

# Líneas Jurisprudenciales de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica



La responsabilidad de las opiniones expresadas en la obra incumbe exclusivamente a sus autores/ras y su publicación, en ningún caso, puede considerarse como reflejo de la opinión de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social **OISS**.



**Organización Iberoamericana de Seguridad Social**

Alvaro Andrés Motta Navas

Para cualquier consulta, póngase en contacto sin compromiso con la secretaría general de OISS: (34) 91 561 17 47 / 91 561 19 55

**Direcciones corporativas de contacto:**

- Dirección de Internet corporativa: [www.oiss.org](http://www.oiss.org)
- Secretaría general: [sec.general@oiss.org](mailto:sec.general@oiss.org)

**OISS**

Organización Iberoamericana  
de Seguridad Social

**AECID**

Agencia Española de Cooperación  
Internacional para el Desarrollo

# **Líneas Jurisprudenciales de la Constitucionalización** de la Seguridad Social en Iberoamérica

Alvaro Andrés Motta Navas



# Prólogo

**Gina Magnolia Riaño Barón**

Secretaria General.

Organización Iberoamericana de Seguridad Social **OISS**



Luego de la realización del Primer Seminario Iberoamericano de Constitucionalización de la Seguridad Social, Cartagena de Indias (Colombia) 2015, que tuvo como objeto conocer y relacionar el desarrollo jurídico de los derechos de las personas y la protección constitucional que tiene la seguridad social en Iberoamérica, quedaron varias inquietudes, entre ellas la conveniencia de establecer metodologías para sistematizar las principales líneas jurisprudenciales en la materia.

La complementariedad que se presenta entre los ordenamientos jurídicos y el desarrollo jurisprudencial en relación con los derechos conexos a la seguridad social, es muestra del proceso de su constitucionalización y hace necesario estructurar metódicamente los modelos para la sistematización de líneas jurisprudenciales como una herramienta eficaz para el análisis de las experiencias en los países de la Comunidad Iberoamericana.

Lo anterior da origen al texto que a continuación se presenta por parte de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS, con la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo AECID, elaborado por Álvaro Andrés Motta Navas, Gerente de Motta Navas Abogados Asociados, reconocido académico, Doctor en derecho y colaborador de la OISS, en el que se plantea un modelo a seguir para el análisis de las líneas jurisprudenciales. El estudio está dividido en tres partes: (1) Modelo de análisis de líneas jurisprudenciales en materia de seguridad social, (2) Líneas jurisprudenciales – Constitucionalización de la seguridad social en Iberoamérica, caso: Argentina, Colombia, Costa Rica, y Ecuador, y (3) Fichas técnicas jurisprudenciales, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes y principio de progresividad (Que por su gran volumen van adjuntas al libro en un CD).

El estudio empieza con el desarrollo de conceptos jurídicos básicos sobre las fuentes de derecho, pasando por explicar las mutaciones que se han presentado en dichas fuentes y las perspectivas de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales iberoamericanos tomando a la jurisprudencia como una fuente de derecho vinculante.

Aborda la Constitucionalización y la judicialización de la seguridad social, destacando que la segunda define características y particularidades de los derechos de la seguridad social por parte de los jueces, los cuales en algunos eventos con sus pronunciamientos modifican la legislación en materia de derechos sociales, derechos fundamentales y los derechos de la seguridad social.

Identifica algunos fenómenos que permiten evidenciar la Constitucionalización de la seguridad social en Iberoamérica y tiene como objeto reconstruir, diseñar y

evidenciar, fenómenos y herramientas necesarias para la sistematización de líneas jurisprudenciales en materia de seguridad social, describiendo diversos métodos y metodologías que usualmente se utilizan en los análisis jurisprudenciales, referenciando los temas y asuntos importantes a tener en cuenta en el análisis, dejando claro que existen unos que pueden ser homogenizados y otros que definitivamente no.

Dentro de los métodos de interpretación enunciados se encuentran: la reconstrucción histórica, la clasificación de las sentencias por tema y corporación, el método a partir de un problema jurídico específico (pregunta, hipótesis – tesis y decisión) y el método de la tesis vinculante (providencias con criterio único que sirven como precedente), se destaca la diversidad de métodos dejando claro que existen grandes similitudes entre algunos que dificultan la identificación y que no en todos los casos son excluyentes entre sí.

