

Aplicación del Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales frente a Otros Principios (Matriz Principios) *

Application of the Principle of Progressivity and Non-regression of Economic, Social and Cultural Rights vis-à-vis other Principles (Principles Matrix) *

Néstor Javier Calvo Chaves**

Cómo citar este artículo: Calvo Chaves, N. (2024). Aplicación del Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales frente a Otros Principios (Matriz Principios). *Verba Iuris*, (51), pp. 33-53. DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.51.11504>

Resumen

La aplicación realizada por la jurisprudencia constitucional colombiana del principio de progresividad y no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales permite evidenciar cómo su significado y alcance se ha integrado con otros principios en cuanto a la imposición de obligaciones al Estado, la interpretación de los contenidos constitucionales y la efectividad de los derechos constitucionales. Este escrito recoge, a partir de la Matriz Principios, la aplicación del referido principio en las categorías: Principio del Estado Social de Derecho, criterio de sostenibilidad fiscal, principios de accesibilidad y calidad, principio de continuidad, principio de igualdad, principio de favorabilidad y principio de seguridad jurídica.

Fecha de recepción: 02 de enero de 2023

Fecha de aceptación: 06 de julio de 2023

* Proyecto de investigación adaptado de a la tesis titulada El Derecho a la Progresividad, desarrollada como requisito para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

** Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Pereira, Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales y Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Correo electrónico: nestorjaviercalvo@yahoo.com. Número ORCID: 0009-0002-9878-6234. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000179981. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=Lvp9So4AAAAJ>

Reception date: January 2, 2023

Acceptance date: July 6, 2023

* Research project adapted from the thesis entitled El Derecho a la Progresividad (The Right to Progressivity), developed as a requirement to obtain the degree of PhD in Law from Universidad Libre, Bogotá.

** Lawyer and Specialist in Administrative and Constitutional Law from Universidad Libre, Pereira, Master in Law from Universidad de Manizales and PhD in Law from Universidad Libre, Bogotá. Judge of the Administrative Court of Cundinamarca. Electronic mail: nestorjaviercalvo@yahoo.com. ORCID Number: 0009-0002-9878-6234. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000179981. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=Lvp9So4AAAAJ>

Abstract

The application by Colombian constitutional jurisprudence of the principle of progressivity and non-regression of economic, social and cultural rights make it possible to show how its meaning and scope has been integrated with other principles regarding the imposition of obligations on the State, the interpretation of constitutional contents and the effectiveness of constitutional rights. This paper includes, from the Principles Matrix, the application of the referred principle in the categories: Principle of the Social State of Law, criterion of fiscal sustainability, principles of accessibility and quality, principle of continuity, principle of equality, principle of favorability and principle of legal certainty.

Palabras clave

Principios, principio de progresividad, control de constitucionalidad y derechos sociales.

Keywords

Principles, principle of progressivity, judicial review and social rights.

Introducción

De conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en adelante DIDH, el Estado tiene el compromiso de adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de recursos disponibles, para obtener en forma progresiva la efectividad plena de los derechos económicos, sociales y culturales, en adelante DESC, y debe justificar la adopción de medidas regresivas en la materia.

Por otro lado, la Corte Constitucional colombiana ha aplicado el principio tanto en el examen de constitucionalidad de normas proferidas por el Congreso de la República, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como en los casos de solicitud de amparo de derechos constitucionales ante acciones u omisiones de las diferentes autoridades estatales.

En términos generales, puede indicarse que el anterior compromiso internacional adquirido por el Estado colombiano hace referencia

a un principio de progresividad (elemento ontológico), que recae sobre los DESC (elemento objetivo), y que obliga al legislador, la Administración y los jueces (elemento subjetivo), por intermedio de la implementación de políticas estatales y con un control judicial estricto en el evento en que las medidas en la materia sean regresivas (elemento metodológico).

Se plantea como problema de investigación determinar si es viable calificar la progresividad y no regresividad de los DESC como principio, esto es, si sus mandatos implican que su grado de cumplimiento sea inversamente proporcional al incumplimiento de otros principios. Sin embargo, la hipótesis de trabajo que se sustentará es que la progresividad y no regresividad se complementan con otros principios.

Metodología

El presente escrito consiste en una investigación teórico-jurídica con métodos cualitativos, puesto

que el problema jurídico propuesto se planeó y se desarrolló en el marco del ordenamiento jurídico y se resolvió en las fuentes formales del derecho. Además, la investigación estuvo encaminada a la obtención de un nuevo saber sobre la dogmática del denominado principio.

Para el desarrollo del presente proyecto se acudió a un enfoque histórico-hermenéutico, a través del cual se interpretó, como unidad de análisis, el DIDH, la Constitución Política de Colombia de 1991, la jurisprudencia constitucional colombiana y la doctrina en lo que hace referencia a la consagración del principio.

La investigación tuvo un diseño metodológico documental, ya que para la recolección de la información se recurrió a las fuentes formales del derecho, en este caso, en primer lugar, al DIDH y la Constitución Política de Colombia de 1991; en segundo lugar, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al mencionado principio; y en tercer lugar, a la doctrina jurídica internacional y nacional que aglutina las diferentes investigaciones y publicaciones adelantadas frente a la determinación del significado y alcance del principio y, especialmente, en cuanto a la exigencia de los derechos humanos.

En materia jurisprudencial, la información obtenida se sistematizó y organizó, en primer lugar, a través de la lógica de la definición en cuanto a identificar en una dogmática construida a partir de las decisiones producidas por la Corte Constitucional los elementos ontológico, objetivo, subjetivo y metodológico del compromiso adquirido por el Estado de generar actuaciones para la obtención progresiva de los DESC y de justificar las medidas regresivas. Y, en segundo lugar, a partir de matrices relativas al contenido y alcance de los DESC (Matriz Derechos), a la vinculación con otros principios (Matriz Principios), a la libertad de configuración legislativa (Matriz Función Legislativa), a la vigencia de disposiciones jurídicas (Matriz

Disposiciones) y a la tecnicidad en el control de constitucionalidad (Matriz Control Judicial). De dichas matrices se hizo un desarrollo más concreto, a través de categorías.

El presente escrito se circunscribe a la Matriz Principios y sus categorías.

Resultados Parciales

La identificación de una dogmática jurisprudencial adecuada frente al compromiso adquirido por el Estado de adoptar medidas para el logro progresivo de los DESC y de justificar las medidas regresivas tiene una gran dificultad en cuanto a determinar cuál es su elemento ontológico, ya que se tiene que la naturaleza, la esencia o el carácter de dicho compromiso ha recibido diferentes denominaciones que van desde principio, mandato, prohibición, garantía, regla o cláusula, y que, en ocasiones sólo involucran el término progresividad y en otras también la regresividad, el retroceso o la regresión.

La utilidad de establecer la naturaleza del compromiso internacional adquirido por el Estado está en detectar el nivel de obligatoriedad de su cumplimiento y, por lo tanto, de su exigibilidad judicial en los eventuales casos de inactividad estatal o de adopción de medidas regresivas.

A pesar de la complejidad en la tarea de satisfacción inmediata de los DESC, el DIDH otorga contenido jurídico al principio de progresividad, exigiendo al Estado adoptar, en forma breve y con la máxima disponibilidad de recursos, todas las acciones indispensables en el avance de la protección de dichos derechos, compromiso que prohíbe adelantar medidas regresivas frente al grado de protección logrado (C.C., T-807/07, 2007).

Además, los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por el Estado tienen la misma fuerza vinculante que las normas

constitucionales y en los eventos que se hayan definido la naturaleza y alcance del principio de progresividad frente a los derechos sociales son obligatorios para el Estado, por lo que dicho compromiso no carece de significado (C.C., T-110/08, 2008).

