarar la inconstitucionalidad del reajuste pensional de los congresistas, reconoció que el sistema de reajuste basado en el incremento del salario mínimo, como sistema especial o diferenciado, es más favorable; y finalmente, se explicará, en concreto, en qué consiste la regresividad a la que ha dado lugar la aplicación de la norma de la Ley 100.

1) Sentencia C-387 de 1994

En primer lugar, mediante sentencia C-387 de 1994, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del aparte final del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, referente al reajuste anual de las pensiones cuyo monto mensual equivalga al salario mínimo legal mensual. En esta oportunidad, el demandante adujo que la norma era discriminatoria y desventajosa para

aquellos cuya pensión fuera igual al salario mínimo y, finalmente, la Corte condicionó la constitucionalidad de la norma en el sentido de que en aquellos eventos en que la variación porcentual del IPC, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior a aquel en el que se efectúe el reajuste, fuese superior al porcentaje en que el Gobierno incremente el salario mínimo mensual, las personas cuyo monto de pensión sea igual a este último, tienen derecho a que el reajuste se realice conforme a tal índice, y no de acuerdo al incremento salarial.

La Corte estableció que la norma no es discriminatoria en cuanto el reajuste pensional cobija a todos los pensionados, independientemente de la cuantía de su pensión. Más aún, consideró que la regulación diferenciada entre las pensiones iguales y las superiores al salario mínimo mensual cuenta con una justificación constitucional clara y razonable, en la medida en que persigue conceder una protección especial a quienes devengan una pensión mínima y, en consecuencia, se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones económicas. En este sentido, determinó que el reajuste de las pensiones iguales a un salario mínimo permite que el pensionado satisfaga sus necesidades básicas, en cuanto “[s]i el salario mínimo se ha definido como aquella suma de dinero suficiente para que el trabajador pueda satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”.

De otro lado, la Corte analizó la finalidad del reajuste pensional y concluyó que de no existir, las pensiones se tornarían irrisorias, debido a la devaluación de la moneda que produce la pérdida de su capacidad adquisitiva. Al respecto, hizo especial énfasis en que el reajuste está orientado a la protección a las personas de la tercera edad, así como decantó que a partir de la Constitución de 1991 no puede existir pensión inferior al salario mínimo, pues la misma Carta ordena al legislador establecer una remuneración mínima vital y móvil para el trabajador -artículo 53-.

Con relación al cargo específico de inconstitucionalidad, estimó que tanto el porcentaje del IPC, como el de incremento del salario mínimo mensual, expresan valores que no son ni pueden ser constantes ni iguales, pues dependen de circunstancias económicas y políticas distintas y variables. Más aún, determinó que es imposible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas de reajuste pensional es más benéfico y, particularmente, que “habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales”.

La decisión de la Corte consistió, de un lado, en que el aparte demandado, en sí mismo, no vulnera la Carta y, de otro, en que su aplicación sí puede llegar a desconocerla, particularmente en sus artículos 13, 46 y 53, en aquellos casos en que el salario mínimo se incremente en cuantía inferior al índice de precios al consumidor, “pues se crearía una discriminación injustificada entre los pensionados que devenguen más del salario mínimo, frente a los que perciben únicamente el valor correspondiente a éste”.

2) Sentencia C-815 de 1999

En segundo lugar, en sentencia C-815 de 1999, la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 278 de 1999, la cual desarrolla la denominada “Comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales” creada por el artículo 56 de la Constitución Política como un órgano conformado por el Gobierno, representantes de los empleadores y de trabajadores. La norma parcialmente demandada regula lo concerniente a la fijación del salario mínimo y, particularmente, los factores a los que el Gobierno debe atenerse para establecerlo, en aquellos eventos en que la Comisión no llegue a un consenso. Precisamente, en esa oportunidad el actor demandó la expresión “*del siguiente año*”, referida a la meta de

inflación fijada por el Banco de la República como parámetro que debe utilizar el Gobierno para determinar el incremento del salario mínimo.

En la mencionada providencia, la Corte declaró la exequibilidad de la norma, pero condicionada a que el Gobierno debe motivar el decreto que fija el salario mínimo, remitiéndose, con el mismo nivel e incidencia, a todos los parámetros legales, no solo a la inflación esperada, así como en el entendido de que el incremento salarial debe reflejar de manera prevalente, entre otros, la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil –artículo 53-. No obstante, lo que resulta más relevante de este fallo, para los efectos que se persiguen, consiste en que en sus consideraciones la Corte determinó, con fundamento en el artículo 58 superior, que el reajuste anual del salario mínimo nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que culmina, toda vez que el Gobierno tiene la obligación de velar porque el salario mínimo mantenga su poder adquisitivo, de manera que se garantice el mínimo vital y móvil.

En este sentido, la Corte estableció que constituye un hecho notorio que en nuestra sociedad los reajustes anuales salariales “son rápidamente desbordados por el real y efectivo aumento del costo de vida, lo que ocasiona que cada vez sea menor la capacidad de compra de los bienes y servicios básicos, indispensables para el sostenimiento (...)” de los individuos. Recalcó que el ingreso no logra configurar condiciones dignas y justas cuando se trata de una remuneración estática y cuando su incremento no guarda proporción con las circunstancias sociales y económicas en las que se desenvuelve el trabajador, entre otros escenarios.

Cabe agregar que, como la remuneración ha de ser móvil, en el sentido de que debe evolucionar en función del aumento del costo de vida, la Corte resaltó que los salarios superiores al mínimo no pueden permanecer congelados, sino que deben reajustarse. Y, respecto de los parámetros para fijar el aumento del salario mínimo, determinó que sería contrario a la Carta una norma que

sujetara la decisión del Gobierno a la inflación esperada, con olvido de la inflación real que haya tenido lugar en el año precedente, medida a través del IPC.

Pues bien, como consecuencia de esta sentencia, el incremento anual del salario mínimo nunca podrá ser inferior al IPC, lo que supone dos efectos de enorme importancia: Primero, que el condicionamiento dispuesto por la Corte en su fallo de 1994 respecto a que el reajuste de las pensiones mínimas debería tomar el mayor valor entre el IPC y el porcentaje de incremento del salario mínimo, dejó de tener sentido, porque, en cualquier caso, el incremento de dicho salario mínimo nunca será sobrepasado por el IPC. Segundo, se tornó posible algo que para el año 1994 no podía tener lugar, y es que ahora sí puede afirmarse con certeza cuál de los dos sistemas⁵ de reajuste pensional es más beneficioso, esto es, el que emplea el porcentaje de aumento del salario mínimo, pues dicho incremento nunca será inferior al IPC, sino, cuando menos, equivalente a él.