Aquí, se propone como herramienta metodológica la utilización de una “ficha técnica” con la que se recopilan de manera uniforme y sistemática los elementos y parámetros que configuran el modelo, serán construidas a partir de la identificación del tema, la norma y su relación, para lo cual enuncia y describe algunas reglas metodológicas y plantea la presentación de la línea jurisprudencial de manera vertical y horizontal

Las líneas jurisprudenciales de los cuatro países analizados desarrollan y plantean de acuerdo a los criterios y metodología propuestos, se describen los aspectos generales a destacar sobre el tema de cada línea, luego se realiza la misma descripción pero de manera más puntual recurriendo a la legislación y la jurisprudencia de cada país y se termina con la ficha técnica de acuerdo al modelo propuesto.

Este primer estudio que se condensa en un análisis jurídico y en el planteamiento metodológico de una ficha técnica, denota los desarrollos jurisprudenciales de algunos derechos de la seguridad social de la región y representa un importante paso en la armonización de los análisis jurisprudenciales en: pensiones de invalidez, pensiones de sobrevivientes y el principio de progresividad, los cuales seguramente serán de gran utilidad y provecho en el camino de lograr la máxima protección y desarrollo de los derechos de la seguridad social en Iberoamérica, objetivo último de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS.

**Gina Magnolia Riaño Barón**  
Secretaria General

## Índice

### Parte 1

01

Los cambios en el Derecho Constitucional  
y la Seguridad Social.  
La Constitucionalización de la Seguridad Social.  
Pág. 08

02

Objetivos del Modelo.  
Pág. 14

03

Las Providencias en los Tribunales y la Construcción  
de Líneas Jurisprudenciales.  
Pág. 18

04

Elementos para la Configuración de un Modelo  
de Construcción de Líneas Jurisprudenciales en Materia  
de Seguridad Social dentro de los Procesos  
de Constitucionalización del Derecho.  
Pág. 22

05

Herramienta para la Construcción del Modelo  
de Jurisprudenciales. (Propuesta metodológica).  
Pág. 30

06

Modelo de Construcción de Líneas Jurisprudenciales  
a partir de la Identificación del Tema y la Norma.  
Pág. 34

## Parte 2

01

Línea Jurisprudencial.  
Reconocimiento de Pensión de Invalidez.  
Pág. 46

02

Línea Jurisprudencial.  
Pensión de Sobrevivientes.  
Pág. 66

03

Línea Jurisprudencial.  
Principio de Progresividad.  
Pág. 92

Los Cambios en el Derecho  
Constitucional y la Seguridad Social.  
La Constitucionalización de la  
Seguridad Social.

01





OISS Líneas Jurisprudenciales de la Constitucionalización  
de la Seguridad Social en Iberoamérica.



OISS



En varios países de tradición jurídica continental acaeció un proceso de constitucionalización de las ramas del derecho a través de la aplicación directa de los valores, los principios y los derechos inherentes y esenciales de la persona en las correspondientes disciplinas o ramas del derecho.

El profesor italiano Ricardo Guastíni, en su obra titulada *“La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano”*, aprecia dicho fenómeno describiendo que: *“no quedan espacios vacíos de derecho constitucional, esto es, libres de él: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes”*.

En este orden de ideas, la obra citada señala siete (7) condiciones que permiten concretar la noción conocida como la *“constitucionalización del derecho”* así:

1. Que exista una Constitución rígida.
2. Que haya una garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. Que la Constitución tenga fuerza vinculante.
4. Que exista una sobre interpretación de la Constitución.
5. Que se apliquen directamente las normas constitucionales.
6. Que haya una interpretación conforme a las leyes.
7. Que haya una Constitución que incida sobre las relaciones políticas.

La vida cotidiana en un mundo interconectado y globalizado comparte cada vez más la información y las categorías que permiten homogeneizar algunos de los parámetros con los que se comprenden los derechos y las libertades de los ciudadanos. Así, en materia de derechos sociales, con especial vigencia se observa que la comprensión que los jueces tienen de la seguridad social se fundamenta en el entendimiento de otras culturas, sociedades y países con rasgos similares.

De la misma forma, otro fenómeno indiscutible es la integración y diálogo cada vez más agudo entre los Tribunales Internacionales y las Cortes Nacionales, que en no pocos sistemas, a través de los esquemas de protección de los derechos humanos, exige que las posiciones juris-

prudenciales expuestas por aquellos sistemas internacionales de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros) sean asumidas y respetadas por parte de los Tribunales y Cortes Constitucionales y Ordinarias en el orden interno. Además, especialmente en América, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos a partir del año 2006, se ha complementado el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, encaminado esencialmente a proteger los derechos humanos.