Se pretende entonces, a partir de la aplicación realizada por la jurisprudencia constitucional del principio, evidenciar cómo su significado y alcance se ha integrado con otros principios en cuanto a la imposición de obligaciones al Estado, la interpretación de los contenidos constitucionales y la efectividad de los derechos constitucionales.

La Matriz Principios permitió identificar aplicaciones del principio en las siguientes categorías: Principio del Estado Social de Derecho, criterio de sostenibilidad fiscal, principios de accesibilidad y calidad, principio de continuidad, principio de igualdad, principio de favorabilidad y principio de seguridad jurídica.

1. Principio del Estado Social de Derecho: El principio del Estado Social de Derecho impone, en materia de diseño y ejecución de políticas públicas, la prohibición de adoptar medidas regresivas que desmejoren la calidad de vida. El artículo 1° de la Constitución Política consagra que *“Colombia es un Estado social de derecho”*. A su turno, el artículo 2° ibídem enumera como fin esencial del Estado, *“promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*. Y el artículo 13 ibídem establece que *“(e)l Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”*

La Corte Constitucional (C.C., T-772/03, 2003) señaló que el Estado tiene en primer lugar la obligación de adoptar políticas afirmativas para alcanzar la igualdad material en aras de la satisfacción gradual de los DESC, y la aplicación

de la *“cláusula de erradicación de las injusticias presentes”*. Y, en segundo lugar, tiene prohibido adelantar medidas regresivas en materia de dichos derechos frente a la población más vulnerable.

El Alto Tribunal explicó que la adopción del principio de Estado Social de Derecho es respuesta a la población que se encuentra en pobreza, que fue erigido por la Constitución Política como eje organizador del sistema político y fundamenta la obligación de promover la igualdad real a través de acciones positivas que superen las desigualdades sociales hasta lo máximo posible, jugando en ello un papel trascendental el legislador con la formulación de políticas públicas.

Además, establece la prohibición a las autoridades, en el diseño de las políticas públicas, de adoptar medidas regresivas que desmejoren la calidad de vida, salvo una debida justificación, en cuyo caso se deben implementar medidas complementarias que contrarresten las consecuencias de la regresión.

Para ello es deber del Estado adelantar el avance gradual de los DESC con el máximo de los recursos disponibles, adoptando las acciones necesarias para materializar dichas garantías, lo que obliga a la satisfacción del núcleo básico de los referidos derechos.

2. Criterio de Sostenibilidad Fiscal: El criterio de sostenibilidad fiscal se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC, es expreso en señalar que *“(c)ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”*

Ahora, mediante el Acto Legislativo 03 de julio 1° de 2011, *“Por el cual se establece el principio de la*

sostenibilidad fiscal”, se adicionaron los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política.

En la referida reforma constitucional se establece que el marco de sostenibilidad fiscal debe *“fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”* y ninguna autoridad podrá *“invocar el criterio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”*.

Un ciudadano solicitó a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable del anterior acto legislativo, al considerar que el Congreso de la República *“excedió su competencia para reformar la Constitución, al sustituir mediante la instauración del (...) principio de sostenibilidad fiscal aspectos esenciales de la misma, como son la vigencia de los derechos fundamentales.”*

Dicho tribunal (C.C., C-288/12, 2012) sostuvo que el acto legislativo incorporó *“el principio o criterio de sostenibilidad fiscal en el ordenamiento constitucional”*, el que se encuadra *“en la necesidad que los Estados mantengan una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficits fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica”*.

El Tribunal Constitucional, después de efectuar un análisis conceptual y un estudio histórico del acto legislativo, concluyó que la consagración constitucional de la sostenibilidad fiscal no implica una sustitución de la Constitución Política, por cuanto dicho criterio ordenador tiene una naturaleza exclusivamente instrumental y *“no es un fin constitucional en sí mismo considerado, sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho”*.

Frente al cargo de inexecutable de la sostenibilidad fiscal al darle naturaleza de *“principio constitucional que contiene un mandato específico, consistente en la*

maximización de la disciplina fiscal y la reducción del déficit entre los ingresos nacionales y los gastos públicos”, y mandato particular que *“debía optimizarse y ponderarse en relación con los demás principios constitucionales, en especial la dignidad humana, la democracia pluralista y la vigencia de los derechos”*, la Corte argumentó que la *“sostenibilidad fiscal no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho”*, que no debe *“ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal 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”*.

Y se concluyó que la sostenibilidad fiscal es *“un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, estos si con mandatos particulares que deben ser optimizados”*.

Por otro lado, se destacó que *“el principio de progresividad es uno de los aspectos relacionados con la eficacia de los derechos constitucionales”* a la óptica del DIDH.

La Corte Constitucional dilucidó dos facetas del principio analizado que se pueden denominar como dinámica y estática. La primera referida a la obligación estatal de avanzar en el logro del goce pleno de esos derechos, al señalarse que *“los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole”*, y frente a ello es imperativo el aumento del ámbito de protección de dichos derechos, para lo que el Estado tiene el deber de implementar acciones inmediatas y evitar discriminaciones

injustificadas para su goce efectivo. Y la segunda orientada a *“la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso”*.

En el estudio de exequibilidad de la introducción constitucional del criterio de sostenibilidad fiscal, se reiteró que el principio de progresividad es atribuible al contenido prestacional de todos los derechos constitucionales, sean denominados fundamentales, sociales o colectivos, por cuanto dichas categorías tienen connotación iusfundamental a partir de criterios fácticos o normativos, y en virtud al carácter indivisible e interdependiente de los derechos constitucionales, todos tienen contenidos prestacionales de carácter abierto e indeterminado sujetos a la configuración legislativa bajo el principio de progresividad y no regresividad, en adelante PP y no R.

En consecuencia, la interpretación válida del criterio orientador de sostenibilidad fiscal, según la enmienda realizada por el acto legislativo al artículo 334 de la Constitución Política, en cuanto a que establece que *“no puede servir de base para que ninguna autoridad menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva”*, comprende que la doctrina fijada por la Corte Constitucional ha superado la distinción entre derechos de primera y segunda generación, esto es, entre derechos fundamentales y derechos sociales, y ha determinado que la iusfundamentalidad depende de posiciones jurídicas particulares relacionadas con la dignidad humana y la prestación correspondiente.

Por otro lado, un ciudadano solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas

expresiones de los artículos 19 inciso 2° de la Ley 1448 de 2011, *“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”*, 77 inciso 2° del Decreto Ley 4634 de 2011, *“Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o Gitano”*; y 80 párrafo 1° del Decreto Ley 4635 de 2011, *“Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”*. En esencia se alegó que los apartes acusados limitaban la reparación integral de las víctimas por razones presupuestales en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

El Tribunal Constitucional (C.C., C-753/13, 2013) procedió a determinar si las anteriores normas desconocían *“el derecho a la reparación de las víctimas al referirse a la sostenibilidad fiscal y a los límites impuestos por el presupuesto nacional como criterios para asegurar la continuidad y progresividad de la política pública en esta materia.”*

En primer lugar, se estableció que de conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2011 que se incorporó en el Título XII de la Constitución Política, referido al régimen económico y de la Hacienda Pública, y reformó el artículo 334 de la misma, la sostenibilidad fiscal es un instrumento orientador de las Ramas del poder para la realización de los fines estatales, que tiene por finalidad evitar la afectación de las finanzas públicas, sin que puedan limitarse derechos fundamentales. Se indicó que *“la sostenibilidad fiscal, no es ni un derecho, ni un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado”*. Se reiteró lo expuesto en la sentencia C-288 de 2012 en cuanto a que la *“sostenibilidad fiscal se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos”*, y

que este principio atribuye al Estado el deber de garantizar los derechos sociales y los derechos constitucionales en su faceta prestacional, incrementando en forma paulatina y permanente su cobertura, y la prohibición de regresión sin justificación.

