

INCIDENCIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN ESCENARIO DE REFORMA PENSIONAL

Gustavo José Gnecco Mendoza

INTRODUCCIÓN

Pese a los cálculos políticos del Gobierno, que han impedido la presentación de un proyecto de ley, nos encontramos, nuevamente, en la antesala de una inexorable reforma pensional, que podrá ser estructural para redimensionar la coexistencia de los sistemas o la relación entre ellos, o simple paramétrica para tan solo modificar algunos elementos del sistema, pero, en todo caso, si se asume con la seriedad que la grave situación financiera exige, deberá cambiar algunos de los requisitos para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o, por lo menos, ciertos de los elementos que conforman el derecho a la pensión en ese régimen.

Tradicionalmente una reforma legal del régimen pensional involucraba propuestas y discusiones de orden macroeconómico, financiero, administrativo o jurídico, alrededor de las cuales giraban los temas tenidos en cuenta para establecer los cambios normativos, lo que hacía que las cuestiones debatidas discurrieran, como regla general, sobre edades de jubilación, tasas de reemplazo, densidad de cotizaciones, traslados de regímenes, capital acumulado, financiamiento de pensiones, etc.

Pero hoy día es claro que, al momento de reformarse el sistema de pensiones, para que los cambios propuestos se acompañen con los postulados que surgen de la Constitución Política, con las normas internacionales y con los precedentes judiciales de las altas cortes, deben entrar en juego derechos, principios, valores y reglas de orden constitucional que, necesariamente, han de ser tomados en consideración y servir de pauta o referencia por el legislador y que, en muy buena medida, pueden determinar no solamente la viabilidad jurídica de una reforma, sino también su cobertura, sus alcances y su contenido particular.

En efecto, ya para nadie es desconocido que a partir de la Constitución Política de 1991, aparte de los estrictamente relacionados con la seguridad social, como su carácter de servicio público, la irrenunciabilidad, la universalidad, la eficiencia y la solidaridad, irrumpieron principios, reglas y derechos que así no estén exclusivamente relacionados con la seguridad social, han recibido su carta de naturaleza precisamente en problemas jurídicos directa o indirectamente relacionados con derechos sociales y económicos y, en particular, con los relacionados con la seguridad social, de ahí, que, sin lugar a discusión, hayan tenido una notoria influencia en su desarrollo y consolidación como disciplina autónoma y en el estado en el que actualmente se encuentra su regulación jurídica.

Esa situación ha enriquecido el panorama normativo pero, al mismo tiempo, lo ha hecho más complejo cuando quiera que se trate de solucionar los conflictos que surjan sobre la validez y eficacia jurídica de las reformas legales, la vigencia de los nuevos preceptos, los mecanismos de protección de los derechos que pueden verse afectados por esas reformas, y,

lo que más interesa para los efectos de este documento, los parámetros o estándares que, obligatoriamente, debe atender el legislador para modificar las leyes sobre seguridad social, sin contrariar los principios o mandatos constitucionales.

Cómo poner en duda, entonces, la inocultable trascendencia que recientemente han adquirido: el carácter de derecho fundamental de los derechos de la seguridad social; el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales como obligatorio parámetro del control de constitucionalidad de las leyes; la protección de las expectativas legítimas; la buena fe y la confianza legítima; la dignidad; la favorabilidad, el in dubio pro operario y la condición más beneficiosa; la interdicción de la arbitrariedad; la sostenibilidad financiera del sistema; los derechos adquiridos; la razonabilidad y la proporcionalidad; la especial protección de la cual gozan las niñas y los niños, los discapacitados, las mujeres embarazadas y los adultos mayores; la garantía del poder adquisitivo pensional; el principio de asunción de cargas públicas de acuerdo a las capacidades y necesidades de cada quien; el derecho de petición (que obviamente no es exclusivo de la Seguridad Social pero es, en relación con ella, frecuentemente vulnerado); y el respeto a los regímenes de transición, para citar solamente algunos de los más emblemáticos y a los que se acude con mayor frecuencia por los jueces, tribunales y cortes como fuente de solución de conflictos y de controversias jurídicas.

Obviamente el ámbito de aplicación de esas reglas o principios y, en consecuencia, su operatividad, no son iguales en todos los casos, pues mientras algunos de ellos deben actuar antes de la promulgación de las normas y por ello deberían acompañar la labor legislativa, como los de progresividad, respeto a las expectativas legítimas y a los derechos adquiridos, por ejemplo, otros, por lo contrario, encuentran su espacio al solucionar los conflictos en la aplicación y en la interpretación de las normas, como el de favorabilidad, el de in dubio pro operario y el de la condición más beneficiosa, esto es, operan después de promulgadas las normas.

Desafortunadamente la reciente historia legislativa del país ha demostrado que muy poco se ha preocupado el legislador por tener en cuenta esos principios en las oportunidades en que se han efectuado reformas legales al sistema de pensiones e, incluso, cuando se hizo la reforma constitucional a través del Acto Legislativo No 1 de 2005, lo que, como se sabe, tuvo como lógica consecuencia la declaratoria de inexecutable de varios artículos de las leyes 797 y 860 de 2003 y el surgimiento de discusiones, que aun no terminan, sobre la correspondencia del acto legislativo con algunos convenios de la OIT.

Sin embargo, es de esperarse que, en esta oportunidad, los derechos y principios de rango constitucional no sean convalidados de piedra en la propuesta de reforma y en los debates que ella suscite. Empero, en nuestra humilde opinión, ello no se ha dado porque en las presentaciones que se han hecho del objetivo y del contenido de la propuesta de reforma, cuando se hablaba de ella hace ya algunos meses, poca o ninguna alusión se hizo a los condicionamientos constitucionales como si la lección dada por la Corte Constitucional no hubiere sido suficientemente aprendida.