3) Sentencia C-258 de 2013

Mediante sentencia C-258 de 2013, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte declaró inexecutable el aparte del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 que establecía una forma especial de reajuste de las pensiones de los Congresistas, diferente del contemplado en el artículo 14 de la Ley 100, en virtud del cual aumentarían en el mismo porcentaje del salario mínimo.

La Corte expresamente reconoció que el sistema de reajuste que utiliza el porcentaje de aumento del salario mínimo constituye un trato diferenciado, favorable, y consideró que la norma, por un lado, vulneraba el principio de igualdad y, por otra, imponía un sacrificio desproporcionado de los principios de la seguridad social.

⁵ Los dos sistemas de reajuste pensional a los que se hace referencia son los siguientes, a saber: (i) el que utiliza el índice de precios al consumidor –IPC- certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior y (ii) el que emplea el porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual.

En cuanto a lo primero, sostuvo que la norma conducía a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas, los congresistas, “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”. Más especialmente, y retomando lo resuelto en la C-387 de 1994, resaltó que el sistema de reajuste pensonal basado en el porcentaje de aumento del salario mínimo conlleva un tratamiento especial y favorable, que solamente puede admitirse si se dirige a la protección de las clases menos favorecidas.

Con relación a lo segundo, la Corte determinó que la norma vulneraba los principios de solidaridad y universalidad, puesto que, como el sistema de reajuste que contemplaba era más favorable, permitía, en detrimento de las metas de cobertura, la entrega de subsidios públicos excesivos a personas que no eran merecedoras de ellos por pertenecer a un sector que se encuentra en mejores condiciones respecto del resto de la población en general.

4) El efecto perverso derivado de la aplicación de la norma

En este orden de ideas, a partir del 2000 – año siguiente al de la C-815- y hasta la fecha, de conformidad con lo establecido por el máximo intérprete de la Carta, el porcentaje de incremento anual del salario mínimo mensual ha sido superior al IPC del año anterior o, cuando menos, en una única oportunidad, ha sido igual a él. Así, por ejemplo, utilizando información publicada por el Banco de la República de Colombia (s.f.), (a) mientras que para el año 2014 el aumento del salario mínimo fue del 4,50%, el IPC del año inmediatamente anterior fue tan solo del 1,94%, es decir, menos de la mitad de aquel; (b) para el año 2017 el salario mínimo fue incrementado en un 7%, en tanto que el IPC del año 2016 fue de 5,75%; (c) otro tanto ocurrió en el 2006, año en el que el salario mínimo se aumentó en el 6,90%, mientras que el IPC del 2005 fue de 4,85%. La única vez en que la diferencia entre estos parámetros fue mínima, de manera que puede afirmarse que uno y

otro coincidieron, fue en el 2009, año en que el salario mínimo aumentó en un 7,70% y el IPC del año anterior fue de 7,67%.

Pues bien, esta diferencia entre el porcentaje en que se incrementa anualmente el salario mínimo y el IPC certificado por el DANE para el año que precede a aquel en que se efectúa el aumento salarial, tiene incidencia trascendental en el reajuste anual y oficioso de las pensiones regulado por el artículo 14 de la Ley 100. Ello es así en la medida en que a raíz de la decisión de la Corte del año 2009, las pensiones superiores al salario mínimo se reajustan cada primero de enero con base en el IPC del año anterior, porcentaje que en la realidad del Estado colombiano, salvo una única excepción, ha sido siempre inferior al porcentaje de aumento del salario mínimo, factor éste que se utiliza para actualizar las pensiones equivalentes a dicho monto.

Lo anterior indica que la norma del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, vista en conjunto con la interpretación jurisprudencial sentada en la sentencia C-815 de 1999, antes reseñada, ha producido un efecto perverso, cual es el de que las personas cuya pensión es superior al salario mínimo legal mensual, se han visto obligadas a soportar, en su monto pensional, la pérdida progresiva del poder adquisitivo de sus ingresos, vista con relación al incremento al que ya tenían derecho por mandato de la conquista obtenida en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Esto se explica por el hecho de que mientras las pensiones de monto equivalente al mínimo se incrementan anualmente en porcentaje igual o superior al IPC, las pensiones de monto superior al mínimo se incrementan en un porcentaje que nunca es superior al del incremento de este último valor, situación que, a medida que transcurren los años, reduce la diferencia inicialmente existente entre unas y otras pensiones⁶. En otras palabras, en virtud de su sistema de reajuste, las pensiones

⁶ Es de señalar que esta reducción no configura, en manera alguna, la corrección de una situación discriminatoria. Ello porque dicha reducción no es producto del aumento de las pensiones que inicialmente eran iguales al salario mínimo, sino, por el contrario, es generada por la injustificada disminución de las pensiones que inicialmente eran superiores a dicho monto.

que son superiores al salario mínimo, y a pesar de que nominalmente se incrementan cada año, están sufriendo la pérdida de su poder adquisitivo puesto que con cada anualidad se reduce su valor real, al punto que, paulatinamente, su cuantía se disminuye hasta que, algún día, serán iguales a las del salario mínimo. Así las cosas, y en aplicación del reajuste contemplado por la norma de la Ley 100, una pensión que fue reconocida como equivalente a tantas veces el salario mínimo del año de su reconocimiento, a medida que transcurren los años va disminuyendo al punto que, de cumplirse el tiempo necesario, llegará a ser igual al salario mínimo.

Con todo, como se mencionó, la razón de la inconstitucionalidad que se alega no deviene del texto de la norma considerado en solitario, a pesar del grave efecto que genera su aplicación a partir de la sentencia del año 1999. Antes bien, la norma, por sí sola, se advierte constitucional, puesto que está comprendida dentro del ámbito de la libertad configurativa del Congreso de la República, reconocido por la Carta y desarrollado por la Corte.

En efecto, el órgano legislativo se encuentra legitimado para desarrollar el derecho al reajuste periódico de las pensiones consagrado en el artículo 53 superior, norma que, como sostuvo la Corte en la sentencia C-387 de 1994, “no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma”. Más aún, debe recordarse que esta corporación, en sentencia C-258 de 2013, sentó un límite a la libertad de configuración normativa en esta materia, habida cuenta que, tomando como régimen general de reajuste aquel que utiliza el IPC -artículo 14 de la Ley 100-, ciñó el que utiliza el porcentaje de aumento del salario mínimo al grupo poblacional conformado por aquellos que se encuentran en condiciones socio-económicas desventajosas.