Se declaró la exequibilidad de los artículos 19 de la Ley 1448 de 2011 y 77 del Decreto Ley 4634 de 2011 al considerarse que no restringían el derecho a la reparación integral de las víctimas por cuanto es fundamental y no puede ser limitado por la sostenibilidad fiscal que es un mero criterio orientador para las Ramas del poder público en aras de conseguir los fines estatales. Y el artículo 80 del Decreto Ley 4635 de 2011 también fue declarado exequible bajo el entendido que las autoridades tienen el deber de garantizar los recursos necesarios para indemnizar a las víctimas bajo criterios de igualdad y proporcionalidad.

Ahora, el Congreso de la República envió a la Corte Constitucional, el proyecto de ley No. 127 de 2015 Senado y 277 de 2016 Cámara, *“por medio de la cual se establecen lineamientos para el trabajo desarrollado por las personas que prestan sus servicios en los programas de atención integral a la primera infancia y protección integral de la niñez y adolescencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), sus derechos laborales, se establecen garantías en materia de seguridad alimentaria y se dictan otras disposiciones”*, por haber sido objetado por inconstitucionalidad e inconveniencia por parte del Gobierno Nacional.

Los artículos 5° y 6° del proyecto de ley reconocían un subsidio permanente de vejez a *“(l)as madres comunitarias, madres FAMI, sustitutas, tutoras y aquellas que hayan hecho tránsito a las modalidades integrales que hayan prestado sus servicios al ICBF”*. Las referidas disposiciones fueron objetadas por vulneración de la sostenibilidad financiera y fiscal, bajo la consideración que no existía fuente de

financiamiento para los gastos generados por la mencionada propuesta.

Por su parte, el Congreso de la República insistió en aprobar el proyecto y en cuanto a los anteriores artículos objetados indicó que no violaban el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que no era viable alegar la sostenibilidad fiscal para desconocer derechos reconocidos en el Decreto 605 de 2013, en virtud del PP.

La Corte Constitucional (C.C., C-110/19, 2019) procedió a decidir las objeciones presidenciales y señaló que el criterio de sostenibilidad fue consagrado en el Acto Legislativo 03 de 2011 como herramienta para lograr en forma progresiva los cometidos del Estado Social de Derecho.

También estimó que el control de constitucionalidad de una medida legislativa acusada de desconocer la sostenibilidad financiera o fiscal debe encaminarse a verificar si en la discusión parlamentaria se habían cumplido condiciones mínimas de deliberación, en cuanto a que, si se plantearon impactos negativos frente a los efectos de la medida sobre la sostenibilidad fiscal, de manera pública hubiesen sido considerados dichos efectos en cuanto a costos e instrumentos para cubrirlos

Para el caso concreto, la Corte encontró que frente a la aprobación de los artículos 5 y 6 no se cumplieron con las exigencias mínimas de deliberación impuestas por la sostenibilidad fiscal, al existir deficiencias en la discusión de la aprobación del subsidio permanente a la vejez en cuanto a los efectos de su creación. Se constató que el proyecto no había previsto la fuente de recursos para financiar el aludido subsidio, desconociéndose el carácter orientador de la sostenibilidad fiscal, lo que configuraba un vicio de procedimiento en el trámite del proyecto.

En consecuencia, se declaró fundada la objeción presentada contra las disposiciones mencionadas y se devolvió al legislativo el proyecto

normativo para que se subsanara la falencia de procedimiento hallada.

3. Principios de accesibilidad y calidad: No existe afectación del principio de progresividad cuando se presenta un desarrollo de los principios a la accesibilidad y la calidad de la atención en salud. El artículo 49 de la Constitución Política consagra que *“la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado”* y que *“(corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes (...) conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.”*

En un caso concreto, varios accionantes interpusieron acción de tutela buscando el amparo de sus derechos fundamentales, al tratarse de pacientes que padecían insuficiencia renal crónica terminal, residentes en el municipio que venían siendo tratados y que fueron trasladados a otro municipio para continuar con el tratamiento, lo que les exigía movilizarse sin tener capacidad económica para ello y siendo el traslado más gravoso.

Frente al anterior asunto, la Corte Constitucional (C.C., T-739/04, 2004) advirtió la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación cuando se presenta tensión entre los postulados que conforman el contenido básico del derecho a la salud y así determinar si se ha vulnerado el derecho. En esa tarea, en primer lugar, *“debe definirse si la medida resultante no constituye una política pública regresiva, no justificada con base en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y que fue tomada sin realizar un análisis suficiente de otras posibilidades distintas a la medida contraria al cumplimiento del deber de progresividad.”* De resultar que la medida no es regresiva ni injustificada, debe procederse a la ponderación de los postulados en tensión que *“deberá satisfacer dos requisitos básicos: El primero, que la medida resultante no afecte el núcleo esencial*

de cada postulado, constituyéndose como una política desproporcionada o irrazonable que impide el goce cierto del derecho a la salud” y *“(e) l segundo requisito es que la política implantada sea compatible con la protección adecuada de los fines básicos del derecho a la salud, entre ellos, y en un lugar central, la conservación de la vida en condiciones dignas.”* Si se satisface lo anterior, no hay afectación de la atención en salud.

Para dicho evento se concluyó que no había transgresión de los derechos fundamentales de los pacientes, ya que se acreditó que no existía una medida regresiva e injustificada que afectara la atención en salud, por cuanto correspondió a *“motivos suficientemente fundados, basados en la obligación de conservar las condiciones de seguridad médico científicas para la atención de (...) los pacientes con afecciones renales”*. Con respecto al elemento de accesibilidad se señaló que la medida no era desproporcionada o irrazonable, por cuanto la distancia entre el municipio de residencia y el de prestación del servicio era corta y existía la infraestructura vial adecuada para hacer los traslados. Y en cuanto a la calidad del servicio, la medida se ajustó a *“garantizar el cumplimiento de los estándares mínimos para la prestación del servicio médico asistencial”*, ya que no venían siendo cumplidos por la unidad renal con sede en el municipio de residencia de los pacientes y la que tenía sede en el municipio de prestación del servicio contaba con las condiciones óptimas para el tratamiento. Finalmente se encontró que la decisión del Seguro Social no afectó de manera injustificada el principio estudiado en materia del derecho a la salud, sino por el contrario constituyó un avance de los postulados de accesibilidad y calidad del servicio de salud.

4. Principio de continuidad: La suspensión en la prestación de un servicio es una acción regresiva atentatoria de la continuidad de los DESC. Como ya fue expuesto, para la Constitución Política, la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, al que

le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de dicho servicio de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Al respecto, un grupo de padres de docentes públicos casados o solteros con hijos, que dependía económicamente de sus hijos docentes, es excluido como beneficiario directo de la atención en salud, en virtud a decisión adoptada en un acto administrativo que establecía que los padres de los docentes solo pueden ser beneficiarios de sus hijos si éstos son solteros y no tienen hijos. Dichos padres eran de la tercera edad, sufrían problemas de salud y venían siendo atendidos como beneficiarios de sus hijos.

La Corte Constitucional (C.C., T-267/06) estudió el anterior asunto e indicó que la Seguridad Social Integral está sujeta a los principios de progresividad y continuidad, los que también son aplicables a regímenes especiales como el del magisterio. Se reiteró además que a pesar de que los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata, el Estado tiene los deberes de adoptar las medidas para su realización gradual y asegurar su goce sin discriminación, por lo que el mandato de progresividad no justifica la inactividad estatal y por el contrario existe el compromiso de inicio inmediato del proceso de la realización de dichos derechos y la garantía de satisfacción de contenidos mínimos.