Por esa razón, es de interés analizar cuál es el estado actual de algunos de esos derechos o principios para ver de establecer qué influencia pueden tener en la orientación de la

enmienda o cómo pueden ellos determinar el contenido particular del articulado propuesto. Como se trata de muchos principios y derechos que presentan cierto grado de complejidad en su análisis y que, adicionalmente, han tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial extenso, que exige un estudio profundo para comprenderlos en sus reales dimensiones, que, como es lógico, escapa a los modestos objetivos de este escrito, hemos decidido hacer referencia solamente a 4 de ellos, mas no para estudiarlos a profundidad, sino, simplemente, para desde una perspectiva meramente descriptiva, resaltar algunos temas en relación con ellos que, por ser controversiales o estar en el eje de los debates jurídicos, son de interés y, asimismo, para presentar los más recientes desarrollos que han tenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, principalmente en la sentencia C-258- 13 -que, en nuestro sentir, sienta criterios novedosos y un tanto alejados de la línea jurisprudencial tradicional de esa corporación-, todo ello con el fin de identificar la incidencia que podrían tener tales principios en una posible reforma al Sistema Pensional.

Así las cosas, por las explicables limitaciones de tiempo y de espacio, centraremos nuestro breve estudio en: el concepto de norma regresiva y las restricciones que surgen del principio de progresividad; el más reciente concepto de derecho adquirido respecto de los derechos sociales; la naturaleza jurídica del principio de sostenibilidad financiera; y las consecuencias que deberían surgir del carácter de derecho fundamental de los derechos de la seguridad social, su relación con la dignidad humana y con los mecanismos para hacer efectivo el Estado Social de Derecho.

1. CONCEPTO DE NORMA REGRESIVA Y RESTRICCIONES QUE SURGEN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Lo primero que corresponde precisar, así sea suficientemente sabido es ¿por qué es importante tener en cuenta el principio de progresividad, y su necesario complemento de no regresividad, en un escenario de reforma de derechos prestacionales? La respuesta es muy sencilla y también conocida: porque según la Corte Constitucional, basada en el artículo 48 de la Carta Política, en algunos tratados internacionales y en los informes del Relator y el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, una vez se logra un determinado nivel de protección, el amplio margen de configuración del legislador sobre los derechos sociales se reduce, de modo que todo retroceso frente al nivel de protección es constitucionalmente problemático y, en principio, inconstitucional. Por esa razón, ese tribunal ha establecido un test de no regresividad que verifica tres elementos: (i) si la medida es regresiva; (ii) si afecta contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales; y (iii) si, de haber regresividad y afectación de los contenidos mínimos, la medida es justificada.¹

En ese orden de ideas, se tiene que cuando una norma regresiva se somete a un juicio para verificar su constitucionalidad, debe el Estado demostrar con datos suficientes y pertinentes: “(1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa;

¹ Entre muchísimas otras, puede consultarse la sentencia C-644-12

(2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece”²

Es claro que en ese contexto adquiere mucha importancia la determinación de qué es una norma regresiva y, por supuesto, la de las normas jurídicas que sirvan de parámetro para ello, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha considerado que la regresividad de una norma es un elemento “*habilitante para efectos de desplegar el control de constitucionalidad. El debate constitucional no se puede adelantar si la medida objeto de control no es regresiva*”.³ La regresividad, en palabras de la Corte, implica que la disposición demandada modifica las condiciones normativas preexistentes, ya sea porque reduce el “*radio de protección de un derecho social*”, disminuye “*los recursos públicos invertidos en [su] satisfacción*”, aumente “*el costo para acceder al derecho*”, o en términos generales, la tal disposición “*retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social*”.⁴

Para nosotros, hay una diferencia, leve pero importante, entre el concepto de regresividad que se utiliza en Colombia y el empleado en el concierto internacional, como pasa a verse:

1.1.- Concepto de norma regresiva según la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha considerado que una norma es regresiva en los siguientes casos:

“La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población”.(Sentencia C-507-08).

También ha entendido que una norma es regresiva si aumenta los requisitos para acceder al derecho.⁵

Como se observa, es una noción amplia que involucra varias situaciones, de modo que, desde esa perspectiva, pueden ser muchos los casos de regresividad normativa.

² Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004.

³ Sentencia C-536 de 2012

⁴ Hipótesis todas recogidas en la consideración 5.6.1, Sentencia C-507 de 2008, ya citada.

⁵ Así lo hizo entre otras, en la sentencia C-536-12.

Y para establecer en cuáles casos una norma es regresiva se ha previsto el siguiente procedimiento:

“Para precisar si la disposición demandada constituye una medida regresiva es indispensable adelantar un cotejo entre la norma de la disposición demandada y la norma que se afectaría con dicho cambio normativo. Debe verificarse entonces que ambas normas guarden una suerte de identidad entre sí, o en otras palabras, que las mismas regulen un mismo supuesto de hecho y una misma consecuencia jurídica. Esta verificación se puede adelantar a partir de una comparación entre los elementos normativos de la disposición posterior (demandada) con los elementos normativos de la disposición anterior (conducta regulada, circunstancias normativas, destinatarios, beneficiarios, titulares, sujetos obligados, y demás elementos que puedan ser relevantes según el caso). Para la Corte, el escrutinio constitucional comprende “una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir, el juicio de constitucionalidad de estas medidas incluye también un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente.”⁶