Como antes se señaló, la mácula de la norma tiene origen en la violación de la obligación de progresividad y de no regresión, habida cuenta del retroceso que ella implica, en términos de garantía y goce efectivo de un derecho social fundamental, el pensional, a saber: la grave situación descrita era de imposible ocurrencia bajo el régimen legal anterior, puesto que, al amparo del artículo 1° de la Ley 71 de 1998, todas las pensiones, sin distinción alguna, se reajustaban en el mismo porcentaje en el cual aumentara el salario mínimo, con lo cual, a diferencia de lo que actualmente ocurre, mantenían en el tiempo la misma proporción que inicialmente existía entre el monto reconocido y el salario mínimo, relación que hoy tiende a desaparecer.

Así, con el objeto de clarificar la cuestión, se presenta el siguiente ejemplo: en el año 1999, período en el que el salario mínimo legal mensual era de \$236,460.00, se reconoció una pensión mensual de \$715,000.00, la cual equivalía a tres salarios mínimos de esa anualidad (3.02 salarios mínimos, para ser exactos). Bajo el régimen previsto en la Ley 71 de 1988, si se hubiera preservado, dicha pensión sería, en el año 2017, de \$2'228,326.73, año en el que el salario mínimo es de \$737,717.00. Por su lado, bajo el régimen de la Ley 100 de 1993, actualmente vigente, dicha pensión es de \$1'827,843.29, lo cual equivale a tan solo 2,4 veces el salario mínimo actual⁷.

Como salta a la vista, hay una evidente reducción del monto de la pensión del ejemplo anterior, que de ser, al momento de su reconocimiento, 3.02 veces el mínimo de entonces, pasó a ser 2.4 veces el mínimo actual. A partir de esto se advierte que, de seguir en la misma línea la pensión del

⁷ El cálculo fue realizado de la siguiente forma, a saber: primero se identificó el salario mínimo legal mensual vigente en 1999 (\$236,460.00) y se partió de una pensión hipotética (\$715,000.00) que fuera reconocida en dicha anualidad. Luego, se obtuvo la proporción entre estos valores, es decir, se identificó a cuántos salarios mínimos equivalía la pensión en el año en que fue reconocida (3.02 smlmv). Posteriormente, se realizaron dos ejercicios: (i) En el primero, se reajustó la mencionada pensión, año a año, utilizando el porcentaje de incremento del salario mínimo a que hubiera lugar, hasta obtener su valor en el año 2017 (\$2'228,326.73); (ii) Por su parte, en el segundo, se reajustó la misma pensión, año a año, pero utilizando el IPC de la anualidad inmediatamente anterior hasta obtener su valor en el año 2017 (\$1'827,843.29). En ambas ocasiones el reajuste se realizó multiplicando, cada año, el valor de la pensión de dicho período por el porcentaje correspondiente (incremento del salario mínimo e IPC, respectivamente) y, luego, sumando dicho resultado al valor de la pensión. Finalmente, se compararon los resultados obtenidos en los ejercicios anteriores, calculando, en relación con el salario mínimo legal del 2017, a cuántos salarios mínimos equivalía la pensión reajustada (3.02 smlmv y 2.4 smlmv, respectivamente).

ejemplo será igual al monto del salario mínimo, con una clara y evidente pérdida del monto de la pensión que inicialmente fue reconocida.

Ahora bien, como el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 constituye una medida regresiva, solo en el evento de una demanda ante la Corte y ciñéndose a la postura que sentó desde la C-671 de 2002, dicha norma debe presumirse inconstitucional y debe ser objeto de un control judicial más estricto o riguroso. A continuación se presentan algunas dilucidaciones sobre el denominado “*Test de progresividad o no regresividad*” desarrollado por la jurisprudencia constitucional en atención a que la prohibición de regresión no es absoluta.

Respecto del primer elemento del test, referente al carácter regresivo de la medida, es preciso remitirse a lo anteriormente expuesto, esto es, que del análisis comparativo del artículo 1 de la Ley 71 de 1988, derogada, y del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en vigor, se deriva que este último constituye, en su aplicación, una medida legislativa que retrocede en el nivel de goce del derecho de aquellos cuya pensión tiene un monto superior al salario mínimo legal mensual.

En relación con el segundo elemento del test, es decir, si la medida regresiva afecta contenidos mínimos intangibles del derecho, cabe señalar, de un lado, la necesidad de rebatir la afirmación de que solo las medidas regresivas que afectan el contenido mínimo de los derechos sociales fundamentales están prohibidas; y de otro lado, proponer que el artículo 14 de la Ley 100 sí afecta el contenido mínimo del derecho pensional de aquellos cuya pensión supera el salario mínimo.

En cuanto a lo primero, es de resaltar, tal y como ya fue expuesto, que a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrante del bloque de constitucionalidad, la prohibición de regresión en manera alguna se circunscribe o limita a aquellas medidas que comprometen el contenido mínimo de los derechos. Por el contrario, como lo ha desarrollado el Comité del PIDESC, intérprete autorizado del mismo, los Estados tienen la

obligación de garantizar el contenido mínimo de los derechos sociales fundamentales, de manera que una medida regresiva que afecte dicho contenido es, por sí misma, contraria al Pacto y no admite ninguna clase de justificación. Es decir, el Pacto comprende que todo tipo de medida que suponga un retroceso en el nivel de satisfacción de los derechos allí garantizados es violatoria de las obligaciones estatales de progresividad y no regresividad; a su vez, impone la siguiente distinción: si la medida afecta el contenido intangible de los derechos, no admite justificación alguna; si la medida no afecta dicho contenido mínimo, se tiene como violatoria del Pacto, pero admite justificación por parte del Estado.

La postura que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, a todas luces, más garantista que la adoptada por la Corte en el precitado test, de manera que, no solo porque el Pacto hace parte del bloque de constitucionalidad, sino además en aplicación del *principio pro homine*, es la postura que debe ser aplicada a nivel interno. Como sostuvo la Corte en sentencia C-438 de 2013, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos, este criterio de interpretación encuentra sustento en los artículos 1, 2 y 93 de la Carta, los cuales disponen que los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, así como

(...) impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional.

Cabe agregar que la misma Corte se ha apartado de su postura restrictiva inicialmente expuesta, de manera que en sentencia de C-486 de 2016, última providencia de la línea jurisprudencial, sostuvo que una medida se entiende regresiva cuando “recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho”, sin hacer alusión a su contenido mínimo.

En relación con lo segundo, y asumiendo la postura restrictiva según la cual las medidas regresivas, para estar prohibidas, deben afectar el contenido mínimo de los derechos, se propone una argumentación que enseña que el sistema de reajuste de la norma en discusión, aun cuando garantiza la pensión mínima, sí conlleva una vulneración del contenido mínimo del derecho.