Para el caso concreto, se explicó que la exclusión, a través de una regulación más exigente, de la prestación del servicio de salud a un grupo que ya se encontraba incluido significaba un retroceso en un nivel de protección ya alcanzado.

Con respecto al principio de continuidad, se señaló que prohibía la suspensión en la prestación del servicio sin que mediara causa justificada, garantizando así una prestación oportuna a los usuarios, y que en materia de salud se traducía en continuar recibiendo un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad. Y surge como

obligación de quien presta la atención en salud, permitir su continuidad y eficiencia.

La Corte infirió que con la decisión adoptada por la Administración en el acto administrativo general que excluía a un grupo de beneficiarios de unos docentes en la prestación del servicio de salud, vulneraba los principios de progresividad y continuidad, ya que los despojaba de un derecho que ya disfrutaban por el hecho que sus hijos estaban casados o tenían hijos, sin poder ser afiliados adicionales. Por lo tanto, se protegió la continuidad de la atención en salud y se dispuso que se volviera a prestar el servicio médico interrumpido.

Ahora, el artículo 67 de la Constitución Política estipula que *“(l)a educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social”* y que *“(e)l Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.”*

Ahora, a un menor de 3 años se le negó el ingreso a una institución educativa de un municipio en cumplimiento a una orden de la Administración Nacional que disponía suspender el servicio a menores de 5 años, cuando el servicio educativo venía siendo prestado para niños de la referida edad.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional (C.C., T-787/06, 2006) dijo que de conformidad con la Constitución Política un grado de educación preescolar y nueve años de educación básica constituyen el contenido mínimo del derecho a la educación, y el Estado tiene la responsabilidad de ampliación progresiva a otros grados de preescolar, secundaria y educación superior.

Se recordó además que la progresividad de los DESC exige la ampliación de la cobertura del servicio educativo y prohíbe la falta de actividad estatal, y por el contrario implica el deber de actuación en la satisfacción de dichos derechos.

Adicionalmente, cuando se amplía el nivel de satisfacción surge la prohibición de retroceso frente a ese nivel.

En dicho asunto, el Tribunal Constitucional observó que de conformidad con la normativa el contenido mínimo con respecto a la educación preescolar de los niños corresponde a un año de educación el cual debe ampliarse de manera progresiva hasta lograr tres grados.

Al verificarse que el municipio prestaba el servicio de educación preescolar en tres niveles a niños menores de 6 años, es decir, que había ampliado la cobertura de la educación preescolar, y que se suspendió intempestivamente el servicio para menores de 5 años, se concluyó que se había violado el derecho a la educación del menor al que se había negado el ingreso a la institución educativa.

Así mismo, un grupo de niños venía estudiando en colegios particulares como producto de becas otorgadas por la Administración hasta terminar el bachillerato. La Administración decidió no continuar con dicho plan y dispuso el traslado de los niños a un colegio público en virtud a un estudio de insuficiencia de capacidad institucional.

La Corte Constitucional (C.C., T-698/10, 2010) se refirió al anterior asunto y señaló que, en materia de la ampliación de la cobertura del servicio de educación, el PP y no R es de obligatoria observancia. Para ello concluyó que las obligaciones estatales frente al acceso al servicio educativo son de cumplimiento progresivo y por lo tanto hay lugar a la inaplicación de normas que vulneren el PP y de acciones regresivas de carácter administrativo. Y dijo que cuando se modifican las circunstancias para la contratación del servicio educativo por parte de la Administración con particulares, los cambios que operen con respecto a los destinatarios de dicho servicio deben consultar el principio de progresividad.

Para el caso concreto, una vez examinado el material probatorio, el Tribunal Constitucional estableció que la suspensión adoptada por la Administración vulneraba el derecho a la educación en la modalidad de permanencia, ya que los niños habían aprobado el año académico y la decisión no había sido puesta en conocimiento de sus padres y se comunicó a las instituciones educativas una vez iniciado el año escolar. Además, se señaló que el estudio de insuficiencia realizado por la Administración no se hizo con anterioridad al proceso de contratación con los colegios particulares. Y se expresó que la decisión de la Administración en esta clase de asuntos debía atender el principio objeto de análisis para determinar qué menores continuaban en colegios públicos.

Finalmente se amparó el derecho de los niños a mantenerse en el colegio que venían estudiando hasta que la Administración para cambiar la situación de los estudiantes, aplicando el principio de progresividad, lo realizara antes del comienzo del año escolar, por lo que se ordenó revocar la decisión de cambio de colegio y garantizar la permanencia en las instituciones educativas privadas.

La Corte Constitucional (C.C., T-308/11, 2011) en otra oportunidad estudió el mismo caso anterior con respecto a otro grupo de niños. En esa ocasión refirió que el derecho a la educación exige obligaciones de respetar, proteger y cumplir por parte del Estado, esto es, de evadir la obstaculización del disfrute del derecho, de impedir la obstaculización por parte de terceros y de implementar acciones para el goce del derecho mediante la prestación del servicio directamente o por particulares. Sin embargo, dichas obligaciones no son iguales en todos los niveles de educación al tenerse en cuenta la exigibilidad gradual, sin perjuicio de las obligaciones de carácter inmediato y de atender que la aplicación progresiva en el goce del derecho implica el deber estatal de lograr de manera expedita el goce pleno.

En cuanto a la educación primaria se recordó que, de conformidad con los compromisos internacionales suscritos por el Estado, la satisfacción progresiva implica ampliar su cobertura de manera gradual y no regresiva.

Para el caso concreto, en términos similares a la decisión antes referida, se concluyó que la decisión de la Administración de suspender el plan de becas para estudiar en colegios particulares y disponer el traslado de los niños a instituciones educativas oficiales, ya empezado el año escolar, afectaba la expectativa de continuación en el programa y constituía vulneración del derecho a la educación de los niños.

Para otro caso, un grupo de personas mayores de edad era beneficiario de un programa de educación para adultos ofertado por una entidad territorial. El referido programa es suspendido porque la Nación no distribuyó los recursos necesarios.

Para la solución del anterior conflicto, la Corte Constitucional (C.C., T-428/12, 2012) examinó la evolución de los elementos conceptuales para definir la naturaleza de los derechos fundamentales para lo que estableció que inicialmente se concibió una primera generación de derechos humanos relacionada con los derechos civiles y políticos orientados a proteger un ámbito individual de autonomía y asociados al valor de libertad, y una segunda generación relativa a los DESC dirigidos a garantizar mínimos materiales de existencia y por ende asociados con la igualdad material. Los primeros son de carácter “negativo” y exigen del Estado obligaciones de abstención, y los segundos son “positivos” o “prestacionales” que obligan al Estado a la entrega de los bienes o prestación de los servicios. En esta concepción solo los derechos fundamentales son de aplicación inmediata y son objeto de exigibilidad judicial mientras que los derechos sociales son orientaciones programáticas sin control judicial.

