

El precedente judicial y la excepción de inconstitucionalidad: Una revisión de la sentencia SU-140/19 y la vulneración del principio de seguridad jurídica y progresividad

The judicial precedent and the unconstitutionality exception: A revision of the SU-140/19 judgment and the violation of the principle of legal certainty and progressiveness

Harold Antonio Hernández Molina

Abogado Universidad Libre de Cali, Licenciado en Filosofía Universidad del Valle y candidato a grado Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Cali. Abogado litigante en áreas de derecho laboral y derecho administrativo.

Contacto: drharold.h@gmail.com – harold-hernandezm@unilibre.edu.co

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3182-979x>

FECHA DE RECEPCIÓN: 10 enero 2020

PUBLICACIÓN ON-LINE: 30 junio 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: marzo 23 2020

Resumen

El presente artículo pretende resaltar la tesis de que el precedente judicial no es absoluto para los operadores judiciales y que estos se pueden apartar del mismo amparados en la facultad de excepción por inconstitucionalidad, partiendo para ello de una revisión de Sentencia SU140/19, analizando la falencia en el sistema argumentativo de la misma y acentuando en que la misma vulnera principios constitucionales propios del estado social de derecho como el principio de la seguridad jurídica y el principio de progresividad, razón suficiente para que los jueces de instancia desconozcan dicho precedente judicial y en su lugar apliquen el precedente anterior reconociendo los incrementos pensionales solicitados con anterioridad al día 29 de marzo de 2020.

Palabras clave: Precedente judicial, principio de seguridad jurídica, principio de progresividad, excepción por inconstitucionalidad, incrementos pensionales.

Abstract

The present article tries to highlight the thesis that the judicial precedent is not absolute for the judicial operators and that they can depart from it protected in the power of exception for unconstitutionality, based on a revision of Judgment SU140 / 19, analyzing the failure in the argumentative system of the same and emphasizing that it violates constitutional principles of the social state of law such as the principle of legal certainty and the principle of progressivity, sufficient reason for the judges of instance to ignore said judicial precedent and in instead apply the preceding precedent recognizing the pension increases requested prior to March 29, 2020.

Keywords: Judicial precedent, principle of legal certainty, principle of progressivity, exception for unconstitutionality, pension increases.

* Cómo citar: Hernández, H.A. (2020). El precedente judicial y la excepción de inconstitucionalidad: Una revisión de la sentencia SU-140/19 y la vulneración del principio de seguridad jurídica y progresividad. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 17 (1), e-6541. DOI: 10.18041/1794-7200/clj.2020.v17n1.6541

Introducción

A la Corte Constitucional (de ahora en adelante CC), en su carácter de máxima guardadora de la Constitución, le compete pronunciarse de fondo respecto a todo el ordenamiento jurídico, legal y jurisprudencial, que tentativamente se encuentre en contravía de la carta fundamental, procurando así la estabilidad de los postulados constitucionales, que incluye no solo el articulado de la carta, sino todo el bloque de constitucionalidad en sí mismo.

El control constitucional en Colombia puede ejercerse por vía de acción o por vía de excepción. Por vía de acción se realiza instaurando un proceso en contra de una norma jurídica (entiéndase ley o jurisprudencia)¹ la cual será dirimida por un órgano judicial competente, siendo la máxima autoridad en este rubro la CC. Este tipo de proceso se encuentran inmersos en la carta y son: acción de inconstitucionalidad, medio de control de nulidad (anteriormente acción de nulidad) y acción de tutela.

Por vía de excepción se presenta como la figura difusa de excepción por inconstitucionalidad, la cual es la facultad que tienen las autoridades administrativas y judiciales de apartarse de una norma jurídica cuando encuentren que la misma contraría la Constitución, argumentando para esto las afectaciones constitucionales que vulnera la norma jurídica cuestionada. Esta vía no es solo una facultad si no un deber, en razón de que toda autoridad debe apartarse de los postulados normativos inconstitucionales.

El problema jurídico surge entonces cuando la norma jurídica que contraria la Constitución es un pronunciamiento de la CC misma. En este caso ¿deben los jueces (y autoridades administrativas) inaplicar la jurisprudencia constitucional en caso de encontrar que los argumentos esgrimidos por la Corte contrarían el ordenamiento jurídico constitucional?

El presente artículo pretende analizar la sentencia SU140-19 proferida por la CC el día 29 de marzo de 2019, para así establecer desde tres argumentos diferentes el por qué dicha sentencia es un pronunciamiento que excede las facultades la CC y el por qué es una norma jurídica inconstitucional, proponiendo como consecuencia y solución el uso facultativo de la excepción por inconstitucionalidad para que dicha sentencia sea inaplicada por parte de los operadores jurídico y administrativos.