En principio, pudiera afirmarse que el contenido mínimo del derecho pensional está dado por la pensión mínima, es decir, aquella que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se lee de la C-387 de 1994, antes expuesta. Desde esta perspectiva, el vicio de inconstitucionalidad material que se alega sería artificial, pues el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, a pesar del efecto perverso que se expuso, no deja de amparar la pensión mínima, a saber, las pensiones que superan el salario mínimo sufren anualmente el impacto de la pérdida del valor adquisitivo y van reduciéndose al punto en que, en determinado momento, serán iguales a una pensión mínima, pero nunca inferiores a la misma.

No obstante, sostener que el contenido mínimo del derecho pensional se limita a que ninguna pensión puede ser inferior al salario mínimo resulta extremadamente reducido y, sobre todo, implica una autorización a violar el mayor valor de las pensiones superiores al mínimo, el cual quedaría sin protección alguna. En este orden de ideas, es posible afirmar que el contenido mínimo del derecho de aquellas personas cuya pensión es superior al salario mínimo está constituido por la proporción existente entre el valor de la pensión y el salario mínimo legal mensual vigente en el año en que el derecho fue reconocido. Es decir, el contenido intangible del derecho implica la salvaguarda de esa proporción, desde la fecha en que fue reconocido el derecho hasta el momento en que el mismo fenezca, contenido que, como ya se hizo explícito, es desconocido por la norma de la Ley 100 de 1993. Entonces, si el contenido mínimo del derecho pensional está dado por la proporción entre la pensión superior al salario mínimo inicialmente

reconocida y este último valor, de conformidad con la doctrina sentada por el Comité del PIDESC, el artículo 14 de la Ley 100 es, por sí mismo, contrario al Pacto y no admite justificación alguna.

Finalmente, conforme al test empleado por la Corte, el tercer elemento refiere a la justificación de la medida regresiva. La misma Corporación decantó que carece de justificación cuando en el trámite legislativo no se discutieron las razones por las cuales era necesaria y cuando no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas. Al respecto, es de señalar que el “Proyecto de Ley 152 de 1992 por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social”, en su texto original, contemplaba en sus artículos 50, 97 y 98 que las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, independientemente de su monto, se reajustarían anualmente según la variación porcentual del IPC (Gaceta del Congreso No. 87 de 1º de octubre de 1992, p. 4). A su vez, en la exposición de motivos, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social de la época, Luis Fernando Ramírez, no ofreció razón alguna que pueda soportar la modificación del sistema de reajuste, si se le compara con el de la Ley 71 de 1988. Simplemente manifestó que “a efectos de mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones, éstas se reajustarán anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el Dane” (Gaceta del Congreso No. 87 de 1º de octubre de 1992, p. 16).

Ahora bien, solamente hasta el texto aprobado en segundo debate por el Senado se adoptó, en el artículo 15, la norma que diferenció el sistema de reajuste de acuerdo al monto de las pensiones y que, finalmente, quedó consagrada en el artículo 14 de la Ley 100 (Gaceta del Congreso No. 397 de 16 de noviembre de 1993). La modificación de la norma tomó lugar con ocasión de la proposición aditiva presentada por los senadores Everth Bustamante García y Álvaro Uribe Vélez, que fue aprobada por unanimidad y sin mayor deliberación ni explicación alguna. En efecto, como

consta en el Acta de Plenaria No. 18 de la sesión ordinaria del 22 de septiembre de 1993, la discusión acerca de la aprobación de este artículo en nada versó sobre la introducción del aparte que estableció que las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal se reajustan con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario (Gaceta del Congreso No. 334 de 27 de septiembre de 1993).

En este orden de ideas, es patente que en el trámite legislativo no se deliberó, si quiera someramente, sobre la modificación del sistema de reajuste. Primero, el Congreso no discutió los motivos que debían sustentar el sistema de reajuste inicialmente propuesto y aprobado, es decir, el de carácter unitario y basado en el IPC; y después, no discutió las razones que debían dar cuenta de la adopción de un sistema de reajuste diferenciado o dual.

Ahora bien, es al Estado a quien le correspondería presentar los argumentos necesarios para demostrar que el régimen de reajuste pensional establecido por la Ley 100 de 1993, el cual implica un retroceso en relación con el de la Ley 71 de 1988, sí se encuentra justificado. Dada la ausencia de justificación en el trámite legislativo, se impone considerar el motivo en que pudiera apoyarse el Estado y, particularmente, el Gobierno Nacional para defender la constitucionalidad de esta medida regresiva: la sostenibilidad financiera como principio constitucional.

En este sentido, podría afirmarse que la medida encuentra sustento en la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. Es preciso recordar que, como sostiene Castillo (2006), este principio supone darle autorización al Congreso para modificar los factores que inciden en las pensiones, uno de los cuales es, precisamente, el método de reajuste anual.

Así, la reforma legislativa estaría encaminada a darle viabilidad financiera al sistema toda vez que, de no haberse dispuesto el reajuste contemplado en el artículo 14 de la Ley 100, se habrían destinado y se destinarían muchos más recursos de los que efectivamente se emplean para el pago

de las pensiones cuyo monto supera el salario mínimo. En otras palabras, bajo el régimen en vigor, al reducirse el verdadero valor de las pensiones superiores al salario mínimo, cada anualidad son menos los recursos que se destinan a su pago, situación que resulta favorable a la circunstancia de que los mismos son escasos.

Más aún, desde esta perspectiva, podría afirmarse que el artículo 14, en tanto conlleva a que las pensiones superiores al mínimo se acercan paulatinamente a las que equivalen a dicho monto, está orientado a garantizar la denominada cobertura universal, por oposición a la cobertura por nivel de servicio -postura que coincide con la tesis defendida por Castillo (2006)-. Significaría que debido al actual ahorro de recursos que hace el Estado en detrimento de los beneficiarios de las pensiones superiores al salario mínimo, la norma propendería por garantizar a todas las personas una pensión mínima, relegando como meta secundaria la ampliación progresiva del estadio de satisfacción del derecho pensional. Esta posición implicaría sacrificar el derecho de aquellos a quienes les fue reconocida una pensión en monto superior al del salario mínimo, a cambio de utilizar esos recursos para extender la cobertura del sistema⁸.