Ahora bien, otros fenómenos que actualmente son relevantes para efectos de la caracterización del derecho constitucional y del derecho a la seguridad social en Iberoamérica es la mutación del sistema de fuentes del derecho que algunos países han tenido, modificando el valor y jerarquía de la jurisprudencia<sup>1</sup>. Según George Jellinek en su obra *Reforma y Mutación de la Constitución* (Madrid Centro de Estudios Constitucionales – 1991- ) la

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, en Colombia el sistema de fuentes del derecho sufrió una modificación a través de la jurisprudencia como se describe a continuación: *“El orden jurídico colombiano fue objeto de una mutación constitucional en el sistema de fuentes del derecho. El artículo 230 de la Carta Superior, que establece que la ley es la fuente principal del derecho y que la equidad, la jurisprudencia y los principios generales son criterios auxiliares de la actividad judicial, tuvo diversos pronunciamientos en los que se reinterpreto dicho sistema de fuentes, como es ampliamente conocido. La Corte Constitucional en la Sentencia C-113 de 1993 dispuso que tendría bajo su encargo la potestad de fijar los efectos de sus fallos y aclaró que ninguna otra autoridad debería proceder a determinar los citados efectos, puesto que entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando interpreta la Constitución, no puede pasar ni una hoja de papel. Por su parte, la Sentencia C-131 de 1993 explica la distinción entre fuentes principales y fuentes auxiliares y declara la obligatoriedad de la jurisprudencia para los operadores jurídicos. En el mismo sentido, la Sentencia C-486 de 1993 identifica claramente la expresión “ley” contenida en el artículo 230 de la Constitución Política con la noción de “ordenamiento jurídico” de la siguiente manera: “el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada –la “ley” captada en su acepción puramente formal– sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. Dentro de este contexto en el ordenamiento jurídico colombiano, la ley y la jurisprudencia actúan como fuentes del derecho. Ahora bien, la forma como se han venido incorporando al sistema de fuentes en Colombia el concepto de jurisprudencia y la noción e idea sobre su vinculatoriedad y obligatoriedad han tenido diferentes tendencias y puntos de vista que invitan a la reflexión y análisis bajo la pretensión de eficacia jurídica. La dinámica del derecho y su evolución dentro de las premisas de certeza y seguridad jurídica exigen la consistencia en las decisiones judiciales y la armonía en las posiciones expuestas por las cortes, salas, secciones y subsecciones que las componen. No obstante, el supuesto de ámbitos de decisión y de competencias sustantivas y materiales diferentes que en teoría impedirían posturas encontradas, en realidad hay situaciones en que existen posiciones contradictorias que exigen claridad frente a la ciudadanía, so pena de afectar la seguridad jurídica. La seguridad jurídica exige la realización de un marco jurídico igual para todas las personas sin que puedan darse soluciones diferentes a casos similares. Lo anterior supone el conocimiento y publicidad de las normas, las reglas de derecho y la jurisprudencia que regula la vida de las personas hacia el futuro, exigiendo especiales consideraciones cuando se trata*

mutación constitucional es una “*modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tiene que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación*”.

En efecto, después de la segunda guerra mundial en los países de tradición continental, y así, en algunos países de Latinoamérica, las teorías del derecho preponderantes fueron aquellas enmarcadas en el positivismo jurídico que partían de ubicar a la ley como fuente principal de derecho y a la jurisprudencia como fuente auxiliar, acompañada en esta última categoría, de la doctrina, la costumbre, los principios generales del derecho o la equidad. Sin embargo, en muchos de los países Iberoamericanos a través de la misma jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, dicho sistema de fuentes fue objeto de una mutación constitucional (cambio no formal de la Constitución) o de modificaciones expresas en donde se le atribuyó a la jurisprudencia un valor superior, diferente y mayor a aquel que tradicionalmente había ostentando, considerándola como una categoría similar o igual a la ley, partiendo además de la función de los Tribunales Constitucionales como legislador negativo, y en otros casos, como legislador positivo por medio de múltiples sentencias de variado alcance y contenido.