Para llevar a cabo dicho cometido, se realizará una exposición de los motivos y conclusiones de la sentencia SU140-19 y seguido se expondrá su carácter inconstitucional desde tres argumentos a saber: a) la vulneración del principio de seguridad jurídica, b) la vulneración del principio de progresividad, y c) los argumentos esgrimidos en los salvamentos de voto. Seguido se analizará la figura de excepción por inconstitucionalidad como posibilidad para inaplicar jurisprudencia constitucional.

Sentencia SU140-19

La sentencia SU140-19 proferida el día 28 de marzo de 2009 por la Sala Plena de CC, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, acumula 11 tutelas referentes al reconocimiento del incremento del 14% sobre la pensión mínima por cónyuge o compañera a cargo del pensionado. Es decir, nos encontramos frente a un control de constitucionalidad por vía de acción al ser la etapa final de múltiples acciones de tutela.

De los 11 procesos de tutela, 9 fueron iniciados en contra de sentencias judiciales del juez natural de la acción por desconocer la jurisprudencia vigente de la CC. Las otras dos tutela fueron iniciadas en una presunta situación de vulnerabilidad sin agotar la vía judicial ordinaria, pretendiendo el reconocimiento del incremento por cónyuge vía tutela, estas dos fueron negadas por falta de requisito de subsidiaridad y por no ser acreditada la situación de vulnerabilidad.

La decisión que adoptó la Corte fue, establecer como criterio unificado, que los incrementos pensionales de las pensiones obtenidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el día 1 de abril de 1994, no son procedentes por encontrarse derogados y por tanto no es procedente la discusión de si opera o no la prescripción de tres años a las pensiones reconocidas con posterioridad.

Los argumentos propuestos por la CC para adoptar la conclusión mencionada son 5: a) derogatoria de los incrementos pensionales, b) la sostenibilidad financiera del sistema pensional y los derechos fundamentales, c) falso dilema del principio *in dubio pro operario*, d) prescripción general, y e) igualdad material de las mujeres. Veamos en detalle cada uno de los argumentos expuestos:

a) Derogatoria de los incrementos pensionales:

Sostiene la Corte Constitucional que la Ley 100 de 1993, específicamente el artículo 289, establece dos tipos de derogatoria, la expresa y la tácita. El artículo en mención es el siguiente:

¹ El presente escrito no se centrará en establecer las diferencias entre una norma positiva expedida por el órgano legislativo ni la producción de una norma judicial de carácter subjetivo en cabeza del operador jurídico. Se entenderá que "norma jurídica" es toda norma expedida en el marco legal por parte de una autoridad competente y con efectos *erga omnes* o *inter partes*, ya sea objetiva o subjetiva. Al respecto se puede consultar: "La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido". (Kelsen, 2009, pág. 38).

La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen (Congreso de Colombia, 1993).

Pese a que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (artículo que establece los incrementos pensionales) no se encuentra dentro de los artículos derogados expresamente, la CC realiza una exposición de motivos basándose inicialmente en diferentes sentencias de la misma CC donde se establece la derogatoria de diferentes sistemas pensionales por la mera entrada en vigencia de la Ley 100/93, tales como el régimen pensional de congresistas, magistrados y de los servidores públicos.

Aunado a lo anterior, reafirma que el propósito de la Ley 100/93 fue la de unificar el sistema pensional salvaguardando la expectativa legítima de pensionarse al establecer el régimen de transición. Para la Corte:

Ahora bien, como ya se dijo con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un **régimen de transición** que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa *legítima*, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición, cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de **“salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior”** (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso *sub examine*: *“el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.”* (Todo el énfasis es fuera de texto) (Corte Constitucional, Sala Plena., 2019).

Pese a la claridad que hace la CC respecto a las expectativas reales de derecho que tienen los usuarios del sistema pensional, difiere su posición al tratar de las expectativas de derecho de los mismos usuarios, pero respecto a los incrementos pensionales. Es decir, para la CC solo existen expectativas reales tratándose de reconocimiento de pensión, pero no de los incrementos de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Ello es así para la CC, porque para esta, el régimen de transición solo es aplicable en virtud del artículo 36 de la Ley 100/93 para los asuntos relacionados con edad, tiempo de cotización y monto de la pensión. Todo lo demás se encuentra tácitamente derogado y se surte en virtud de la nueva normatividad.