Nótese que este procedimiento de constatación de la regresividad de la norma es objetivo, pues no atiende las razones o justificaciones ni los propósitos u objetivos de las normas, sino sus respectivos textos, pues se alude principalmente a los elementos normativos pero no a lo que se persigue con la expedición de los preceptos. En consecuencia, las motivaciones de la norma pueden ser explicadas como justificación de la regresividad, una vez constada esa regresividad, pero no para establecer si la norma es o no regresiva. También los objetivos de la norma pueden tenerse en cuenta para efectos del test de proporcionalidad en materia de regresividad, en el que, al igual que en los juicios de igualdad, se siguen tres pasos: (i) idoneidad, para verificar si la medida tiene un fin constitucionalmente legítimo; (ii) necesidad, para establecer si el legislador escogió la medida menos regresiva; (iii) y la proporcionalidad en sentido estricto, en donde se confronta el principio de no regresividad con otros principios constitucionales, como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia.⁷

1.2.- Concepto de norma regresiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Por su parte, en la Observación General 19 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, al referirse al contenido normativo del derecho a la seguridad social, en el acápite correspondiente a las condiciones de accesibilidad de los derechos ha dicho

⁶Consideración 2.6.8, Sentencia C-372 de 2011, ya citada.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-228/11.

que *“La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional”*⁸.

Y en las directrices de Maastricht, sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales se considera que se ha violado el pacto cuando un estado adopta *“cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos”*. (directriz 14, letra e).⁹

Como se observa, estas nociones son un poco más restringidas con miras a establecer la regresividad de una medida o norma legal.

1.3.- Noción de regresividad de los derechos pensionales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana no tiene una jurisprudencia extensa sobre el principio de progresividad en materia de derechos sociales y en particular respecto de los de la seguridad social, pero en una ocasión en que se pronunció sobre el tema lo hizo sentando criterios que, en nuestro sentir, difieren de los que había utilizado tradicionalmente la Corte Constitucional.

En efecto, si bien ha sido una de sus sentencias más criticadas por considerarse restrictiva del principio de progresividad y de las condiciones para su justiciabilidad en un caso particular, en la sentencia cinco pensionistas contra Perú, del 28 de febrero de 2003 señaló: *“los derechos económicos, sociales y culturales, tienen una dimensión tanto individual como colectivo. Su desarrollo colectivo, se debe medir, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presente 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”*.

Aquí, si bien no se alude estrictamente a la noción de regresividad, se vincula el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales y en particular la pensión, con su cobertura y en relación con el conjunto de la población y no de grupos limitados de personas.

1.4. Reciente criterio de la Corte Constitucional.

Aunque no ha variado del todo su concepto de norma regresiva, es posible percibir en la Corte Constitucional un ligero cambio en el procedimiento para establecer si una norma es o no regresiva, puesto que ahora en ese análisis, que antes era meramente objetivo, caben las razones de la expedición de la norma y el objetivo que con ella se persigue, lo que

⁸Conf.dts1.unog.ch/1%20SPAT/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN19.

⁹ Las directrices de Maastricht, son recomendaciones de un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, que, según la propia Corte Constitucional, se han convertido en una fuente directa para comprender la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

anteriormente solamente podía hacerse para justificar la regresividad, pero no para determinar si ella existía respecto de determinada norma.

En efecto, en la sentencia C-258- 13 la Corte Constitucional acude a lo que señaló la Comisión Interamericana de Derechos humanos en el caso *Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de la Seguridad Social y otras contra Perú*, al analizar la supresión del “*Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990*” en el Perú, para resaltar que esa comisión concluyó que los estados pueden reducir los efectos patrimoniales de las pensiones como un mecanismo para eliminar la inequidad en los sistemas de seguridad social.

Destacó la Corte Constitucional que según esa comisión “*(iv) la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, y, (v) la creación de topes máximos a las pensiones no es en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho*”.

Esas expresiones, que se corresponde con las de la Corte Interamericana antes vistas, no son de la Corte Constitucional, mas es dable colegir que si esa corporación acudió a ellas para explicar la viabilidad jurídica de la restricción a las pensiones de los congresistas y de los magistrados de las altas cortes, al declarar la inexecutable del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es porque las comparte. Y en ellas hay dos conceptos novedosos que vale la pena destacar y que, en nuestro modo de ver las cosas, implican una modificación en el concepto de norma regresiva y en el procedimiento que debe seguirse para analizar su constitucionalidad: (i) no toda norma que restrinja un derecho es regresiva, y, (ii) para establecer si una norma es regresiva se debe analizar la afectación individual de un derecho, pero sopesando las implicaciones colectivas de la medida, esto es, no basta la simple comparación objetiva de las normas, pues, antes de que la norma se considere regresiva, cabe un examen de sus efectos colectivos.

Aunque los reseñados cambios son sutiles, para nosotros son importantes, pues abren las puertas para una modificación del análisis de la regresividad de una norma, pues ahora el efecto que ellas tienen en el conjunto de las sociedad y sus objetivos sociales pueden servir de justificación de la medida en dos momentos diferentes: (i) antes de establecer la regresividad de la norma; y de servir esa justificación ello impediría que la Corte Constitucional siguiera en su análisis, pues no habría ninguna razón para estimar la norma inconstitucional por no ser regresiva; y, (ii) para justificar o explicar la regresividad de la norma si de todos modos se encuentra que es regresiva y cuando se realice el test de proporcionalidad de la medida.

Obviamente este criterio hace menos difícil la justificación de una norma que reduzca derechos prestacionales o aumente requisitos para acceder a ellos, circunstancia que es de interés para quienes promuevan la expedición de normas de esa naturaleza, esto es el ejecutivo o el legislador.