Como resulta evidente, esta posición encuentra íntima relación con la postura sentada por la Corte en sentencia C-258 de 2013, antes expuesta. En dicha providencia, la Corporación limitó el reajuste que utiliza el porcentaje de aumento del salario mínimo legal mensual a un grupo poblacional, entendiendo que se trata de un sistema de reajuste de carácter especial y más favorable que el del sistema general, el cual utiliza el IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Más aún, sostuvo que aplicar este sistema favorable a personas que no se encuentran en situaciones desventajosas vulnera la solidaridad y la universalidad, pues implicaría la transferencia de enormes cantidades de recursos, en detrimento de la generalidad de la

⁸ Esta situación no se relaciona con el asunto de los subsidios a las pensiones altas, pues todas las que sean de monto superior al mínimo sufren, por igual, el problema de su afectación aquí ventilado.

población. Sin embargo, no es posible aplicar, sin más, las consideraciones expuestas en esta providencia al asunto en cuestión, pues se trata de dos análisis diferentes, a saber, el de la sentencia presupone la existencia de una norma especial que adoptaba el reajuste más beneficioso a personas que, de acuerdo con la norma general contemplada en el artículo 14 de la Ley 100, no tenían derecho a dicho reajuste, pues el monto mensual de su pensión no era igual a un salario mínimo; por su parte, el que se ha expuesto sobre el vicio de inconstitucionalidad material, presupone un análisis comparativo entre la norma actual y aquella que le antecede a fin de concluir que la primera supone un retroceso en el estadio de satisfacción del derecho.

Aún más importante resulta que fundamentar la constitucionalidad de la norma regresiva en la viabilidad económica del sistema impone al Estado la carga de demostrar que efectivamente ha empleado hasta el máximo y a dicho efecto los recursos de que dispone, incluyendo los de cooperación internacional; que evaluó otras alternativas para asegurar la sostenibilidad; y que ésta fue la menos lesiva de todas. Sin ese ejercicio argumentativo, adoptar esta postura supondría mutar el derecho social fundamental de la seguridad social en pensiones -por lo menos de aquellos a quienes les es reconocida una pensión superior al salario mínimo- en una mera proclamación programática. Dicho con otras palabras, la sostenibilidad, como argumento económico y no jurídico, no puede sobreponerse, sin más, sobre el derecho pensional, pues ello implicaría perpetuar la infundada categorización generacional de derechos que relega los derechos sociales y los reduce a meras consagraciones formales, sin mayor eficacia jurídica.

Debe añadirse que si la voluntad del legislador, orientado por la obligación de asegurar la cobertura universal, consistió en que todas las personas, sin distinción alguna, fueran beneficiarias de una pensión igual al salario mínimo, así lo hubiera establecido. Entonces, carece de sentido

justificar la medida en la necesidad de lograr este efecto, así lo sea de manera paulatina y oculta tras el actual sistema de reajuste pensional⁹.

Más aún, el derecho actualmente reconocido a quienes son beneficiarios de una pensión cuyo monto supera el salario mínimo incluye, precisamente, el obtener del Estado una situación fáctica, cual es la de mantener intangible ese monto superior al salario mínimo. De allí que, si bien es cierto que el Estado tiene la obligación de lograr la cobertura universal, el efecto perverso del reajuste no puede ser, de ninguna manera, el medio para lograrlo. Es decir, un sistema de reajuste pensional que en su aplicación sustrae recursos de las pensiones superiores al salario mínimo con el argumento no probado de disponerlos a aumentar la cobertura pensional carece de justificación constitucional, pues supone el flagrante desconocimiento de un derecho social fundamental ya reconocido: el derecho a una pensión que corresponde a tantas veces el salario mínimo, no menor, ni igual a dicho valor.

⁹ Aunque no es objeto de esta tesis, es preciso señalar que a la paulatina disminución de las pensiones cuyo monto supera el salario mínimo puede añadirse el impacto de la reforma tributaria en la capacidad económica de los pensionados. En futuras investigaciones podría abordarse cómo la reducción de estas pensiones, producto de la medida regresiva, no se ve compensada o aliviada por el régimen tributario.

VIII. Conclusiones

El concepto de derechos sociales fundamentales se construye sobre la necesidad de garantizar condiciones de vida digna a todas las personas, de manera que tengan la posibilidad real de ejercer su libertad, construir su destino y obtener resultados valiosos para sí mismas y para la sociedad en su conjunto. Su reconocimiento se opone a la tradicional división de los derechos en generaciones, la cual somete a los denominados “*derechos sociales, económicos y culturales*” a un grado de importancia reducido y, consecuentemente, hace posible que los Estados fácilmente se excusen del incumplimiento de sus obligaciones en relación con estos derechos.

Desde la Constitución de 1991, el Estado colombiano, en tanto Estado Social de Derecho, ha mutado hacia el reconocimiento de estos derechos. Así, entre las obligaciones que ha asumido se encuentran las de progresividad y la de prohibición de regresividad, las cuales no solamente tienen fundamento en el ordenamiento jurídico interno, sino que tienen su origen mediato en tratados internacionales de derechos humanos. Mientras el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC, ha desarrollado ampliamente estas obligaciones y ha sentado un estándar riguroso al que deben someterse los Estados, la Corte Interamericana de Derechos Humana, órgano jurisdiccional que supervisa el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador, lamentablemente, no se ha atrevido a declarar la responsabilidad internacional de Estado alguno por su incumplimiento.

En todo caso, el contenido esencial de estas obligaciones se encuentra dado por el hecho de que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales fundamentales, con la particular connotación de que una vez se haya alcanzado determinado nivel de satisfacción de alguno de esos derechos, no puede, *prima facie*, adoptar medidas de carácter regresivo.

Correlativamente, en el año 2005 fue modificado el artículo 48 de la Carta, de manera que consagró, como principio constitucional, la sostenibilidad financiera en materia de seguridad social. Dicha reforma constitucional implicó la adopción de un argumento económico clásico que, en principio, está orientado a salvaguardar la restricción presupuestaria del Estado y, aún más allá, está dirigido a limitar la actividad legislativa y, principalmente, la judicial. No obstante, atendida la literalidad de la anotada reforma, a las claras se advierte que en parte alguna de ella se condicionó el reconocimiento de derechos ya adquiridos a la previa obtención de los correspondientes recursos presupuestarios, puesto que la misma dispone que la sostenibilidad financiera dice relación a las leyes que en materia pensional se expidan con posterioridad –y no antes- a la entrada en vigencia del Acto Legislativo.