Adicionalmente, sostiene la CC que se incluyen los incrementos pensionales dentro de las expectativas legítimas porque el desconocimiento de dichos incrementos no conlleva a una afectación grave de derechos fundamentales que impacte excesivamente las aspiraciones de los usuarios del sistema pensional.

b) La sostenibilidad financiera del sistema pensional y los derechos fundamentales:

La CC realiza una breve exposición del objetivo de la sostenibilidad financiera del Estado que tuvo como consecuencia el establecimiento de dos regímenes pensionales diferentes, el Régimen de Prima Media (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). Cabe resaltar la diferencia que se presente entre el marco de sostenibilidad fiscal del Estado de que trata el artículo 334 superior y el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005. Para la Corte:

En efecto, según la jurisprudencia, al prever un **marco de sostenibilidad fiscal** en el artículo 334 de la Carta, el constituyente derivado optó por elevar a rango constitucional un marco general de política económica; esto es, un instrumento que: (i) *“no es ni un derecho, ni un principio constitucional, ni representa*

una fin esencial del Estado"; (ii) “[no] persigue fines autónomos, ni establece mandatos particulares(...); (iii) que más bien es “una herramienta que se subordina al cumplimiento de dichos fines estatales y que carece de propósitos propios o independientes, es decir que no es fin en sí misma”; y (iv) que, so pretexto de aplicar dicha sostenibilidad fiscal, ésta no se puede utilizar para restringir o afectar derechos fundamentales (...).

Por el contrario, para la jurisprudencia la **sostenibilidad financiera del sistema pensional**: (i) es “una preocupación transversal a la [respectiva] reforma [constitucional]; (ii) “**es un principio constitucional que debe ser consultado en la dirección y control del sistema de seguridad social [y] las medidas que se adopten para alcanzar tal fin son necesarias, máxime si (...) no se evidencia la lesión de un derecho sino el límite para acceder a un eventual beneficio**”; (iii) que “no desvirtúa el mandato cuya realización incumbe al Legislador, [sino que] simplemente señala expresamente un factor que ha de ser ponderado por la ley, cuya importancia por otra parte ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás”; y (iv) que debe interpretarse “**como un mecanismo encaminado al logro del cometido de universalidad a través de la solidaridad del Estado y de las personas residentes en Colombia**” (Todo el énfasis es fuera de texto).

En suma, puede afirmarse que mientras que la **sostenibilidad fiscal** que consagra el artículo 334 de la Carta se erige como un **criterio jurídico general y orientador** en tanto se refiere a las pautas que deben guiar al Estado en desarrollo de su función de director general de la economía nacional, de manera tal que se cuente con la efectiva posibilidad de cumplir con los cometidos estatales; la **sostenibilidad financiera del sistema pensional**, más allá de un principio, es una norma jurídica que establece en cabeza del operador judicial un **mandato hermenéutico** encaminado a lograr una relación de medio a fin entre esta última sostenibilidad y los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad que rigen el sistema de la seguridad social (Corte Constitucional, Sala Plena., 2019).

Luego de establecer la sostenibilidad financiera del sistema pensional como un principio y mandato constitucional, la CC realiza una exposición de motivos de diferentes entidades (como la OCDE, ANIF, etc.) donde se recomienda al Estado colombiano realizar una reforma al sistema pensional, la CC considera que los principios de universalidad (garantías para todos y no para un sector) y solidaridad (práctica de ayuda mutua) son la base del principio de sostenibilidad financiera y que realizado un ejercicio de ponderación determina que el reconocimiento de beneficio extra pensionales a un sector limitado de la población deviene en un problema de asignación presupuestal cuyo desconocimiento no afecta la dignidad humana de los beneficiarios del incremento.

La CC a pesar de sostener como argumento que prima el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional sobre los el derecho fundamental de la seguridad social a través de un ejercicio de ponderación, no demuestra ni relaciona el ejercicio de ponderación de manera práctica. Solamente arroja diferentes enunciados que lo lleva a concluir, sin coherencia lógica, que existe una afectación del erario público destinado a la seguridad social por incrementar la pensión sobre el 14% del salario mínimo a los pensionados que tienen a su cargo una cónyuge (o compañera permanente) o del 7% a aquellos que tienen hijos menores a cargo.

c) Falso dilema del principio *in dubio pro operario*:

La CC realiza un breve análisis del principio *in dubio pro operario* considerando que es la modalidad del principio de favorabilidad que tentativamente se podría aplicar al momento de definir sobre la viabilidad o no de reconocer los incrementos pensionales bajo el imperio de la Ley 100/93. Ello teniendo en consideración que la sentencia SU-310/17, proferido por el mismo órgano constitucional, unificó como criterio constitucional de interpretación la aplicación del principio *in dubio pro operario* para determinar que el derecho del incremento pensional no prescribe, sino que únicamente prescriben las mesadas de dicho incremento que se causaron con anterioridad a 3 meses de la reclamación.