2. NUEVO CONCEPTO DE DERECHO ADQUIRIDO RESPECTO DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES

Los derechos adquiridos en materia pensional no cuentan solamente con la protección general del artículo 58 de la Constitución Política ya que el Acto Legislativo 1 de 2005, que reformó el 48 de la Carta, es reiterativo en garantizarlos, como quiera que en el inciso primero de su artículo 1 dispone que el Estado respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y, más adelante, el inciso cuarto precisa que *“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”*.

Es pues evidente que los derechos pensionales adquiridos tienen una especial garantía en la Constitución Política. Sin embargo, en la actualidad no existe total claridad sobre los elementos del derecho adquirido, lo que, desde luego, genera incertidumbre sobre qué es lo que realmente se protege.

La concepción sobre los aspectos o elementos de los derechos adquiridos de cara a una reforma legal era una cuestión jurídica pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales, por razón de lo cual, como regla general, las nuevas normas legales mantuvieron incólumes los derechos prestacionales adquiridos el amparo de la normatividad reformada, no solamente en su núcleo esencial, sino en su calidad, su cuantía, sus efectos y las condiciones y restricciones para su ejercicio. Esto es, se partía de una noción integral del derecho, de tal suerte que ninguno de sus elementos podía ser cercenado o modificado por las nuevas normas legales que se expidieran.

A ese respecto, para citar un solo ejemplo del entendimiento dado al concepto de derecho adquirido, resulta de interés lo expresado en la ponencia para el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara, del que vendría a ser el Acto Legislativo No 1 de 2005, en la que, al explicarse las razones por las cuales se debía adoptar como principio el de estabilidad financiera del sistema, al que se hará mención posteriormente, se dijo:

“No obstante, creemos como ponentes que si bien es cierto se debe propender a la sostenibilidad financiera del mismo, dicha norma no podría interpretarse en el sentido de que se pueda disminuir el valor de las mesadas reconocidas conforme a la ley para lograr la sostenibilidad, pues el valor de las mismas es un componente del derecho adquirido. Ello sin omitir los descuentos y deducciones que la ley ordena practicar sobre las mesadas pensionales, como son los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

“Queremos dejar una salvaguarda expresa en la norma constitucional para evitar que futuras decisiones frente a eventuales crisis fiscales lleven a una reducción en el valor de las mesadas de los pensionados, sin

impedir los citados descuentos, por lo cual se hace necesario precisar que tales descuentos o deducciones sí pueden tener lugar”¹⁰

Sin embargo, la Corte Constitucional ha fijado un nuevo concepto de los elementos de los derechos adquiridos en la ya reseñada sentencia C-258-13 a partir del cual, toda vez que la garantía de los derechos adquiridos no es absoluta, pues ni siquiera ello se predica respecto de los derechos fundamentales, es posible que una nueva norma modifique algunos elementos o componentes de un derecho debidamente adquirido al amparo de una anterior, puesto que, a partir de lo que se consideran como tesis dinámicas sobre los derechos adquiridos, se concluye que estos tienen dos componentes: (i) lo que se denomina un núcleo intangible, que se representa en el derecho en sí mismo; y (ii) unos elementos dinámicos, que pueden ser modificados en el tiempo y que están principalmente relacionados con las condiciones de ejercicio del derecho o con las prestaciones periódicas que de él surjan.

Los razonamientos y argumentos jurídicos que justifican ese nuevo criterio son serios, variados y extensos, y por esa razón consideramos que su análisis y su crítica exigirían de un estudio especial que escapa a los propósitos de este documento. Por ello simplemente consideramos de interés resumir las conclusiones del tribunal constitucional sobre los derechos adquiridos, con las que, se reitera, se fija un nuevo entendimiento sobre ellos:

- Solamente constituyen elementos intangibles de los derechos adquiridos las relaciones ya consagradas o a las situaciones agotadas definitivamente, esto es, los derechos que ya han ingresado de manera irreversible al patrimonio de la persona.
- Los efectos de los derechos adquiridos que se proyectan hacia el futuro no son absolutamente inmunes. La intangibilidad del derecho solo se predica del derecho mismo, es decir, el derecho a la pensión y de los efectos ya producidos, como las mesadas pensionales pagadas.
- En este caso específico consideró que el pago de las mesadas pensionales causadas de conformidad con el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuenta con un importante componente de subsidio estatal, y por tanto, al tratarse de recursos de naturaleza pública, pueden ser legítimamente limitados, en aras de cumplir con los propósitos de un Estado Social de Derecho.
- En consecuencia, encontró que era posible limitar los efectos de los derechos adquiridos, representados en el pago de las mesadas futuras, por razón del carácter retrospectivo de las normas.
- Igualmente se precisó que el ámbito de protección de los derechos adquiridos resguardados tanto por el artículo 58 Superior como por el Acto Legislativo 1 de

¹⁰¹⁰ Gaceta del Congreso 593. 05/10/2004. www.imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. Consultado el 3 de mayo de 2004.

2005, son aquellos causados de conformidad con el ordenamiento jurídico y sin abuso al derecho.

- ¿Quién actúa con fraude a la ley?:
 - Quien ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.

- ¿Quién incurre en abuso de un derecho pensional?:
 - *“i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”.*

Obviamente los anteriores criterios no podrían llevar a la reducción de las mesadas pensionales por una ley, por razón de lo dispuesto por el actual inciso segundo del artículo 48 de la Carta, en la forma como fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, que señala que *“Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”*; pero sí implican una disminución en la protección de los derechos pensionales y, aunque fueron expuestos para delimitar los efectos de un fallo de inexecutable, son perfectamente aplicables para establecer cuáles son los derechos adquiridos que no pueden ser afectados por una nueva norma legal, esto es, se trata de discernimientos que han de tener incidencia en una reforma del Sistema General de Pensiones, de ahí que, independientemente de que se compartan o no, los consideremos de importancia.

3. LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA

Tal como se anotaba al comienzo de este escrito, una posible reforma legal del Sistema General de Pensiones estaría justificada en la situación de sus finanzas y, en particular, las del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Y, en esas condiciones, entraría en juego la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, lo cual amerita definir su verdadera naturaleza y, a partir de ello, los alcances que tiene y las limitaciones que la acompañan.

3.1.- ¿Es la estabilidad financiera del sistema un principio constitucional?

Como se sabe, el Acto Legislativo No 1 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Política estableciendo en el primer inciso de su artículo 1 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”*.

No cabe duda entonces de que la sostenibilidad financiera debe ser garantizada por el Estado y, adicionalmente, es un parámetro que debe ser tenido en cuenta por el legislador cuando se expidan normas legales. Empero, en la forma como quedó redactado el Acto Legislativo No 1 de 2005 no se especificó suficientemente si esa sostenibilidad financiera forma parte de los principios de la Seguridad Social lo que, desde luego, resaltaría su importancia por cuanto tendría naturaleza constitucional y, por lo tanto, sería equiparable a los otros establecidos en el artículo 48 de la Carta Política.

Es claro que la intención del gobierno que propuso la expedición del Acto Legislativo fue la de conferirle el carácter de principio a la sostenibilidad financiera, pues así se propuso en el articulado en forma expresa y, además, se hizo explícito en los proyectos presentados ante Cámara y Senado (034 y 147 de 2004), en cuanto se expresó:

“5.1. La sostenibilidad financiera del sistema como principio constitucional.

En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón, se propone incluir como principio constitucional el de la estabilidad financiera del sistema. Lo anterior implica, por consiguiente, que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero, evitando que situaciones críticas como las que podrían presentarse de no adoptarse las reformas que han venido siendo estudiadas por el Congreso y el presente Proyecto de Acto Legislativo”.¹¹

No obstante, en el texto de la norma no se le confirió claramente la naturaleza jurídica de principio, lo cual no ha sido óbice para que, por ejemplo, sea así reconocido por reconocidos autores como Arenas Monsalve, para quien *“en la doctrina de la seguridad social la sostenibilidad financiera se define como el propósito de que el sistema sea financieramente viable de acuerdo con la capacidad económica del país. Como se ha indicado, la sostenibilidad financiera del sistema pensional es a la vez una garantía y un principio constitucional”*.¹²

¹¹ Gaceta del Congreso 385. Viernes 23 de julio de 2004. Página 13.

www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.pdf?v_número=385&v_anog=2004. Consultado el 3 de mayo de 2014.

¹² Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Legis Editores S.A., 2011. Página 153.

Siendo claro que existen fuertes argumentos para considerar que la sostenibilidad financiera es un principio constitucional, sobre lo que no existe consenso es si se trata de un principio fundamental o meramente instrumental, si es autónomo o vinculado con otros y si, no obstante su jerarquía, no puede prevalecer sobre derechos de igual rango, vale decir, la forma como debe operar en relación con otros principios constitucionales.

3.2. Caracterización del principio de sostenibilidad financiera efectuada por la Corte Constitucional.

Si bien la Corte Constitucional lo ha mencionado como un principio, en algunas ocasiones simplemente ha estimado que se trata de un criterio orientador, derivado del principio de eficiencia. Así lo hizo en la sentencia SU 1073/12, en la que, al precisar los mecanismos de indexación del ingreso base de liquidación de una pensión que ordenó en esa providencia, señaló que:

“En segundo lugar, observa la Sala que, en caso de ordenar el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en la que se presentó la primera reclamación a la entidad, se pondría en riesgo la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, desconociendo otro principio constitucional: el de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política, que ordena que el mismo debe “orientar a las Ramas y órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

Adicionalmente, el artículo 48 de la Constitución Política (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005) consagra la obligación del Estado de garantizar los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, y asumir el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.

Según la Exposición de Motivos de la reforma constitucional del artículo 48 de la C.P, su finalidad consistió en procurar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, con miras a asegurar su efectividad y eficiencia. En este sentido, el acto legislativo conservó los principios de universalidad, progresividad, eficiencia y solidaridad, e introdujo los criterios de equidad y sostenibilidad financiera del sistema.

*En este orden de ideas, es el principio de eficiencia, el sustento para que se tenga como criterio orientador la **sostenibilidad financiera** autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior.*

Conforme a tal criterio, las decisiones que afecten el sistema pensional se adoptan teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados que se distribuyen de acuerdo con las necesidades de la población, propendiendo por lograr su suficiencia, con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de sostenibilidad financiera debe servir de guía a los sistemas de la seguridad social, en consecuencia, estos deben disponer de un flujo permanente de recursos que permita su mantenimiento para la oportuna y adecuada prestación de servicios. Uno de los elementos fundamentales para la satisfacción del principio de manejo eficiente de los recursos asignados al sistema pensional, radica en su articulación orientada a la consecución del fin propuesto por el Constituyente para garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Importa anotar que, incluso antes de que fuera incluida en la Constitución Política, la Corte Constitucional había expresado que la sostenibilidad financiera no puede tomarse como fin último del Estado ni justificar limitaciones de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, en la sentencia C-227 de 2004, en la que al estudiar la exequibilidad del inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se dijo que la sostenibilidad financiera no puede invocarse de forma genérica para limitar o negar un beneficio de la seguridad social a personas de sectores vulnerables y por ello declaró inconstitucional una expresión de la norma acusada en la medida en que excluía a las madres de las personas en condición de discapacidad que superaran ese rango de edad del beneficio de la pensión especial de vejez a partir de razones de sostenibilidad financiera¹³.