A raíz de la insuficiencia de la anterior postura para amparar los derechos constitucionales, la jurisprudencia adoptó el criterio de conexidad para intervenir en aquellas situaciones en las que la transgresión de un derecho social se extendía a un derecho fundamental. Luego, la misma Corte acogió el criterio de transmutación cuando un derecho social es concretado por el desarrollo legislativo y administrativo tornándose en fundamental y por ende puede ser exigido judicialmente. Y en una etapa posterior se identifican los derechos fundamentales como aquellos relacionados con la realización de la dignidad humana y que son fruto de consensos dogmáticos, jurisprudenciales o normativos. Finalmente se explica que por la complejidad de la estructura de los derechos constitucionales y la pluralidad de obligaciones del Estado para que sean eficaces, la fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos como cuestiones relacionadas pero independientes, y cuando se trata de la protección de las facetas negativas de los derechos no existe dificultad, pero con respecto al amparo de las facetas positivas se presentan mayores discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

En ese orden de ideas, para el último caso expuesto, la Corte Constitucional analizó las obligaciones del Estado colombiano en materia de garantía del derecho a la educación, estableciendo cuáles son obligaciones inmediatas y cuáles progresivas. Para ello explicó que la jurisprudencia constitucional ha aceptado el carácter fundamental del derecho a la educación por su relación con la dignidad humana y el rol que tiene para potenciar el ejercicio de otros derechos fundamentales. Se manifestó que la educación tiene cuatro dimensiones de contenido prestacional, a saber, la asequibilidad o disponibilidad del servicio en cuanto a la obligación del Estado de crear y financiar instituciones educativas, la accesibilidad respecto a la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad,

la adaptabilidad frente a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y la aceptabilidad con respecto a la calidad de la educación.

En cuanto al alcance de las obligaciones del Estado por nivel educativo, el Tribunal Constitucional estableció que el acceso de los menores de seis años de edad a la educación preescolar debe garantizarse de forma gratuita en un grado, y alcanzar progresivamente tres niveles, y en el evento que se suspenda el servicio cuando se logra de los grados restantes es una acción regresiva transgresora de la educación. Respecto a los menores entre los cinco y los 18 años, el acceso a la educación básica debe permitirse de manera gratuita, en forma obligatoria e inmediata. Para menores de 15 hasta los 18 años es obligación de carácter progresivo la educación media secundaria. Para los adultos, la accesibilidad a la educación básica primaria constituye una obligación de carácter inmediato y para los restantes niveles es una obligación de carácter progresivo.

En el caso concreto se concluyó que el Estado había decidido implementar un programa de educación para jóvenes y adultos en cumplimiento de tratados internacionales para permitir la educación de los adultos, lo que fue desarrollado por la ley que estableció los contenidos mínimos del derecho exigibles judicialmente y la concurrencia entre la Nación y las entidades territoriales para el financiamiento de dicho servicio. Por lo anterior, el desmonte de dicho programa o la disminución injustificada de recursos para financiarlo son medidas regresivas y cuando una persona accede al referido servicio de conformidad con la ley, con fundamento en la continuidad en la prestación de servicios tiene el derecho a permanecer en el mismo, sin perjuicio que se justifique la adopción de la medida regresiva.

Finalmente, la Corte Constitucional encontró demostrada la vulneración del derecho a la educación en las modalidades de acceso y permanencia en el servicio, sin que la Administración acreditara una justificación válida constitucionalmente, por cuanto si el Estado definía a través de la ley un programa para la educación de jóvenes y adultos, establecía la financiación del mismo y disponía los mecanismos de concurrencia y coordinación entre la Nación y las entidades territoriales para la prestación del servicio, no era viable que posteriormente suspendiera el programa, atendiendo la adopción de una medida progresiva frente a un grupo poblacional por niveles educativos.

En otro caso se alegó la vulneración del derecho a la educación de los estudiantes comuneros indígenas matriculados por una institución educativa, por la negativa de la Administración de girar los recursos de gratuidad para la garantizar el servicio de educación con fundamento en el Decreto 4807 de 2011, bajo la consideración que dichos recursos están destinados a la población educativa que no es atendida bajo ningún tipo de contrato y para el caso de los estudiantes en comento los recursos estaban incluidos en el pago realizado al prestador del servicio educativo.

La Corte Constitucional (C.C., T-524/14, 2014), con respecto al anterior asunto, resolvió como problema jurídico si se configuraba la vulneración del derecho a la educación de sujetos de especial protección constitucional por la no inclusión de los recursos de gratuidad en un contrato interadministrativo para la prestación del servicio educativo, al excluirse dichos recursos cuando la Administración está bajo una modalidad de contratación y tratándose de una medida regresiva.

En dicha tarea, el referido Tribunal estudió los derechos fundamentales de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección

constitucional, en particular el derecho a la educación, y el PP. Para el efecto se indicó que la prohibición de retroceso se aplicaba tanto para decisiones legislativas como para actuaciones de la Administración en las que estaban involucrados problemas en el presupuesto para la continuidad de programas sociales y el aumento en el acceso a la educación.

Se explicó que existen obligaciones del Estado frente al acceso a la educación que en el nivel preescolar corresponde a un grado gratuito que puede ser ampliado hasta tres grados de conformidad con la ley y en el evento que sea aumentado a dos o tres grados, la suspensión abrupta del servicio o el regreso a un solo grado, constituyen medidas regresivas. Asumiendo el carácter fundamental de la educación, se señaló que los derechos fundamentales tienen facetas de abstención que son de aplicación inmediata y facetas prestacionales que también son exigibles cuando son definidas por la norma y en caso contrario se deben cubrir de manera gradual. Y se concluyó que el Estado tiene el compromiso de garantizar la *“educación básica, y parte de la educación secundaria para todos los menores de edad, mientras la cobertura se amplía progresivamente para los demás grupos etarios y niveles educativos”*.

Luego se destacó que la gratuidad es un instrumento para lograr la universalidad del servicio educativo y que los recursos de gratuidad están destinados tanto a los gastos directamente relacionados con el servicio educativo como a la reducción de obstáculos en el acceso y permanencia en el sistema educativo.

Adicionalmente se comparó si la canasta educativa establecida en el convenio interadministrativo en la atención del servicio a los estudiantes indígenas de que trataba el asunto generaba un trato discriminatorio con respecto a los estudiantes de instituciones que recibían directamente los recursos de gratuidad, y se concluyó que la referida canasta no incluía los

gastos dirigidos a derechos académicos teniendo en cuenta la condición de especial vulnerabilidad de la población indígena beneficiaria del convenio interadministrativo.

Por consiguiente, se verificó la afectación de la educación frente al principio de no discriminación y se previno a la Administración para que en futuros contratos interadministrativos no existiera discriminación en contra de los estudiantes de pueblos indígenas beneficiarios del servicio educativo prestado por contratistas.

5. Principio de igualdad: Una medida progresiva es inconstitucional sino se ajusta a la igualdad. El artículo 13 de la Constitución Política consagra que *“(t)odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”* Además, señala las responsabilidades estatales de promoción de *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”*, de adopción de *“medidas en favor de grupos discriminados o marginados”* y de protección *“especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*.

Hasta este momento se ha hecho referencia insistente que, en virtud del PP de los DESC, y por el compromiso adquirido frente al DIDH, el Estado tiene, en primer lugar, el deber de implementación de manera inmediata de las acciones necesarias para lograr de manera gradual la plena efectividad de los derechos y, en segundo lugar, la prohibición de implementar acciones regresivas frente al nivel de protección logrado de los derechos.

En ese orden de ideas se presumen inconstitucionales las medidas regresivas, salvo que exista la debida justificación para su

adopción, para lo que las mencionadas medidas se someten a un control de constitucionalidad estricto. Sin embargo, también es necesario establecer si las medidas progresivas, esto es, las que busquen lograr la plena efectividad de los derechos y que dan cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado, son sujetas a control judicial.

Para resolver el anterior interrogante, se tiene que el artículo 9° del Decreto 1281 de 1994, *“Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo”*, estableció que *“(l)os periodistas con tarjeta profesional dependientes tendrán derecho a una pensión especial de invalidez o de sobrevivientes, cuando reúnan los requisitos establecidos para cada una de ellas en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios”*, y que *“(e)stas pensiones especiales se liquidarán aumentando el ingreso base de liquidación de que trata el artículo 21 de la ley 100 de 1993 en un 15%.”*

Se demandó la inconstitucionalidad de la expresión *“dependientes”* contenida en la disposición anterior, ya que en consideración del demandante existía vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, ya que se configuraba discriminación de los periodistas independientes, quienes por el ejercicio de una profesión de alto riesgo se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.