En esa oportunidad la CC sostuvo lo siguiente:

En virtud del mandato constitucional de *in dubio pro operario*, la interpretación que resulta más favorable a los intereses de los pensionados, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo. Aclarándose que las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente, sí prescriben conforme a la regla general de prescripción de las acreencias laborales contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En esa medida, las accionadas incurrieron en violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, porque desconocieron el principio constitucional de *in dubio pro operario*.

En virtud del deber de solidaridad (Artículos 1º, 48 y 95.2 de la Constitución Política), las autoridades judiciales y administrativas accionadas debieron aplicar la interpretación más favorable de la norma, teniendo en cuenta que las personas a cargo de los accionantes son en su mayoría sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad y/o situación de discapacidad, y que los incrementos

Pese a la anterior decisión adoptada en el año 2017 por la CC, transcurridos menos de 2 años la corporación opta por inaplicar dicha interpretación sosteniendo que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados de manera tácita por la Ley 100/93 y por tal motivo no es dable la discusión respecto a que interpretación aplicar en cuanto a la imprescriptibilidad de los de los derechos de incrementos pensionales, pues los mismo ya no existen en la vida jurídica.

El principio *in dubio pro operario* es definido textualmente como: “En caso de duda, a favor del trabajador” (RAE, 2020), y es entendido por algunos autores de siguiente forma: “Se considera pues, que el principio al ser fuente del derecho para la resolución de los casos judiciales, se basa en que existiendo dudas razonables debe aplicarse la mejor interpretación de la norma en favor del trabajador” (Angarita, 2016).

Es decir, a diferencia del principio de favorabilidad, no se trata de determinar entre 2 o más normas cual es más favorable aplicar para el trabajador, sino determinar dentro de una misma norma que interpretación le es más favorable aplicar para el trabajador. Así, la CC determina que al estar derogada la norma que establece los incrementos, no existe controversia de interpretación. Dicho de otra forma, la CC interpreta que la norma se encuentra derogada y por tanto no hay lugar a interpretar sobre la derogatoria.

d) Prescripción general:

En cuanto a la prescripción, sostiene la CC que no es oportuna la discusión de su operancia cuando se trata de pensiones adquiridas bajos el imperio de la Ley 100/93 toda vez para estos no existe derecho a incremento pensional por el fenómeno de la derogación jurídica. Sin embargo, confirma la tesis de la SU-330/17 en cuanto a las pensiones adquiridas con anterioridad al 1 de abril de 1994, en el sentido de que no opera la prescripción del derecho si no únicamente de las mesadas causadas 3 años anteriores a la reclamación.

e) Igualdad material de las mujeres:

Finalmente, aunque no en este orden, la CC sostiene que uno de los motivos que dieron origen a la creación de los incrementos pensionales tiene que ver con la economía de cuidado de las personas (en su mayoría mujeres) que no realizaron trabajos formales, sino que se dedicaron al cuidado del hogar para que su pareja se pudiera dedicar enteramente a una ocupación laboral. Para la Corte:

(...) se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando **la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar**. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior (Corte Constitucional, Sala Plena., 2019).

Es decir que para la guardadora constitucional el reconocimiento del incremento por cónyuge agravia la disparidad de derechos que existe en razón del género y no contribuye para el sostenimiento de una economía en hogares con múltiples habitantes que dependen exclusivamente de un salario (en su mayoría salario mínimo). Si bien la norma derogada no establece la obligatoriedad de trasladar el valor del incremento pensional a la compañero o compañera dependiente, dicho porcentaje incrementaba el ingreso económico de una familia para acrecentar el acceso a necesidades básicas que de otra forma no se podrían costear.

La sentencia SU140-19 del 28 de marzo de 2019 proferida por la Corte Constitucional, si bien fue proferida por el máximo órgano de revisión constitucional, adolece de diferentes yerros constitucionales al vulnerar principios reconocidos por la Carta y por la jurisprudencia.

A continuación, se expondrán 4 argumentos por los cuales el juez no debe dar aplicación extensiva a dicha sentencia. Dichos argumentos son: a) la vulneración del principio de seguridad jurídica, b) la vulneración del principio de progresividad, y c) los salvamentos de voto de la sentencia aludida.

Vulneración del principio de seguridad jurídica:

La seguridad jurídica en tanto que teoría de la filosofía del derecho ha sido definida como:

(...) un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados

de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva (Pérez Luño, 2000).