En otras oportunidades, la Corte Constitucional ha señalado que la sostenibilidad financiera no puede prevalecer sobre otros principios, como el de integralidad, ni afectar derechos fundamentales de las personas. Así por ejemplo, en la sentencia T-683-11, explicó lo que a continuación se transcribe:

“Por otro lado, no puede desconocerse que la salud es un derecho de contenido prestacional, por lo que, aparte de propender por un servicio eficiente, se debe tener en consideración el principio de sostenibilidad financiera.

¹³ Expresó esta Corporación: “La Corte comparte el argumento acerca de que la escasez de recursos y la necesidad de avanzar progresivamente en la concesión de algunos beneficios, de acuerdo con la disponibilidad económica, pueden obligar a delimitar el ámbito de aplicación de un beneficio o el espectro de beneficiarios. Sin embargo, considera importante aclarar que en los casos en los que se aduzca la escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables es necesario que la argumentación no se reduzca a afirmaciones genéricas acerca de la limitación de los recursos económicos. Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación.

No obstante, la Corte ha reiterado que el postulado transcrito tiene límites y que, en casos en los que se comprometan los derechos fundamentales de las personas, el servicio de salud no puede ser suspendido, sino que, por el contrario, se debe continuar su prestación en aras de garantizar la atención en forma ininterrumpida”.

Y en la sentencia C-459-08 dijo:

“...(a) las acciones necesarias para garantizar la sostenibilidad y el equilibrio financiero, no pueden comprender negarse a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario, sin necesidad de acudir a la acción de tutela, y (b) tales criterios no justifican el incumplimiento del deber del Estado de asegurar el acceso de las personas a la red hospitalaria y su financiación”

También la Corte Constitucional ha estudiado a fondo la naturaleza y alcances del principio de sostenibilidad fiscal establecido por el Acto Legislativo No 3 de 2011. No obstante las diferencias en la redacción de las normas que las consagran- pues el Acto Legislativo 3 de 2011 sí señala expresamente que la sostenibilidad fiscal no puede ser invocada para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, por ejemplo-, dada la evidente similitud que tiene en su concepción, denominación y objetivos con el de estabilidad financiera de la seguridad social, consideramos que los criterios expuestos por ese tribunal respecto de la sostenibilidad fiscal pueden servir de elemento de análisis del de sostenibilidad financiera, a pesar de que el estudio que se hizo de la reforma de 2011 fue histórico y sistemático, pero, con todo, contiene un análisis integral de la Constitución Política que puede ser trasladado al principio de sostenibilidad financiera. Se expuso en la sentencia C-288-12:

- El “principio” o criterio de sostenibilidad fiscal tiene un carácter exclusivamente instrumental, y por ello no es un fin constitucional en sí mismo, sino un instrumento para la consecución de los objetivos del Estado Social de Derecho.
- No es, en estricto sentido, un principio constitucional que redireccione los fines del Estado y obligue a las autoridades a garantizar, sobre cualquier otra consideración, la disciplina fiscal.
- Es una previsión, adjetiva si se quiere, que viene a integrar las diversas herramientas, procedimientos y estrategias contenidos en la Constitución y dirigidos a la satisfacción de los fines del Estado.
- La sostenibilidad fiscal no puede ser considerada en modo alguno como un nuevo principio constitucional, que tenga la misma naturaleza y jerarquía que los principios fundamentales que otorgan identidad a la Carta Política. (Artículos 1º a 10 C.P).

- Es un patrón o guía para la actuación de las autoridades del Estado. Al carecer de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados. Es una herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista.
- No es posible sostener en consecuencia, que la sostenibilidad fiscal deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales porque es un marco o guía para la actuación estatal que carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado.
- En consecuencia, no es posible plantear conflictos normativos, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados.

En la sentencia C-258-13 reiteró que *“las reglas de responsabilidad fiscal dirigidas a la promoción de la sostenibilidad financiera, en tanto son útiles para asegurar la realización sostenible de los derechos fundamentales, también deben ser tenidas como una herramienta al servicio de los principios y fines del Estado Social de Derecho”* y señaló que el Acto Legislativo No 1 de 2005, que citó como un ejemplo de normas que fijan reglas de responsabilidad fiscal, reconoció que la sostenibilidad es una condición para la realización del derecho a la seguridad social en pensiones. Agregó además que: *“Esta Corporación ha puntualizado que las reglas de responsabilidad fiscal y el **criterio de sostenibilidad** tienen un carácter instrumental respecto de los fines y principios del Estado Social de Derecho, en particular, son una herramienta útil para la realización progresiva de los contenidos prestacionales de las garantías constitucionales. Sin embargo, ha resaltado que la disciplina fiscal y la sostenibilidad financiera no pueden tomarse como fines últimos del Estado ni justificar los derechos fundamentales”*. (La negrilla no es del texto de la sentencia). Destacamos, por consiguiente, que nuevamente se insiste en referirse a la sostenibilidad financiera como un criterio y no, estrictamente, como un principio y además, se la caracteriza como un ejemplo de sostenibilidad fiscal por lo que puede colegirse que participa de la misma naturaleza jurídica de esta.