La Corte Constitucional (C.C., C-333/03, 2003) examinó la procedencia del anterior cargo de inconstitucionalidad con respecto a la eventual transgresión de la igualdad. En su criterio, indicó que, con la creación de *“pensiones especiales de invalidez y sobrevivientes en favor de los periodistas dependientes, no está discriminando a los periodistas independientes”*, puesto que se desarrolló el contenido del numeral 2 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

Se expresó que la discriminación se hubiese configurado en el evento de haberse excluido a determinados periodistas dependientes y por el contrario la norma acusada está destinada a

todos ellos. Expuso la Corte que, si se hubiese incluido a los periodistas independientes, se habría desbordado la autorización atribuida en el numeral 2 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993. También se destacó que los periodistas dependientes e independientes están en una situación jurídica y material diferente en cuanto a la relación laboral, por cuanto los segundos no se encuentran vinculados por contratos de trabajo, lo que justifica el trato diferenciado frente al Sistema General de Pensiones y corresponde al legislador establecer los instrumentos de acceso de unos y otros.

Se concluyó que existía justificación para que la norma demandada estableciera un tratamiento diferencial, no se daba un régimen discriminatorio y para el caso de los periodistas independientes tenían acceso a las pensiones de invalidez y de sobrevivientes contempladas en el Sistema General de Pensiones, no existiendo un retroceso en materia de seguridad social.

Por el contrario, la Corte estableció que aceptar que el sistema asumiera el costo de la cotización adicional para los periodistas independientes sería discriminatorio frente a los demás trabajadores independientes, se disminuirían los recursos para el subsidio de aportes y se afectaría el principio de progresividad por cuanto es el legislador el que debe determinar el contenido de los derechos prestacionales atendiendo las posibilidades del momento y con miras al logro paulatino de la protección de los derechos de los trabajadores.

Por lo tanto, procedió la declaratoria de la exequibilidad del aparte demandado del artículo 9° del Decreto 1281 de 1994.

En otro caso, el literal e) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”*, establece que *“son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (...) (a) falta de cónyuge, compañero o compañera permanente,*

padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

La expresión “*los hermanos inválidos*” de la anterior norma fue demandada por inconstitucionalidad y correspondió a la Corte Constitucional (C.C., C-896/06, 2006) determinar si el impedimento para acceder a la pensión de sobrevivientes de los hermanos no inválidos de los pensionados o afiliados que fallecen y de los que dependían económicamente, vulneraba el principio de igualdad.

El Alto Tribunal constitucional se abstuvo de realizar un juicio de igualdad frente al cargo consistente en que existía una diferencia de trato injustificada entre los requisitos de los hermanos de los pensionados o afiliados para acceder a la pensión de sobrevivientes y los exigidos por la ley en materia de sucesiones, ya que consideró que son derechos de naturaleza distinta y con finalidades diferentes.

Frente al cargo de diferencia de trato no razonable entre los hermanos del pensionado o afiliado que fallece del que dependían económicamente y los demás beneficiarios de la pensión de sobrevivientes contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 a los que nos les exige ser inválidos, la Corte encontró que respecto a los otros beneficiarios de la prestación, la normativa exigía requisitos adicionales a la dependencia económica, por lo que no era procedente el cotejo a efectos de establecer la vulneración del principio de igualdad.

También se procedió a realizar el cotejo entre los hermanos inválidos y los no inválidos del pensionado o afiliado que muere y dependían económicamente de los mismos para ser acreedores a la pensión de sobrevivientes, y se consideró que los hermanos inválidos se encuentran en imposibilidad de trabajar, por lo que no era posible realizar la comparación a través del juicio de igualdad.

La Corte estimó que la norma acusada era exequible, ya que desarrollaba la protección de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, promovía la integración social de la población discapacidad acorde con los mandatos constitucionales y los tratados internacionales, e introducía una acción afirmativa, al arbitrio del legislador, que tenía como finalidad legítima evitar la desprotección de las personas inválidas que dependían económicamente de sus hermanos.

Finalmente se precisó que el mandato de progresividad de los DESC no justifica la inactividad del Estado y, por el contrario, le exige la obligación de actuar para ampliar la satisfacción de dichos derechos.

Ahora, también se demandó la inconstitucionalidad parcial de los literales g) de los artículos 151B y 151C de la Ley 100 de 1993 que habían sido adicionados por los artículos 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012, “*Por la cual se crea la pensión familiar*”. Entre otros cargos, se alegó la vulneración del PP frente a la seguridad social, por cuanto, a pesar de la novedad de la pensión familiar en el ordenamiento jurídico, ante la muerte de su titular, se excluía a los padres dependientes y hermanos inválidos dependientes del causante de la prestación, como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Para el estudio de la anterior demanda, la Corte Constitucional (C.C., C-658/17, 2017) estableció que, en desarrollo del principio de progresividad, el legislador creó la pensión familiar en favor de personas vulnerables que no tenían la posibilidad de ser acreedor de la pensión de vejez. Y se preguntó si dicho avance del legislador había incurrido en una discriminación, al no incluir a los padres dependientes y hermanos inválidos dependientes del causante de la prestación, como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando si eran tenidos en cuenta por el régimen general de pensiones.

En el estudio de la disposición acusada, se tuvo en cuenta que, si bien existe libertad de configuración legislativa frente a la adopción del régimen pensional, dicha facultad está sometida al principio de igualdad, y como en el asunto estaban involucrados derechos fundamentales y beneficios de grupos marginados, había lugar a acudir a un test estricto.

En ese propósito se estableció que la medida progresiva que ampliaba la cobertura en materia de pensiones teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, traía consigo un fin constitucional “*legítimo, importante e imperioso*”. Luego se analizó que el medio adoptado en cuanto a restringir los beneficiarios de la prestación era en principio adecuado y conducente, ya que buscaba reducir los recursos destinados para tal fin. Como el legislador debe sujetarse a los principios de igualdad y de no discriminación, y adoptar medidas en favor de grupos en situación de debilidad manifiesta, se procedió al estudio de la necesidad de la medida bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto y se concluyó que limitar los beneficiarios de la prestación bajo un criterio restringido de familia resultaba inconstitucional.

En consecuencia, al configurarse una omisión legislativa relativa que excluía a los padres dependientes y hermanos inválidos dependientes del causante, como beneficiarios de la pensión familiar, se declaró la exequibilidad condicionada de los apartes normativos demandados, bajo el entendido que los familiares antes mencionados son beneficiarios de la prestación en comento.

Por otro lado, se acusa la inexecuibilidad parcial del literal a) del artículo 3 de la Ley 1429 de 2010, “*Por la cual se expide la Ley de Formación y Generación de Empleo*”, bajo el cargo consistente en que el criterio de la edad, esto es, jóvenes menores de 28 años establecido en ley para focalizar los programas de desarrollo empresarial vulnera el principio de igualdad, por cuanto excluye a los empresarios mayores de 28 años sin

existir justificación para la diferenciación, lo que también conlleva al desconocimiento del deber de P y no R de los DESC, en cuanto al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

Correspondió a la Corte Constitucional (C.C., C-115/17, 2017) estudiar la constitucionalidad de la anterior disposición acusada. En ese ejercicio, indicó que inicialmente la jurisprudencia constitucional consideró que el PP correspondía solo a los DESC, en virtud a que había sido consagrado en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC - Protocolo de San Salvador, y en concordancia con la teoría de las generaciones de derechos. Pero advirtió que luego el referido principio se hizo aplicable a la faceta prestacional de cualquier derecho constitucional. Y frente al derecho al trabajo estableció que el principio de progresividad le resultaba aplicable, ya que requería de políticas públicas para su efectividad.