En la práctica, el principio de seguridad jurídica es un principio de rango constitucional que opera en una doble dimensión. Por un lado, establece la certeza en las competencias de la administración, el legislador y los jueces, para no sorprender al administrado por cambios intempestivos que puedan afectar las expectativas de derecho previamente adquiridos.

Por otro lado, la seguridad jurídica se remite a los términos perentorios que tiene el Estado mediante las ramas del poder público para resolver las peticiones y querellas del ciudadano, ofreciendo certeza del tiempo estimado que deberá soportar para obtener una solución a su situación jurídica.

En este caso, nos centraremos en la primera dimensión del principio de seguridad jurídica que fue vulnerado con un cambio jurisprudencial que de manera intempestiva contraviene las expectativas reales de derecho de los usuarios de la justicia, viéndose afectados en el reconocimiento por nada menos que una posición en el tiempo posterior al pronunciamiento de la Corte.

Al respecto, la misma Corte Constitucional ha establecido el principio de seguridad jurídica como un principio central de los ordenamientos jurídicos y con rango constitucional que se predica de la aplicación del preámbulo de la carta fundamental, así como de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6. En sentencia 250 de 2012, con ponencia Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general // Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso (Corte Constitucional - Sala Plena, 2012).

Es decir que, procesos que se radicaron con anterioridad a la fecha de la promulgación de la sentencia SU-140/19, esto es 28 de marzo de 2019, se resuelve bajo un precedente judicial diferente al establecido al momento de iniciar la demanda pertinente. Situación que se agrava si se considera la fecha en que se presenta la reclamación administrativa que es anterior a la fecha de la demanda misma.

Así mismo, no se puede desconocer que en muchas ocasiones las demandas fueron radicadas con antelación hasta de más de 1 año, y que las mismas no fueron falladas bajo el precedente anterior por situaciones ajenas a su voluntad, pues es usual encontrar procesos judiciales con suspensión de fecha de audiencia y una posterior fijación. Lo que resulta en un evidente agravio para el usuario de la justicia que confiando en que obtendrá fallo bajo un precedente establecido, se encuentra con la desafortunada sorpresa de que sus pretensiones fueron negadas porque el despacho de origen no celebró la audiencia en la fecha inicialmente fijada y que al celebrarse en una nueva fecha ya no existe el derecho buscado por disposiciones de interpretación de la CC.

De igual forma, no se trata únicamente de la jurisprudencia promulgada por la CC, si no por reiterada posición de los despachos judiciales que viene reconociendo los derechos pensionales y que de manera intempestiva comienza a negar dichos derechos. Entre los múltiples fallos proferidos por los juzgados naturales, se encuentra la Sentencia No. 159 del 6 de agosto de 2018 mediante el cual se condena a Colpensiones al reconocimiento y pago del incremento por cónyuge a cargo al señor Ramiro Antonio Murillo, en proceso adelantado por este en contra de Colpensiones bajo el radicado 2016-1119 del Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali.

Lo anterior es evidencia de que los despachos judiciales mismo se encontraban en la postura de reconocer el incremento por cónyuge siempre y cuando el reconocimiento de la pensión se diera bajo el imperio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se cumpliera con los requisitos de convivencia y dependencia económica, posición que cambia abruptamente con la sentencia SU140-19 de la Corte Constitucional, vulnerando el principio de seguridad jurídica de los usuarios de la justicia y de los administrados.

Así las cosas, la aplicación del fallo SU140-19 proferido por la Corte Constitucional sin la aplicación de un periodo transicional que respete las expectativas de derecho de los administrados que inician su reclamación administrativa y posterior demanda con la esperanza de que su conflicto se dirima basado en el ordenamiento legal y jurisprudencial vigente a la fecha, deviene en la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica y del Estado Social de Derecho en sí mismo.

Vulneración del principio de progresividad:

El Principio de progresividad es una disposición legal interpretativa, que establece que los derechos no pueden ser objeto de disminución, de manera tal que, al solo poder aumentar, deben garantizarse por todos los medios existentes de forma gradual y progresiva. Funciona, a nivel jurídico como un parámetro de interpretación en la legislación sobre derechos fundamentales, particularmente sobre los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (en adelante DESC), el cual implica legislar tomando como referencia las leyes anteriores, buscando no regresar las determinaciones logradas en el pasado.

El Principio de Progresividad también tiene fundamento normativo en el artículo 2° del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que reza:

1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados**², inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos (Naciones Unidas, 1966).