Sin embargo, tal como se dijo, en la sentencia C-258-13 se hizo especial énfasis en el informe de admisibilidad y de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú (petición No. 12.670 del 27 de marzo de 2009) para resaltar que se avaló una medida como la reducción del monto de las pensiones más altas de un sistema pensional sin que se le pudieran oponer medidas como los derechos adquiridos, *“con miras a promover la sostenibilidad y equidad del sistema y la ampliación de la cobertura”*, con lo que, implícitamente, pareciera admitirse que las limitaciones en los derechos que propendan por la estabilidad financiera se justifican si con ello se buscan otros objetivos adicionales como la equidad y la ampliación de la cobertura y que, tal como se dijo con antelación, esos objetivos benefician a la comunidad en general, pues destacó la Corte Constitucional que *“En este orden de ideas resaltó la Comisión que mantener la*

estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social se encuentre basado en el principio de equidad, constituye un interés social y, por lo tanto, un fin legítimo a ser perseguido por el Estado en una sociedad democrática...”.

De lo expuesto se concluye que la sostenibilidad financiera por sí sola no es razón que justifique una reforma que recorte o disminuya derechos.

4.- NATURALEZA FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU RELACIÓN CON LA EFICIENCIA Y LA DIGNIDAD HUMANA

Una reforma pensional que, desde luego, tiene que ver con el Sistema de Seguridad Social, necesariamente debe partir de la base de la naturaleza del derecho a la seguridad social y todas las implicaciones que de allí surgen.

Es suficientemente conocido que el derecho a la seguridad social ha sido catalogado como un derecho fundamental, de ahí que resulte de interés efectuar una sucinta mención de algunas de las características que le ha conferido la Corte Constitucional y su relación con otros principios o derechos:

- La Seguridad Social es un instrumento al servicio del Estado Social de Derecho y por eso es un derecho fundamental y un servicio público que tiene como objetivo otorgar prestaciones para proteger el mínimo vital de las personas.¹⁴
- En virtud de los principios de igualdad, solidaridad, dignidad humana y trabajo, el Estado Social de Derecho tiene un compromiso con la igualdad material, la garantía del mínimo vital de las personas y la construcción de un orden económico y social justo, fines para cuya obtención la distribución equitativa de los recursos juega un papel fundamental.¹⁵
- Hay un deber de protección especial de los más débiles, como los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad.
- Para brindar una protección efectiva frente a las contingencias, el derecho a la seguridad social requiere de un sistema que tenga, al menos, (i) instituciones encargadas para prestar el servicios; (ii) procedimientos para que el sistema opere; y (iii) provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento y estar orientado por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.¹⁶
- El despliegue institucional llevado a cabo por el Estado para garantizar el derecho a la seguridad social debe estar sujeto al principio de eficiencia (que según el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 se manifiesta en una mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros), por razón de lo cual las instituciones deben

¹⁴ Sentencia C-258-13

¹⁵ Sentencia C-258-13

¹⁶ Entre otras, en la sentencia C-258-13.

propender por una adecuada y eficiente utilización de los recursos públicos administrativos para poder brindar al ciudadano un servicio público de calidad.

- El principio de dignidad proscribiera la instrumentalización de los seres humanos en virtud del reconocimiento del valor intrínseco de la vida humana e impone al Estado adelantar acciones para asegurar autonomía para diseñar un plan vital, condiciones materiales concretas de existencia e intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral.¹⁷
- El legislador debe introducir reglas que para construir un orden político, económico y social justo.

Todas estas consideraciones sobre el derecho a la seguridad social las juzgamos pertinentes para destacar que ya en la sentencia de tutela T-068 de 1998 la Corte Constitucional había declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional en relación con el atraso sistemático en los tiempos de respuesta de la Caja Nacional de Previsión y el año pasado encontró una situación constitucionalmente relevante que hizo imperiosa su intervención, pues encontró *“un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que impiden el cumplimiento de los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico para la resolución de peticiones pensionales y el acatamiento de las órdenes dictadas por los jueces de la República”*, que la llevaron a señalar que había una práctica inconstitucional en el ISS y Colpensiones¹⁸. En ese auto se citaron los informes de la Defensoría del Pueblo en relación con el funcionamiento del Colpensiones, en el que se detectaron situaciones tales como:

- Desconocimiento del derecho de petición y la obligación de responder los mismos de manera oportuna, clara y completa.
- No hay priorización de solicitudes
- No hay unificación de expedientes administrativos.
- La historia laboral de los afiliados no registra la totalidad de las semanas verdaderamente cotizadas.
- Hay incumplimiento de los fallos de acción de tutela

Por su parte, según se dijo en ese mismo auto, la Procuraduría General de la Nación destacó que las quejas más frecuentes para los usuarios son, entre otras:

- Extensas filas para la atención personalizada.
- Información errada de trámites.
- Errores en las historias laborales.
- Página Web caída
- Poca información telefónica

Todo lo cual llevó a concluir a la Procuradora Delegada para los Asuntos del Trabajo y La Seguridad Social que hubo falta de previsión, inoperancia y falta de preparación al momento de iniciar actividades la nueva administradora.

¹⁷ Sentencia C-258-13

¹⁸ Auto 110 del 5 de julio de 2013

Es cierto que la situación antes descrita ha mejorado sustancialmente, pero aún se siguen presentando muchos inconvenientes con los usuarios del sistema, lo que nos motiva a hacer la siguiente reflexión:

No cabe duda de que en el futuro de la seguridad social tiene mucho que ver el papel que asuma el Estado en desarrollo de sus políticas sociales no obstante que, actualmente, no pesan sobre sus hombros las responsabilidades y obligaciones que antaño le incumbían. Pero es incuestionable que sí tiene el deber de dirigir las actividades que se realicen para la prestación de los servicios de la seguridad social, coordinar la operatividad y eficacia y controlar su desarrollo, entre otras. No se trata, entonces, de atribuirle cargas excesivas, pues la que pesa sobre su cabeza en materia del pago de la cuantiosa deuda pensional es suficientemente grave, sino de reclamar el cumplimiento cabal de las funciones que le competen como actor principalísimo de la seguridad social, fundamentalmente de aquellas relacionadas con el diseño, la dirección, el control, la inspección y la vigilancia de la gestión de la seguridad social.