De otro lado, el derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho social fundamental, es decir, un derecho subjetivo con alto grado de importancia que garantiza a su titular una prestación en sentido estricto. Particularmente, es un derecho individual, de carácter universal –titular-, que tiene como sujeto pasivo al Estado, representante de la sociedad –obligado-, y que consiste en el pago periódico de una suma de dinero que está sujeta a reajuste anual y que se causa con ocasión de un riesgo de carácter común, cabe decir, vejez, invalidez o muerte –objeto-.

Pues bien, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 regula el reajuste de las pensiones y establece un sistema dual, a saber: (i) las pensiones cuyo monto mensual es superior al salario mínimo legal mensual vigente se reajustan conforme al IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior y (iii) las pensiones cuyo monto mensual es igual al salario mínimo se reajustan de acuerdo al porcentaje de incremento de dicho salario.

Esta norma contiene un vicio de inconstitucionalidad material, en lo que atañe al sistema de reajuste previsto para las pensiones que superan el salario mínimo, habida cuenta que constituye

una medida regresiva con respecto al nivel de satisfacción del derecho a la seguridad social en pensiones alcanzado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 y, por tanto, constituye un claro incumplimiento estatal de las obligaciones de progresividad y de no regresión.

Dicho con otras palabras, mientras que la citada norma del artículo 1° de la Ley 71 de 1988 estableció que el reajuste de todas las pensiones sería igual al del salario mínimo mensual legal, la norma del artículo 14 de la Ley 100 retrocedió en el estadio de protección hasta entonces alcanzado, puesto que le concedió dicho nivel de protección solo a las pensiones de valor igual al salario mínimo, mientras que a las de valor superior les otorgó el derecho a su incremento, pero limitado al porcentaje del IPC, dando así lugar a un efecto perverso, que era de imposible ocurrencia bajo el régimen anterior, cual es el de que las pensiones cuyo monto sobrepasan el salario mínimo no mantienen su poder adquisitivo, con relación al que les concedía la Ley 71 de 1988. Por el contrario, anualmente, el valor real de estas pensiones se deteriora, de manera que se están reduciendo hasta que, de llegar el momento, se igualarán a las pensiones de salario mínimo.

En efecto, a partir de la sentencia C-815 del año 2009, y de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 100, las pensiones cuyo monto mensual es superior al salario mínimo se reajustan con base en el IPC del año anterior, porcentaje que, salvo una única excepción, ha sido inferior al de aumento del salario mínimo, referente éste con base en el cual se reajustan las pensiones equivalentes a dicho monto. Esto ha provocado que las pensiones superiores al salario mínimo, en vez de guardar la proporción que una vez tuvieron con relación a él, cuando fueron reconocidas, se han ido acercado paulatinamente a ese mínimo.

Esta situación no hubiera podido acaecer bajo el sistema de reajuste de la Ley 71 de 1988, que disponía que todas las pensiones, indistintamente del monto, debían reajustarse de acuerdo al porcentaje de aumento del salario mínimo. Ello porque de haber seguido vigente dicho sistema de

reajuste, las pensiones superiores al salario mínimo continuarían siéndolo a lo largo de los años y en la misma proporción en que fueron reconocidas.

En todo caso, para que eventualmente la norma sea retirada del ordenamiento jurídico colombiano es necesaria la interposición de una demanda ante la Corte Constitucional, pues se trata de un pronunciamiento que solo procedemediante acción pública. En dicho caso, la Corporación deberá reconocer, como lo ha reiterado en su jurisprudencia, que sobre esta medida regresiva pesa una presunción de inconstitucionalidad, lo cual, de suyo, le otorga al juicio de constitucionalidad un matiz especial y más riguroso¹⁰.

Además, de ser demandada la norma, la Corte deberá proceder a dar aplicación al test que ha desarrollado de acuerdo al bloque de constitucionalidad. Más aún, como lo hizo explícito en la sentencia C-644 de 2012, deberá consultar la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entidad que ha sentado unos parámetros estrictos y sumamente exigentes para evaluar las medidas regresivas. Esto supone que la Corte no podrá aplicar la postura restrictiva según la cual una medida regresiva, para ser inconstitucional, debe afectar el contenido mínimo de los derechos, sino que, por el contrario, deberá ajustar el test que ha desarrollado al PIDESC y, concretamente, a la doctrina de su intérprete.

En este contexto y asumiendo que la Corte, contradiciendo su propia jurisprudencia, pudiera desconocer la doctrina del Comité, para ese evento habría que contraponer las siguientes dos posturas para superar dicha dificultad, a saber: primera, que la misma Corte ha determinado que una medida es regresiva cuando reduce el ámbito sustantivo de un derecho, su radio o alcance, lo cual se aleja de la precitada posición restrictiva que exige la vulneración del contenido mínimo; y

¹⁰ Como se expuso en el capítulo VII, la Corte ha establecido que las medidas regresivas se presumen inconstitucionales. Esto es una excepción a la regla general del control abstracto, el cual parte de la constitucionalidad de las normas. Pues bien, esta presunción es lo que torna más estricto el juicio que pudiera emprender la Corte.

segunda, y en defecto de la anterior, que el artículo 14 de la Ley 100, como medida regresiva, sí vulnera el contenido mínimo del derecho social fundamental en comento, en la medida en que dicho contenido se encuentra dado por el monto de la pensión inicialmente reconocido y, particularmente, por la proporción que ese valor guardaba con relación al salario mínimo del año en que se causó. Lo acabado de exponer evidencia que dicho contenido mínimo gira en función de su relación concreta y directa respecto al monto del salario mínimo, de suerte tal que si una pensión fue reconocida, valga el ejemplo, en un valor inicial equivalente a dos salarios mínimos, esa proporción debe mantenerse siempre a lo largo del disfrute de tal derecho. Ello demuestra que el contenido mínimo del derecho pensional no se limita a la mera garantía del salario mínimo, como ligeramente pudiera afirmarse, sino que comprende el respeto del mayor valor de la pensión o, en otras palabras, la salvaguarda de que las pensiones superiores al salario mínimo no dejarán de serlo, ni siquiera en un solo peso.

Igualmente, ante una demanda, la Corte deberá exigir al Estado colombiano el cumplimiento de la carga de demostrar que el artículo 14 de la Ley 100, en tanto medida regresiva, se encuentra justificada. Más aún, si el Estado desatiende el llamado, la Corte no tendrá otro camino que declarar la inconstitucionalidad que desde un principio se presumía.

Sobre este punto, es de señalar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la medida regresiva carece de justificación porque el Congreso dejó de deliberar acerca de los motivos que explican el cambio legislativo hacia un retroceso. A esto se añade que un argumento basado en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en el cual seguramente se sentaría el Estado y, en especial, el Gobierno, para defender la constitucionalidad de la norma, resulta abiertamente desconocedor del derecho social fundamental. Si bien se trata de un principio de

rango constitucional, el Estado no puede excusar la medida en la necesidad de asegurar un mejor manejo de los recursos y lograr la cobertura universal.