Se colocó de presente que la jurisprudencia constitucional había utilizado el concepto de “*principio de progresividad y no regresión*” para luego referirse al “*principio de progresividad y a la regla de no regresión*”. En el último criterio el principio de progresividad es una obligación de hacer que refiere al logro gradual en la faceta prestacional de los derechos sociales, del cual se desprende la prohibición de retroceder en la protección alcanzada de dicha faceta.

Siendo así, se manifestó que la técnica de control de constitucionalidad de una medida difiere si se trata del PP o la “*regla de no regresión*”. Para el segundo caso, el control parte de la presunción de inconstitucionalidad de la medida regresiva, la que se desvirtúa si se verifican imperiosas razones del Estado que justifiquen la regresión en el grado de protección logrado del derecho.

Pero cuando se trata del control de constitucionalidad de una medida que se considera que vulnera el PP, la Corte explicó que dicho principio se concreta con la satisfacción

de mínimos de protección, políticas respetuosas del principio de igualdad, la acción estatal mediante medidas positivas y la prohibición de retroceso. Se explicó que para el caso de la última manifestación, al tratarse de una obligación de no hacer, la Corte identificaba su incumplimiento a través del test de no regresividad y para el evento en que se acusaba una medida progresiva, esto es, que amplía el nivel de eficacia de un derecho, de vulnerar el principio de progresividad se debía evaluar su constitucionalidad teniendo como criterio la compatibilidad de la medida con el principio de igualdad, bajo la premisa que una de las finalidades del Estado Social de Derecho es el logro de la igualdad material, la que también podía alcanzarse mediante acciones afirmativas que beneficien a grupos que han enfrentado barreras para el pleno goce de los derechos.

Luego, procedió la Corte a efectuar el análisis de constitucionalidad de la medida de formación y generación de empleo focalizada a menores de 28 años, a través de un juicio de igualdad. De tal tarea, se concluyó que la medida provenía del principio de igualdad, propendía por la igualdad real y efectiva, era progresiva frente al contenido prestacional del derecho al trabajo y buscaba un fin constitucional consistente en la prosperidad de los jóvenes, y la focalización respecto a los jóvenes menores de 28 años era razonable de conformidad con las justificaciones tenidas en cuenta por el legislador en virtud a la situación especial de la referida población que requería una atención especial del Estado. Por lo expuesto, el aparte acusado se declaró exequible.

6. Principio de favorabilidad: En virtud al principio de favorabilidad laboral y el carácter progresivo de los derechos, frente a los requisitos para la pensión de invalidez con destino a sujetos de especial protección constitucional es posible tener en cuenta una fecha diferente a la configuración de la invalidez. De conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, la “*situación*

más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” es un principio mínimo fundamental del derecho al trabajo.

En aplicación de lo anterior, se observa que un señor de 71 años cotizó para seguridad social en pensiones desde el 5 de septiembre de 1975 hasta el 31 de julio de 1990 y se le estableció el 50.7% de pérdida de capacidad laboral estructurada el 23 de mayo de 2003. Dicho afiliado solicitó la pensión de invalidez, siendo negada por no cumplir los requerimientos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esto es, que a la estructuración de la invalidez hubiese cotizado 26 semanas en el año anterior.

En virtud a dicha negativa se presentó demanda ordinaria laboral y el juzgado de conocimiento negó también la solicitud de prestación al argumentar que la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez era la Ley 100 de 1993. Al interponerse apelación contra lo anterior, el tribunal al que le correspondió el estudio del recurso confirmó la decisión al establecer que, a pesar que el demandante era acreedor de la pensión de invalidez, no había lugar a concederla, ya que al afiliado ya se le había reconocido la pensión sustitutiva. En consecuencia, se ejerció recurso de amparo contra la anterior sentencia, siendo dicho trámite de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, la que negó el amparo de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional (C.C., T-1065/06, 2006) revisó la última decisión de tutela. En el estudio del asunto determinó que el actor cumplió con las condiciones señaladas en el artículo 6° del Decreto 758 de 1990 para ser beneficiario de la pensión de invalidez, esto es, “*haber cotizado 300 semanas (...) con anterioridad al estado de invalidez*”. Se advirtió que la configuración de la invalidez se había dado en vigencia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que modificó las condiciones para tener derecho a la prestación, y

como el afiliado se encontró en imposibilidad de seguir cotizando no podía cumplir los requisitos de la nueva legislación, por lo que se estructuró duda razonable sobre la norma aplicar.

A pesar del cambio legislativo, se dijo que, en virtud de los principios de favorabilidad y progresividad, era imperativo aplicar el Decreto 758 de 1990, atendiendo además que se trataba de un adulto mayor enfermo que se encontraba por fuera del mercado laboral con un ingreso económico reducido y que la ley no había contemplado un régimen de transición, y se ordenó por lo tanto el reconocimiento de la pensión reclamada.

Es de señalar que la Corte Constitucional (C.C., T-506/12, 2012) expresó que la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a incrementar de 26 semanas de cotización en el año anterior a la estructuración de la invalidez a 50 semanas en los 3 años anteriores, a pesar de beneficiar a la población adulta aparece como una medida regresiva frente a la población joven a la que se le exige un mayor número de semanas de cotización. Y agregó que resultaba procedente que a los jóvenes para “*efectos de la pensión de invalidez*” se les tuviera en cuenta no solo las semanas cotizadas previas a la estructuración sino también las posteriores a ello, pero previas a la declaratoria de invalidez.

Por otro lado, a un afiliado con pérdida de capacidad laboral configurada el 20 de julio de 1991, en vigencia del Decreto 758 de 1990, se le niega la pensión de invalidez por no acreditar el número de semanas cotizadas exigido en esa norma a la fecha de estructuración de la invalidez.

La Corte Constitucional (C.C., T-175/14, 2014) consideró que para la situación anterior, no solo debía tenerse en cuenta la fecha de configuración de la invalidez sino también la situación de sujeto de especial protección constitucional del accionante y el carácter

progresivo de los derechos sociales, y como el afiliado había realizado cotizaciones posteriores a la configuración de la invalidez era posible computar las semanas cotizadas hasta la calificación del estado de invalidez para efectos de la pensión reclamada, por lo que en esas condiciones al verificarse el requerimiento de semanas cotizadas establecido en el Decreto 758 de 1990 se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En otro caso en el que a un afiliado de 35 años de edad se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 85.25% configurada el 2 de marzo de 2008 y al que se le negó la pensión de invalidez por no haber cotizado ninguna semana dentro de los tres años anteriores a la última fecha, la Corte Constitucional (C.C., T-580/14, 2014) reiteró que, para asuntos como el anterior, la fecha de estructuración no representa en forma definitiva el momento de pérdida de capacidad laboral, ya que el afiliado efectuó cotizaciones con posterioridad a la estructuración de la invalidez, y en consecuencia, en virtud de los principios de favorabilidad y progresividad, el momento de la calificación de la invalidez es el determinante para la verificación del cumplimiento del requisito de semanas cotizadas.

La Corte Constitucional (C.C., T-757/15, 2015) también ordenó a los Fondos de Pensiones demandados el pago de una pensión de invalidez a favor de afiliados que sufrían de varias patologías con pérdida de capacidad laboral superior al 50% y que se les había negado dicha prestación por no acreditar 50 semanas cotizadas durante los 3 años previos a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Para llegar a dicha decisión, se estableció que, en virtud al principio de favorabilidad laboral, para verificar el cumplimiento del requerimiento consagrado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 de haber cotizado dentro de los tres años anteriores, debía tomarse la última cotización al sistema o la calificación de la pérdida de capacidad laboral, ya que al sufrir los accionantes una enfermedad

degenerativa, es desde esas fechas que se pierde la fuerza laboral.