Cuando el Estado, a través de alguna de sus instituciones o entidades, cumple funciones de gestión en la seguridad social, como administrador de algún régimen, por ejemplo, no debe olvidar que uno de los principales objetivos del sistema de seguridad social es el de *“garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema”*, como lo manda el artículo 6 de la Ley 100 de 1993; como tampoco que el trabajo goza de la especial protección del Estado, como lo establece el artículo 25 de la Carta Política y que, como lo dice el artículo 3 de esa norma superior, las autoridades de la República están instituidas para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes en la Constitución, pero no para desconocerlos.

Por esa razón, debe ser especialmente celoso en el cumplimiento de sus obligaciones y tener siempre presente que los derechos derivados de la seguridad social, adquieren, en muchos casos, el carácter de fundamentales.

Todo ello, nos lleva a preguntarnos: ¿en la propuesta de reforma se incluirá alguna iniciativa para que los problemas descritos se solucionen finalmente y no vuelvan a presentarse?

5.- CONCLUSIONES

Como conclusiones o reflexiones finales presentamos las siguientes:

- Existe una tendencia a considerar que la efectividad de un sistema de seguridad social debe medirse por cuestiones tales como su influencia en las políticas fiscales, dejando de lado su verdadero impacto en la calidad de vida de las personas. Por eso consideramos que ante su eventual reforma, el examen de nuestro Sistema de Seguridad Social debe abarcar varios componentes y no exclusivamente los macroeconómicos.

- El principio de no regresividad de los derechos, como componente del de progresividad, debe ser necesariamente tenido en cuenta como guía para una eventual reforma pensional. Es nuestra opinión que para determinar si una norma es regresiva y viola el principio de la no regresividad de las normas sociales, no basta con comparar pura y simplemente su texto con el de la norma que se modifica, sino que es necesario tener en cuenta el objetivo social que persigue la nueva disposición legal y si el cambio que ella introduce en los requisitos para acceder a un derecho es o no conveniente para el conjunto de la sociedad. Por lo tanto, el hecho de que una norma haga más gravosos los requisitos para obtener una prestación social no permite concluir *prima facie* su regresividad, pues para ello será necesario indagar el impacto que tiene en el conjunto del sistema de seguridad social y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia, como lo exige la Corte Constitucional. El análisis que se haga debe tener en cuenta no sólo el mero cambio normativo, sino el impacto positivo que, en la estabilidad financiera del sistema de seguridad social y en su viabilidad, tenga la reforma. La progresividad es un derecho económico, colectivo, vale decir, social, pero no exclusivamente individual.
- La sola propuesta de un objetivo de sostenibilidad financiera no es suficiente para justificar recortes o modificaciones en los derechos pensionales, pues debe ir acompañada de objetivos constitucionalmente legítimos, todo ello con el propósito de alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho.
- Es ciertamente reprochable que en Colombia los recursos del sistema de pensiones en el régimen de prima media, que sin duda son escasos y deben ser protegidos, sean manejados con fríos e insensibles criterios de naturaleza exclusivamente fiscal, totalmente alejados de la especial índole de las prestaciones que están llamados a financiar y, lo que es aún más grave, del carácter vital e irrenunciable del derecho a la seguridad social.

En un Estado social o constitucional de derecho, en el que la seguridad social debe ser uno de sus soportes esenciales, resulta francamente inconcebible que el reconocimiento de una prestación, que no tendría por qué demorar más de unos pocos días, tarde años y deba, en muchos casos, depender de discutibles criterios jurídicos, contrarios a la reiterada jurisprudencia de las altas cortes; y, además, tenga que estar mediado por incontables, demorados e innecesarios trámites, formulación de derechos de petición, interposición de recursos en la vía gubernativa e, incluso, la presentación de acciones de tutela o de amparo y de incidentes de desacato.

Tampoco tiene ninguna justificación que en la jurisdicción laboral más del 70% de los procesos seguidos contra entidades de seguridad social lo sean contra una sola de ellas, ni que ese escandaloso porcentaje represente, a su turno, más del 60% de los procesos laborales y de seguridad social en varias regiones del país. Ese increíble grado de conflictividad no puede tener explicación en las dificultades que surgen de la aplicación o de la interpretación de las normas, o en la existencia de

pretensiones desorbitadas de los afiliados o beneficiarios, sino en un estado de cosas inconstitucional, como lo ha considerado la Corte Constitucional, surgido de una equivocada cultura administrativa y fiscal, con efectos perversos en los derechos de los afiliados, que, por lo tanto, debe ser modificada para corresponderse con las necesidades de un sistema de seguridad social que busca ser integral. Para corregir esta calamitosa situación no hace falta ninguna reforma legal, solamente un cambio de paradigma en los administradores del sistema y el cumplimiento de las normas constitucionales y legales que le confieren un carácter fundamental a los derechos de la seguridad social.

- Por lo tanto, el reto que existe es el de averiguar si los modelos de protección y seguridad social adoptados se corresponden con la realidad económica de nuestro país y si están cumpliendo con su principal cometido de garantizar a las personas que, al llegar al umbral de la ancianidad cuenten con un medio que les permita una vida con dignidad, y principalmente, si es posible encontrar soluciones viables para que ello así sea.

BIBLIOGRAFÍA

Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Legis Editores S.A., 2011

Corte Constitucional de Colombia

Corte Suprema de Justicia de Colombia

Corte Interamericana de Justicia.

Gaceta del Congreso.