En el párrafo primero del artículo normativo anteriormente citado, se rescata la expresión “para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, de la cual se desprende que el actuar de los Estados partes del pacto debe estar encaminado a mejorar de manera efectiva los derechos que se relacionan en el PIDESC, que tal como expresa el título, se trata de derechos económicos, sociales y culturales, “[e]l Principio de Progresividad, entonces, tiene principal fundamento en la ampliación progresiva, y, además, significativa de los Derechos Humanos y de los mecanismos jurídicos orientados hacia su protección. Dicho fundamento reconoce, inevitablemente, todo logro en materia de Derechos Humanos como irreversible y, si ocurre el caso, dicha regresividad es ilegítima e injustificada” (Díaz Muñoz, 2019, pág. 3).

A raíz de dicha expresión, la Corte Constitucional en Sentencia T-248-12 del 8 de junio de 2012, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, define el principio de progresividad como la prohibición al Estado de retroceder como herramientas conceptuales y normativas para el análisis de las medidas adoptadas para garantizar las facetas prestacionales de los derechos constitucionales. Es decir, que el principio de progresividad es el principio garante para que los Estados parte del PIDESC no retrocedan en los derechos de índole social y, por el contrario, evolucionen progresivamente de manera real y efectiva (Corte Constitucional - Sala séptima de revisión, 2012).

El principio de progresividad, entendido por la OEA como “el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural además del deber de realizar un desarrollo progresivo de los derechos” (OEA, 2005), lleva consigo una obligación adicional, el deber de no regresividad. Esto es, que aun cuando por escasos recursos económicos un Estado no pueda implementar medidas económicas y técnicas para implementar el progreso de los derechos, tiene prohibido implementar medidas que ocasionen un retroceso o regresión de los derechos. Para Courtis, la prohibición de regresividad conlleva a dos concepciones diferentes, a saber:

Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los *resultados de una política pública (regresividad de resultados)*. En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado con relación con los puntos de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas.

(...)

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la *extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa)*. En este sentido – no empírico sino normativo–, 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 derecho o beneficios concedidos por la anterior (Courtis, 2006, págs. 3,4).

² Negrilla fuera del texto.

La distinción que hace Courtis no se trata de dos nociones diferentes, si no de dos aspectos de la misma noción de regresividad. La primera, regresividad de resultados, limita directamente al poder ejecutivo de no establecer medidas nacionales o territoriales que disminuyan los beneficios adquiridos con políticas anteriores. La segunda, regresividad normativa, limita directamente al poder legislativo de no promulgar leyes que disminuyan de alguna forma los derechos protegidos por las leyes anteriores.

Por otro lado, la prohibición de regresividad junto con sus dos nociones, implica también el funcionamiento del poder judicial del Estado, ello porque si bien no corresponde al operador jurídico expedir o aplicar leyes o políticas públicas, si recae sobre este el deber de valoración de la normatividad expedida por el legislador y materializada por el ejecutivo. Es decir, en el caso de la noción de regresividad normativa, corresponde al judicial establecer la comparativa entre una norma vigente y la norma derogada o modifica, y establecer si el estado de los derechos fue disminuido con la norma posterior, en cuyo caso se entendería que se incurrió en una actuación regresiva y por tanto debe ser inaplicada.

Ahora bien, es posible que existe una pugna entre el derecho constitucional de progresividad (y la prohibición de regresividad) frente a diferentes principios o mandatos constitucionales, en cuyo caso la Corte misma ha hecho énfasis en la necesidad de realizar un examen de ponderación para determinar la pertinencia de aplicar o no el principio de progresividad. Al respecto Díaz (2019) sostiene que:

Como se ha señalado, el ordenamiento colombiano no escapa a la dogmática alemana de los derechos fundamentales, principalmente en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de proporcionalidad en las medidas regresivas. En la Sentencia T-269 de 2002, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto, pueden ser objeto de restricciones en los casos en que se vean en colisión con otros derechos fundamentales o con otros fines constitucionales legítimos. Dichas restricciones o regresiones, señala la Corte, deben ser proporcionadas para ser válidas, es decir, que deben someterse a un juicio de proporcionalidad (Díaz Muñoz, 2019, pág. 5).

Se concluye de lo anterior que el fallo de la Corte Constitucional que cambia intempestivamente la posición respecto a los incrementos pensionales, es un fallo que contraría el principio constitucional de progresividad que encuentra fundamento en el derecho internacional, tal como lo es el PIDESC y los pronunciamientos de la OEA.

Los salvamentos de voto de la Sentencia SU-140/19:

La sentencia SU140-19 de la Corte Constitucional tiene argumentos de soporte tan endeble que la decisión divida para proferir dicha decisión se encuentra en el límite máximo de la división de la Sala Plena de la Corte Constitucional al presentarse 4 salvamentos de voto de 9 votos posibles. Es decir, la decisión fue adoptada por la diferencia mínimo.