Por otro lado, la Corte Constitucional (C.C., T-712/15, 2015 y T-057/17, 2017) estudió varios casos de demandantes que pretendían el pago de la pensión de invalidez que les había sido negada ante el incumplimiento del requerimiento introducido por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, consistente en la cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral. En dichos casos se evidenció que los accionantes padecían enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas y tenían pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

El Alto Tribunal advirtió que cuando se trata de dichas enfermedades la disminución de la capacidad laboral se produce de manera paulatina y no ocurre en un solo instante, lo que debe ser tenido en cuenta para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, ya que se puede en dichos casos seguir laborando y cotizando al sistema hasta que la enfermedad lo impide. En situaciones como esa y con el propósito de acceder a la prestación, se deben computar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de configuración de la pérdida de la capacidad laboral como desarrollo de la garantía del derecho a la seguridad social de sujetos que se encuentran en debilidad manifiesta.

Finalmente, la Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados y se ordenó a los Fondos de Pensiones demandados a que reconocieran y pagaran la pensión de invalidez a los accionantes, al entender que desde la fecha de la calificación de la pérdida de capacidad laboral se debían computar los tres años para determinar la cotización de las 50 semanas exigidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

7. Principio de seguridad jurídica: Las normas que desarrollan derechos prestacionales deben establecer claramente su vigencia a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica.

La evolución de la jurisprudencia constitucional con respecto al elemento objetivo del principio, ha identificado como su objeto, entre otros, “*los derechos sociales prestacionales*”, “*los derechos prestacionales*”, “*la faceta prestacional de los derechos sociales*” o “*la dimensión programática de los derechos constitucionales*”.

De igual manera, el artículo 150 de la Constitución Política consagra que “(c) *orresponde al Congreso hacer las leyes*” y “(p) *or medio de ellas ejerce*” la función de “(i) *nterpretar, reformar y derogar las leyes*”.

Y según el artículo 11 del Código Civil colombiano, “(l) *a ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.*”

A partir de las anteriores premisas, se analiza ahora que la Corte Constitucional (C.C., C-613/96, 1996) se preguntó si el que la ley consagrara un régimen diferente al anterior ampliando los derechos prestacionales iba en contravía del derecho a la igualdad ante la ley. Para ello se explicó que dicho derecho prohíbe dar trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones iguales y obliga a la ley a justificar de manera razonable y proporcional el trato diferente frente a las personas destinatarias de la norma, siendo contrarias a la Constitución las leyes que establezcan privilegios injustificados.

No obstante lo anterior, se analizó que no todo cambio normativo es inconstitucional a pesar de mantener el régimen legal anterior o no regular las situaciones consolidadas antes de su vigencia, ya que es aceptable que frente a los derechos de carácter social se presente un avance de la ley de conformidad con la postura política del momento y la disposición de recursos estatales.

Se estableció que aceptar lo contrario implicaría la petrificación del ordenamiento jurídico o la aplicación de manera retroactiva de la norma posterior, lo que contraría el principio de seguridad jurídica y en consecuencia la

igualdad ante la ley no es absoluta. Por ello se debe entender que el legislador tiene la facultad, en ejercicio de sus competencias, de realizar los cambios normativos que se requiera en la sociedad a pesar de realizar un trato diferente frente a las personas solamente fundamentado en la norma vigente al momento de la consolidación del derecho.

Y para el evento de los derechos de índole social, el avance de las leyes que los desarrollan, ya sea para aumentar sus beneficiarios o prerrogativas, o reducir las condiciones para acceder a éstas, exigen que se establezca el momento a partir del cual rigen las nuevas disposiciones, en virtud al principio de seguridad jurídica. También es competencia del legislador establecer las condiciones de regímenes de transición, dar retroactividad a regímenes más favorables, señalar que las nuevas disposiciones solo apliquen a las situaciones consolidadas durante su vigencia o permitir la vigencia de la ley anterior hasta que se implemente la nueva norma.

Sin embargo, el ejercicio de esas facultades del legislador que pueden dar lugar a un trato diferenciado por el momento de consolidación del derecho, son inconstitucionales cuando adopten medidas desproporcionadas, discriminatorias o violatorias de derechos constitucionales.

Con fundamento en lo anterior, la Corte consideró que las nuevas leyes que establezcan circunstancias más favorables de acceso a derechos prestacionales no resultan inconstitucionales por transgresión de la igualdad ante la ley.

Conclusiones

Salvo algunas referencias frente al criterio de sostenibilidad fiscal y el estudio del principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que se observa en la práctica jurisprudencial de la Corte

Constitucional es que el principio investigado no ha entrado en colisión con otros principios a efectos de acudir a la ley de ponderación y, por el contrario, el PP y no R de los DESC se ha complementado con otros principios en cuanto a la imposición de obligaciones al Estado, la interpretación de los contenidos constitucionales y la efectividad de los derechos constitucionales.

En este sentido, la calificación de la progresividad y no regresividad de los DESC como principio presenta serios inconvenientes por cuanto la evidencia de la ley de ponderación como elemento fundamental de la Teoría de Principios no se configura, esto es, en el control de constitucionalidad efectuado por el tribunal constitucional no se presentan casos en los que aplicando los mandatos surgidos de la progresividad y no regresividad de los derechos sociales se analice que su grado de cumplimiento sea inversamente proporcional al incumplimiento de otro principio. Por el contrario, la tarea jurisprudencial ha sido de complementación entre la progresividad y la no regresividad con principios como el del Estado Social de Derecho, de accesibilidad y calidad, de continuidad, de igualdad, de favorabilidad y de seguridad jurídica.

Referencias

- Alexi, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5, p.p. 139-151.
- Alexis, R (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 10, p.p. 101-120.
- Ballesteros Moreno, C.; Herrera Porras, A. & Luna Quiñones, T. (2021). La Cabina de los Derechos, una Propuesta Metodológica Popular para la Construcción Pedagógica de la Paz. *Verba Iuris*, 17(46), p.p. 25-38.

- Blengio Valdés, M. (2018). Principio de progresividad en relación al derecho a la salud y sus consideraciones desde la ética y el derecho. *Revista de Derecho Público*, 27 (54), p.p. 121-128.
- Castillo Cadena, F. (2006). Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas*, 112, p.p. 111-147.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado el 14 de octubre de 2019, en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Constitucional (2020). Relatoría [en línea]. Recuperado hasta el 30 de noviembre de 2020, en <http://www.constitucional.gov.co/>
- Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (p.p. 3-52). Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Courtis, C. (2007). Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. *Ponencia presentada en el Seminario Internacional Cendados y derechos. Protección de programas sociales y construcción de ciudadanía. PNUD, México.*
- Goyes Moreno, I. (2012). Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Panorama*, 7 (12), p.p.123-141.
- Muñoz Segura, A.M. (2010). El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 11, p.p. 93-109.
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los DESC. Recuperado el 1° de noviembre de 2012, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), p.p. 403-466.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Recuperado el 14 de octubre de 2019 de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, “Protocolo de San Salvador”. Recuperado el 14 de octubre de 2019, en <https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>
- Rossi, J. & Abramovich, V. (2007). La tutela de los DESC en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (Especial), p.p. 34-53.
- Toledo Toribio, Ó. (2011). El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral. *Derecho y Cambio Social*, 8 (p. 23).
- Torres Zúñiga, N. (2015). Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 75, p.p. 95-117.
- Uprimny, R. & Guarnizo, D. (2006). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 3, p.p. 37-64.
- Weingarten, C. & Gherzi, C. (2015). El principio de progresividad como principio general del derecho: con especial aplicación a la responsabilidad del Estado. *Revista de Direito do Consumidor*, 102 (24), p.p. 139-150.