Debe advertirse que este fenómeno de mutación del sistema de fuentes del derecho, sumado a la mayor exigencia de los ciudadanos de prestaciones del Estado bajo

el respeto de los derechos humanos, se enfrenta en no pocas ocasiones a una producción muy voluminosa y dispersa de jurisprudencia, cuya organización, estudio y sistematización es compleja y requiere de metodologías que permitan su comprensión precisa. Sobre el particular debe resaltarse que la configuración de la jurisprudencia como una fuente de derecho vinculante en sistemas donde se profiere una gran cantidad de sentencias o autos, exige su sistematización y publicación organizada y coherente como presupuesto indispensable para mejorar los niveles de seguridad jurídica y permitir la realización del Estado de Derecho, de lo contrario, la producción y publicación de la jurisprudencia que contiene reglas de derecho de manera desordenada y confusa, afecta la legitimidad del Estado y la construcción de marcos estables, ciertos y precisos para la realización de los derechos de las personas<sup>2</sup>.

Ahora bien, al lado de la constitucionalización de la seguridad social, existe otra noción frecuentemente utilizada por los operadores y agentes de la seguridad social, denominada la “judicialización de la seguridad social”. Por medio de esta última concepción se describe la definición de las características y particularidades de los derechos propios de la seguridad social por los jueces, quienes, a través de diferentes métodos de interpretación, complementan e incluso en algunos eventos, modifican la legislación en materia de derechos sociales y derechos fundamentales.

---

*de la expedición de sentencias que juzgan el pasado y definen derechos. Por demás, la seguridad jurídica requiere de competencias claras y diáfanas en la producción del derecho, sin dudas o vacilaciones en relación con la autoridad que tiene el deber de decidir el derecho. Si no se pueden calcular razonablemente las consecuencias, se estará frente a un derecho incierto, lo que significa caos, injusticia y desorden. Es así como se ha indicado que los ordenamientos jurídicos son constantemente perfectibles, destacando que el Estado de Derecho es un concepto que tiene elementos en diferentes grados de realización. De la misma manera se ha expresado que la eficacia del derecho, como instrumento que permite la consecución de fines y objetivos en la regulación de la vida social, se consolida a partir de la interiorización de sus valores y principios y del respeto a sus postulados y reglas”. Véase en “Elementos de una metodología para la producción y publicación armónica y coherente de la jurisprudencia en Colombia”. – 2013 -. Cooperación Alemana GLZ. Consejo Superior de la Judicatura. Páginas 15 y 16.*

<sup>2</sup> En la obra “La importancia de la jurisprudencia en Colombia. Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares – Jurisprudencia y doctrina-” elaborada a instancias de las Altas Cortes de Colombia por la GLZ y el Consejo Superior de la Judicatura, se explica esta perspectiva de la siguiente forma: “La seguridad jurídica como valor fundante del orden jurídico y presupuesto indispensable de confianza en la sociedad exige la certeza en la aplicación de las fuentes del derecho. La justificación misma del Estado y del poder, encuentra su fundamento en la expresión legítima de la autoridad a través de las normas jurídicas que permiten realizar la vida en sociedad bajo escenarios de libertad que exigen seguridad jurídica. Así, la evolución de la sociedad depende de la eficacia del derecho en forma directa de tal manera que la existencia de un orden jurídico estable que permita dotar de certeza a las personas, es la condición básica del desarrollo, y si dicho principio colapsa, la existencia misma de la comunidad se compromete. La seguridad jurídica “no es un mero

---

*factum inmanente a cualquier sistema de derecho, sino un valor del derecho justo que adquiere su plena dimensión operativa en el Estado de derecho”, y precisamente dicho valor es la idea y expresión y realización del constitucionalismo<sup>2</sup>; construido a partir de la existencia de límites al poder, necesarios para la vigencia y eficacia de los derechos y libertades de las personas. Así, el Estado constitucional de derecho se sustenta en la eficacia de la Constitución y la realización del Estado de derecho bajo el prisma de los derechos de las personas, de los límites al ejercicio arbitrario o excesivo del poder y de la seguridad jurídica expresada, entre otros principios, en la supremacía de la constitución y la sujeción de todos al ordenamiento jurídico válido”. - 1. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 1991. La Seguridad Jurídica. Barcelona. España. 105. - 2. De Otto, explica sobre la Constitución: “La palabra Constitución, y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos y limitación de poder. (...) La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado que obedece a determinados principios, esto es, que responde a una determinada “esencia”. (...) El carácter constitucional o no de las instituciones les viene, por tanto, de que estén configuradas de tal modo que el poder resulte limitado y así la libertad garantizada”. DE OTTO, Ignacio. 1988. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Editorial Ariel. Barcelona. –”*

Esta situación en materia de seguridad social y bajo la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho ha tenido un impacto profundo ya que el mismo modelo de sociedad y de Estado señalado, ubica a los derechos sociales, derechos fundamentales y de la seguridad social, como protagonistas de su concepción esencial.

La jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en materia de seguridad social expresa la evolución misma del Estado y de la concepción de protección de los derechos fundamentales y esenciales de las personas, constituye el instrumento de expresión del derecho que contiene los debates y razonamientos sobre los derechos sociales que afectan de manera directa al ciudadano y recoge la evolución misma de la sociedad. Todo lo anterior subsumido bajo un gran activismo judicial, que no ha dejado de generar debates intensos en los teóricos del derecho que oscilan entre quienes lo apoyan y promueven, y entre quienes aprecian que el Juez debería tener un papel menos protagónico. Adicionalmente, la realización de los derechos de la seguridad social en el Estado moderno ocupa el lugar principal en la ejecución del gasto público dedicado a su reconocimiento y realización.

En este sentido, también es importante mencionar, que muchos de los derechos propios de la seguridad social que se encontraban normalmente en la legislación, bajo la fórmula del Estado Social de Derecho, en las últimas décadas fueron consagrados directamente en las Constituciones Políticas. Por ejemplo: La Constitución Colombiana previó los principios del derecho a la seguridad social en los artículos 48 y 49 entre otros, y además, en la reforma constitucional realizada por medio del Acto Legislativo No. 1 de 2005 se introdujeron modificaciones que se remitieron a normas diferentes de la Constitución, como la ley 100 de 1993, la ley 32 de 1986, la ley 812 de 2003 o el decreto 2090 de 2003.

En términos generales, es posible, identificar algunos fenómenos que evidencian la Constitucionalización de la seguridad social en Iberoamérica así:

1. La consagración expresa en las Constituciones de los derechos propios de la seguridad social que antes se encontraban en la legislación y en las normas reglamentarias.
2. La aplicación de los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales en la comprensión de los derechos de la seguridad social por parte de los jueces constitucionales y de los jueces ordinarios.

3. La arquitectura del Estado Social de Derecho a través del juez constitucional al definir el alcance y contenido de los derechos de la seguridad social.
4. La mutación de las fuentes del derecho a través de la comprensión de la jurisprudencia como fuente principal de derecho, creando reglas jurídicas generales que impactan las políticas públicas en materia de seguridad social.
5. La integración del orden jurídico internacional de derechos humanos con el orden jurídico interno y el diálogo entre los tribunales internacionales y los tribunales constitucionales nacionales.
6. El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, este último especialmente vigente en América a partir del año 2006 por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
7. El significativo aumento de la producción de providencias judiciales por parte de los Tribunales en materia de seguridad social.

Con base en estas realidades que han modificado la evolución del derecho constitucional y del derecho a la seguridad social, es útil explorar metodologías que permitan estudiar, analizar y sistematizar de manera coherente y consistente la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. De la misma forma, la integración de los sistemas jurídicos requiere el análisis de los diferentes países, facilitando la comparación de decisiones, permitiendo de esta manera la identificación de elementos comunes y diferentes en la descripción del reconocimiento y realización de los derechos propios de la seguridad social.



Objetivos del Modelo.

# 02







1.

Diseñar una serie de parámetros y criterios que permitan la construcción de líneas jurisprudenciales en materia de seguridad social.

4.

Reconstruir las posiciones jurisprudenciales evidenciando los cambios y modificaciones que ha tenido la materia y determinar la regla de derecho vigente dentro de los principios, reglas y subreglas constitucionales en materia de seguridad social.

2.

Construir una herramienta de diagnóstico, análisis y estudio de la jurisprudencia flexible y transversal a los sistemas jurídicos Iberoamericanos.

5.

Evidenciar la integración de la ley con la jurisprudencia en los sistemas jurídicos Iberoamericanos y la forma como se expresa el derecho a la seguridad social.

3.

Evidenciar el fenómeno de la Constitucionalización de la Seguridad Social a través de los precedentes que impactan la vida de los ciudadanos expresados en líneas jurisprudenciales.