Sin desconocer que el Estado, ciertamente, debe asegurar la cobertura universal, no puede hacerlo mediante la silenciosa sustracción de recursos de las pensiones que superan el salario mínimo. Aceptar esta postura implicaría olvidar el objeto y la justificación del derecho pensional, en favor de un efecto perverso que la misma ley no reconoce de manera expresa, cual es el de que estas pensiones, cada año, disminuyen con relación al salario mínimo. Además, llevaría implícito trasladar la responsabilidad de garantizar la cobertura universal, de su titular natural –el Estado–, a aquellas personas cuya pensión fue inicialmente superior al del salario mínimo, situación ésta que mal haría en quedar amparada por la solidaridad, pues tal principio en manera alguna implica que las pensiones superiores al mínimo se reduzcan paulatinamente hasta ser iguales a dicho valor.

Así mismo, prevalecer la sostenibilidad financiera –con un alcance que va más allá del tenor literal del artículo 48 Superior- sobre la garantía del derecho pensional, conllevaría olvidar que este último responde al imperativo de salvaguardar la dignidad y a reconocer una prestación pecuniaria a favor de quienes, cumplidos los presupuestos legales, se enfrentan a una disminución o pérdida de la capacidad económica, de manera que mantengan sus condiciones propias de vida, lo cual, en últimas, repercute en el goce de otros derechos. Peor aún, dicha posición conduciría al absurdo de admitir que el Sistema de Pensiones se ahorre unos recursos en claro perjuicio de los titulares de las pensiones superiores al mínimo, quienes usualmente suelen ser sujetos de especial protección constitucional, no solo personas de la tercera edad, sino, incluso, niños.

Ahora bien, una decisión que declarara la inconstitucionalidad de la norma podría dar lugar al denominado incidente de impacto fiscal, medida a través de la cual se pretende asegurar la sostenibilidad. De conformidad con el artículo 334 superior, el incidente estaría encaminado a

lograr la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la eventual sentencia que acogiera la tesis presentada. En todo caso, la misma Carta impone que bajo ninguna circunstancia las autoridades del Estado pueden invocar la sostenibilidad para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección.

Es, entonces, en el debate de un juicio de constitucionalidad donde se haría patente la tensión entre, de un lado, los derechos sociales fundamentales y, especialmente, el derecho a la seguridad social en pensiones, y, de otro lado, la sostenibilidad financiera. Es en cabeza de la Corte Constitucional donde realmente queda radicada esta cuestión que, sin lugar a dudas, es de enorme relevancia social, pues de una u otra forma atañe a todos los miembros de la sociedad colombiana. Ejerciendo su labor como defensora de la Carta, en sus manos estaría asumir la defensa de un verdadero derecho social fundamental o fortalecer la histórica y errada categorización de derechos, imponiendo un argumento de mercado liberal sobre un derecho de estas calidades, y reduciéndolo a un simple “*derecho económico, social y cultural*”, a un mero derecho “*para después*”.

IX. Referencias

- Alexy, R. (1997). Trad. Ernesto Garzón Valdés. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alviar, H. (2005). La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: El caso de la intervención de la Corte en la economía. En *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Alviar, H. (2009 febrero). ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho? *Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes* (N°22), 2-17.
- Alviar, H. (2015). Distribution of resources led by courts: A few words of caution. En Alviar, H., Klare, K., Williams (Ed.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries* (pp.67-85). Nueva York, Estados Unidos: Routledge. Taylor and Francis Group.
- Arango, R. (2006). La prohibición de retroceso en Colombia. En Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. (pp.153. 173). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Arenas, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Banco de la República. (s.f.) *Índice de precios al consumidor (IPC)1.3.1 Total nacional - Serie histórica para un rango de fechas dado*. Bogotá, Colombia: Banco de la República.
- Recuperado el 4 de marzo de 2017 de <http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&scid=pPTB2IrfueU&ViewID=o%3ago~r%3areport~v%3acompoundView%211&SearchID=m934lfbdisclurcjr0819bv0li&Style=BanRep&ViewState=1lsi498qo6hur3ckbmjh36eaam&ContainerID=o%3ago~r%3areport&RootViewID=go>

Banco de la República. (s.f.) *Salario mínimo legal en Colombia*. Bogotá, Colombia: Banco de la República. Recuperado el 4 de marzo de 2017 de <http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&Path=/shared/Consulta%20Series%20Estadísticas%20desde%20Excel/1.%20Salarios/1.1%20Salario%20mínimo%20legal%20en%20Colombia/1.1.1%20Serie%20histórica&Options=rdf&NQUser=salarios&NQPassword=salarios&lang=es>

Bastida, F.J. (2010). ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? En Valdés, E., Pardo, C., Pau, A., Vásquez, R., *Robert Alexy, derechos sociales y ponderación*. México D.F., México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Distribuciones Fontamara S.A.

Bazán, V. (2005). Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano. En Woischnik, J. (Ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. (pp. 547-483). Montevideo, Uruguay: Konrad –Adenauer- Stiftung. Programa Estado de Derecho para Sudamérica.

Böckenförde, E. W. Trad. Rafael de Agapito Serrano. (2000). *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid, España: Trotta.

Castillo, F. (2006 julio – diciembre). Los principios de progresividad en la cobertura y sostenibilidad financiera de la seguridad social en el Derecho Constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas* (Nº 112), 111-147.

Castillo, F. (2011 enero - junio). La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones. *Vniversitas* (Nº 122), 77-116.

Clavijo, S. (2001 junio). Fallos y fallas económicas de las altas Cortes: El caso de Colombia 1991-2000. *Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes* (Nº 12), 27-66.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (11 de agosto de 2000). *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Documento E/C.12/2000/4. 22º período de sesiones. Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Recuperado el 20 de marzo de 2017 de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002) *Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Documento E/C.12/2002/11. 29º período de sesiones. Recuperado el 20 de marzo de 2017 de http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Documento E/1991/23. 5º período de sesiones. Recuperado el 20 de marzo de 2017 de <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sepcomm3.htm>

Conferencia Internacional de Derechos Humanos. *Proclamación de Teherán*. 13 de mayo de 1968. Recuperado el 24 de febrero de 2017 de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290>

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. *Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. Viena, 14 al 25 de junio de 1993. A/CONF.157/23 - 12 de julio de 1999.

Congreso de la República de Colombia. (22 de diciembre de 1988). *Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 38.624.