Entre los argumentos de los disidentes de la decisión se rescata los argumentos esgrimidos por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado que se basa en 6 puntos diferentes para apartarse de la decisión mayoritaria, a saber:

- a) afectó la cosa juzgada de un fallo del Consejo de Estado, dictado en sede de control abstracto de legalidad, el cual estableció expresamente que los incrementos por persona a cargo, previstos en el Decreto 758 de 1990, no se encuentran derogados;
- b) omitió presentar y confrontar los argumentos que sustentan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990. Particularmente, se abstuvo de referirse a la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha descartado que los incrementos por persona a cargo fueran derogados orgánicamente por la Ley 100 de 1993;
- c) realizó un análisis de conveniencia respecto del supuesto impacto de los incrementos por persona a cargo, fundado en la sostenibilidad financiera, el cual carece de elementos que demuestren la real afectación sobre los recursos pensionales;
- d) perjudicó a un sector de la población claramente vulnerable, por cuanto los incrementos fueron diseñados para pensiones de un salario mínimo y para familias cuyo ingreso mínimo tiene un fuerte impacto en la soportabilidad de sus gastos;
- e) desconoció que existen fuertes razones constitucionales para garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar; y,
- f) implicó una vulneración al debido proceso, por cuanto no existe evidencia de que COLPENSIONES hubiera alegado la derogatoria de las normas reglamentarias que establecen los incrementos por persona a cargo en los procesos laborales ordinarios que motivaron la interposición de las acciones de tutela contra providencias judiciales (Corte Constitucional, Sala Plena., 2019).

Cada uno de los puntos anteriormente expuestos son desarrollados en detalle, arrojando como resultado la conclusión de que la sentencia proferida es una sorpresa para los usuarios de la justicia puesto que se tomó una decisión diferente a la discutida en cada una de las tutelas acumuladas, además de cambiar abruptamente la posición establecida anteriormente sin brindar un periodo de transición, vulnerando así diferentes preceptos constitucionales.

Excepción por inconstitucional:

No tiene en cuenta el fallador, que pese a ser una autoridad judicial, cuenta con la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia cuando la misma se encuentra en una clara contravención del desarrollo constitucional y de los Convenios Internacionales debidamente ratificados por el Estado. Lo anterior a la luz de la figura de excepción de inconstitucionalidad. Dicha figura es definida por la Corte Constitucional en Sentencia C-122 de 2011 como:

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”

(...)

De otra parte hay que tener en cuenta que **el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa³** e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución (Corte Constitucional - Sala Plena, 2011).

Es decir que los jueces, como autoridad judicial, se encuentra en la obligación de someter sus decisiones a un control constitucional y en caso de encontrar incompatibilidad entre una norma determinada y la Constitución, deberá inaplicar la norma con el fin de sostener la disposición constitucional en tanto que norma de normas.

Ahora bien, en el sistema jurídico colombiano, la efectividad de las normas se verifica mediante el procedimiento denominado control de constitucionalidad, el cual se aplica de manera mixta. Por un lado, la Corte Constitucional ejerce un control de carácter concentrado o abstracto respecto de las leyes que se someten a estudio ante dicha corporación y produce efectos erga omnes. Por otro lado, funciona también el control difuso que puede ser ejercido por cualquier autoridad administrativa o judicial, en revisión de cada caso concreto, debe verificar si la norma a aplicar es acorde a la Constitución, dado el caso contrario debe inaplicarla.

De conformidad con el artículo 4 de la Carta Política, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, deberán aplicarse las normas constitucionales. En este precepto se consagra el control constitucional por vía de excepción. Mediante tal, en un proceso dado, el juez se abstendrá de aplicar determinada norma contraria a la constitución a favor de la parte procesal que la invoque, en el momento de proferir su fallo. A diferencia del Control por vía de acción, solo faculta a los funcionarios para no aplicar la ley que se considera contraria a la Constitución en el caso concreto objeto de decisión, sus efectos no son erga omnes, sino inter.-partes, y la ley no desaparece del ordenamiento jurídico, sino que subsiste al fallo (Rey Clavijo, 2008).

Al respecto, la CC ha sostenido que si bien la autonomía del operador jurídico parte de la realidad en que diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes respecto a un mismo conflicto jurídico, la actividad judicial se encuentra permanentemente instruida por las interpretaciones jurídicas de las corporaciones de cierre propias de cada situación jurídica. Esto, con el objetivo de brindar un mínimo de seguridad jurídica a los usuarios de justicia que confían en la homogeneidad de las decisiones judiciales que se deben tomar sobre una misma interpretación de una misma norma jurídica vigente al momento de ocasionarse el conflicto jurídico o al menos con el inicio de la demanda.

Sin embargo, el precedente judicial no es una camisa de fuerza para los operadores judiciales de segundo y tercer nivel, puesto que la misma CC sostiene que pueden apartarse de este siempre y cuando la argumentación esgrimida sea lo suficientemente sólida para establecer de manera clara el motivo de apartarse. En palabras de la Corte:

En suma, *prima facie*, los funcionarios judiciales están vinculados por la obligación de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. No obstante, si pretenden apartarse del mismo en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre los mismos una carga de argumentación más estricta. Es decir, deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan (Corte Constitucional - Sala séptima, 2005)

³ Negrilla fuera del texto.

Así las cosas, los jueces naturales se encuentran facultados para apartarse del precedente constitucional cuando los argumentos invocados puedan soportar el peso de la autonomía judicial frente a los argumentos esgrimidos por el organismo de cierre, sea cual sea la especialidad.

Conclusiones

Los cinco argumentos que sirven de base en la Sentencia SU-140/19 son insuficientes para considerar realizar un viraje jurisprudencial tan abrupto que cancele los derechos de los pensionados que llegan a instancias judiciales con una expectativa de derecho sólida basada no solo en la ley sino en los antecedentes judiciales de instancias y de los organismos de cierre, específicamente de la Corte Constitucional misma.

Si bien la CC es el máximo organismo de cierre en materia constitucional, no se puede desconocer que la decisión adoptada en la sentencia tratada fue desmedida en razón de aménora los derechos sociales de un sector de la población y perjudica directamente a todos los usuarios de la justicia que confiaron en la seguridad jurídica del Estado para el reconocimiento de los incrementos que hasta antes del 28 de marzo del 2019 era jurisprudencialmente reconocidos.

Por lo anterior, los jueces de instancia tienen la facultad de apartarse del precedente tratado para reconocer los incrementos pensionales a los ciudadanos que iniciaron sus reclamaciones y demandas en el tiempo anterior a la promulgación de la sentencia SU-140/19, argumentando la falencia de debilidad de los argumentos de la Corte frente a la vulneración del principio de progresividad y la seguridad jurídica, lo anterior actuando en virtud del control de constitucionalidad difuso por excepción o excepción por inconstitucionalidad.

Conflicto de interés:

El autor declara no tener ningún conflicto de interés

Referencias Bibliográficas

1. Angarita, J. (2016). El principio *in dubio pro operario* en el proceso laboral venezolano. *Gaceta Laboral*. 22(1), 40-66.
2. Congreso de Colombia. (1993). *Ley 100/93 Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se crean otras disposiciones*. Bogotá: DO: 41148. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMIN.
3. Corte Constitucional - Sala Plena. (2011). (1 de marzo de 2011). *Sentencia C-122/11*. [MP Juan Carlos Henao Perez]. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm>.
4. Corte Constitucional - Sala Plena. (2012). (28 de marzo de 2012). *Sentencia C-250/12*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>.
5. Corte Constitucional - Sala Plena. (2017). (10 de mayo de 2017). *Sentencia SU-310/17*. [MP Aquiles Arrieta Gómez]. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU310-17.htm>.
6. Corte Constitucional - Sala séptima. (2005). (4 de abril de 2005). *Sentencia T-330/05*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-330-05.htm#:~:text=La%20actividad%20judicial%20supone%20la,entre%20otras%20cosas%2C%20disposiciones%20jur%C3>.
7. Corte Constitucional - Sala séptima de revisión. (2012). (26 de marzo de 2012). *Sentencia T-248/12*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>.
8. Corte Constitucional, Sala Plena. (2019). (28 de marzo de 2019). *Sentencia SU140/19*. [MP Cristina Pardo Schlesinger]. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU140-19.htm>.
9. Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (págs. 3 - 52). Buenos Aires: Del Puerto.
10. Diaz Muñoz, E. (2019). El principio de progresividad en el derecho colombiano: revisión teórico-jurídica. *Criterio Libre Jurídico*, 16 (2), e-6405. Doi: 10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6405.
11. Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
12. Naciones Unidas. (1966). (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

13. Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
14. Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
15. Naciones Unidas. (2004). *Los derechos económicos, sociales y culturales Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>
16. Organización de los Estados Americanos. (2005). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador. AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Florida.
17. Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica. Obtenido de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
18. Pérez Luño, A. E. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la facultad de derecho*, (15), 25-38.
19. RAE. (12 de 07 de 2020). *Diccionario Panhisánico del español jurídico*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/in-dubio-pro-operario>
20. Rey Clavijo, J. G. (2008). El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *VIA IURIS*, (4), 63-74.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