Recuperado el 4 de febrero de 2017 de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=307>

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diario

Oficial No. 41.148. Recuperado el 4 de febrero de 2017 de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-038 de 2004*. Expediente D-4661.

M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado el 24 de marzo de 2017 de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-991 de 2004*. Expediente D-5145.

M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado el 3 de abril de 2017 de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-991-04.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C- 251 de 1997*. Expediente L.A.T.-

091. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado el 24 de marzo de 2017 de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-1064 de 2001*. Expediente D-

3449. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Y Jaime Córdoba Triviño. Recuperado el 24 de

febrero de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-258 de 2013*. Expediente D-9173

y D-9183. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-387 de 1994*. Expediente No. D-529. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado 20 de febrero de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-438 de 2013*. Expediente D-9389. M. P. Alberto Rojas Ríos. Recuperado el 19 de abril de 2017 de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-438-13.htm#_ftnref29

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-486 de 2016*. Expediente D-11244. M.P. María Victoria Calle Correa. Recuperado el 25 de febrero de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-486-16.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-644 de 2012*. Expediente D-8924. M.P. Adriana María Guillén Arango. Recuperado el 24 de febrero de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-644-12.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-671 de 2002*. Expediente D-3912. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado el 4 de abril de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-671-02.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia C-815 de 1999*. Expediente D-2368. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado 24 de febrero de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-815-99.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia No. C-546 de 1992*. [Procesos Nos. D-023 y D-041](#). M.P. [Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero](#). Recuperado el 18 de abril de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-546-92.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia No. T-471 de 1992*. Proceso de tutela No. 1449. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. Recuperado el 15 de abril de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-471-92.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia T-406 de 1992*. Expediente T-778.

M.P. Ciro Angarita Barón. Recuperado 24 de febrero de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia T-485 de 2011*. [Expedientes T-2981721 y T-2989102](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-485-11.HTM#_ftnref12). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado el 19 de abril de 2017 de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-485-11.HTM#_ftnref12

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sentencia T-680 de 2003*. Expediente T-727696. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado el 24 de marzo de 2017 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9764>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de mayo de 1986). *Opinión Consultiva Oc-6/86: La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Solicitada Por El Gobierno De La República Oriental Del Uruguay. Recuperada el 24 de marzo de 2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 17 de junio de 2005* (Fondo, Reparaciones y Costas): Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Recuperado el 5 de marzo de 2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 21 de mayo de 2013* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas): Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Recuperado el 1 de marzo de 2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 28 de febrero de 2003* (Fondo, Reparaciones y Costas): Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Serie C No. 98. Recuperado el 5 de marzo de 2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 7 de febrero de 2006* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas): Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú.

Recuperado el 1 de marzo de 2017 de

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo la Sentencia de 28 de febrero de 2003*(Fondo, Reparaciones y Costas): Caso

"Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Recuperado el 5 de marzo de 2017 de

http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios. En Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. (pp.3-55). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Dulitzky, A. (2004). Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos. En Martín, C., Rodríguez, D., Guevara, J. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (pp. 79-117) México D.F., México: Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University y Distribuciones Fontamara S.A.

Gaceta del Congreso No. 334. Santafé de Bogotá D.C., lunes 27 de septiembre de 1993.

Directores: Pedro Pumarejo Vega, Secretario del Senado, y Diego Vivas Tafur, Secretario General de la Cámara.

Gaceta del Congreso No. 397 de 16 de noviembre de 1993. Santafé de Bogotá D.C., martes 16 de noviembre de 1993. Directores: Pedro Pumarejo Vega, Secretario del Senado, y Diego Vivas Tafur, Secretario General de la Cámara.

Gaceta del Congreso No. 452. Santafé de Bogotá D.C., viernes 20 de agosto de 2004. Directores: Emilio Ramón Otero Dajud, Secretario del Senado y Angelino Lizcano Rivera, Secretario

General de la Cámara. Recuperado el 7 de abril de 2017 de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

Gaceta del Congreso No. 87. Santafé de Bogotá D.C., jueves 1º de octubre de 1992. Directores: Pedro Pumarejo Vega, Secretario del Senado, y Silverio Salcedo Mosquera, Secretario General de la Cámara.

Grupo de expertos en Derecho Internacional. (1986) *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Reunión celebrada en Masstricht del 2 al 6 de junio de 1986. Recuperado el 7 de marzo de 2017 de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-principios-de-limburg-sobre-la-aplicacion-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-2.pdf>

Guerrero, A.P., (2012) Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Criterio Jurídico. Pontificia Universidad Javeriana. Sede Santiago de Cali*, Vol.2. (Nº 1), 79-126.

Kalmanovitz, S. (1999). *Los efectos económicos de la Corte Constitucional*. Bogotá, Colombia: Editorial Banco de la República. Recuperado el 11 de abril de 2017 de <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/K-EfectosCorte.pdf>

Kalmanovitz, S. (2002 junio). Formas de pensar jurídicas y económicas. *Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes* (Nº14), 195-205.

Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, Universidad de los Andes.

López, D. E. (2009). *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, Colombia: Legis.

López, J. D., García, L. (2008). La obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios públicos en Colombia *International Law Review*, Vol.6.(Nº 12), 217-252.

López, J.D., Bateman, a., Vegoechea, J. M., López, J. M. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá, Colombia: Colección Profesores No. 46, Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez.

Nikken, P. (2010 julio - diciembre). La protección de los derechos humanos: Haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. (Nº 52), 55-140.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado el 20 de febrero de 2017 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Peces-Barba, G. (2010). Reflexiones sobre los derechos sociales. En Valdés, E., Pardo, C., Pau, A., Vásquez, R., *Rober Alexy, derechos sociales y ponderación*. México D.F., México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Distribuciones Fontamara S.A.

Pérez, J. (1997). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Ponce Solé, J. (2013). *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucional a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid, España: Asociación española de profesores de Derecho Administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública.

Protocolo Adicional a La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador". Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período

ordinario de sesiones de la Asamblea General. Recuperado el 20 de febrero de 2017 de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Rossi, J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales. En Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. (pp. 79-116). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Bogotá, Colombia: Editorial Planeta.

Sepúlveda, M. (2006). La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "progresivamente". En Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. (pp.117-153). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Uribe, A., Bustamante, E. (s.f.). Proposición Aditiva al artículo 15. En *Expediente original del trámite legislativo de la Ley 100 de 1993*.

Vásquez, R., Muñoz, A. (2010 enero - junio). El derecho a la pensión como derecho fundamental. *Revista Pensamiento Americano* (Nº4), 51 – 59.