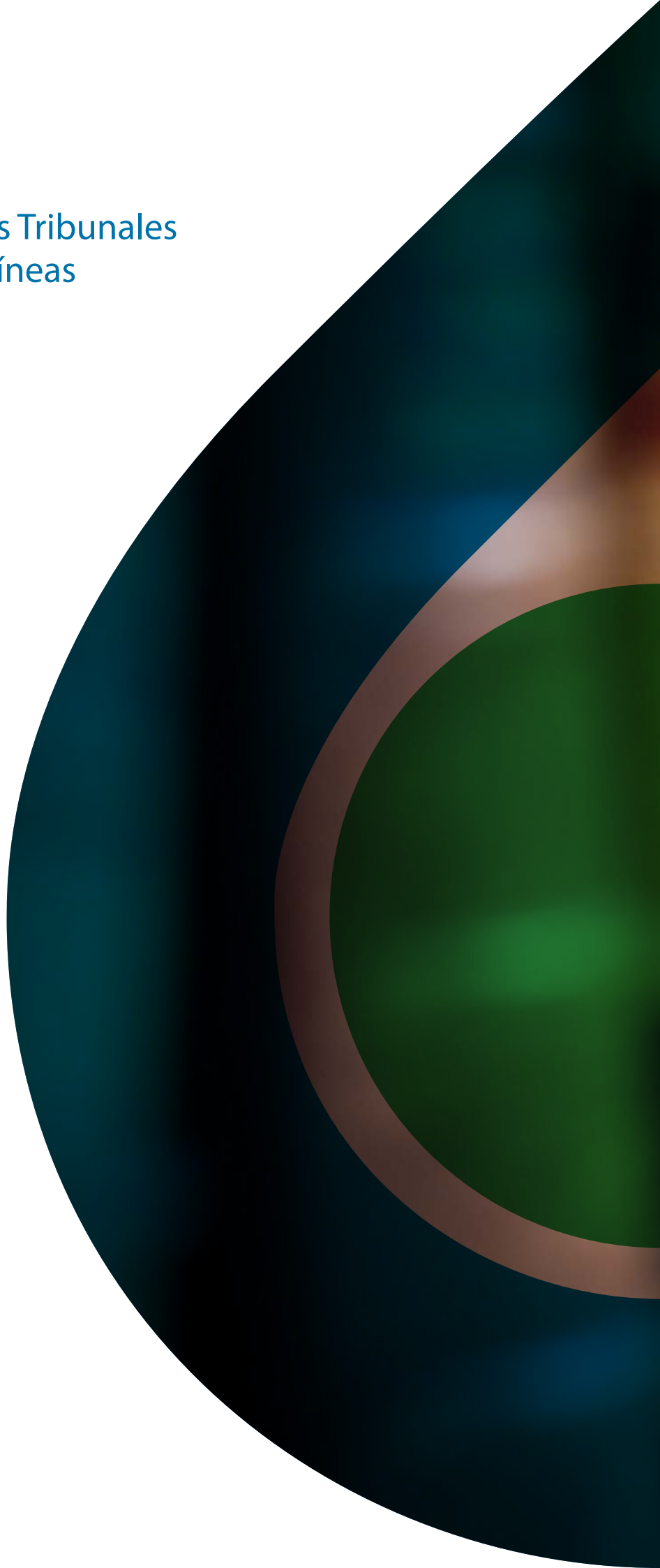






Las Providencias en los Tribunales  
y la Construcción de Líneas  
Jurisprudenciales.

**03**





Las providencias judiciales tienen una gran cantidad de información expresada en forma diferente teniendo en cuenta los distintos despachos y magistrados que proyectan las sentencias. Así, inclusive, al interior de una misma Corporación no en todos los casos existen los mismos parámetros conceptuales y formales para organizar las ideas y presentarlas. En tal virtud, para poder efectuar un análisis completo de las providencias emitidas por las diferentes Corporaciones, es necesario extraer e identificar determinados asuntos que puedan ser sistematizados y homogeneizados y otros que definitivamente no pueden ser organizados porque corresponden a temas no comparables.

En efecto, en materia de seguridad social puede ser que un mismo tema sea tratado en sentencias precisas y cortas, o en sentencias extensas y largas; que traten de manera exclusiva un tema o que traten otros temas; que sea un tema principal en una sentencia y secundario en otra providencia; que resulte de un problema jurídico expresamente indicado dentro del texto de la sentencia o por el contrario corresponda a un planteamiento que se deba deducir o analizar después de la lectura completa e integral de la providencia; que se trate con mayor énfasis el caso concreto y los supuestos fácticos o por el contrario que se estudie primordialmente una institución jurídica sin referencias fácticas; que se siga un patrón o precedente jurisprudencial o por el contrario que se tenga como principal fundamento una norma positiva expresa; que los efectos de las decisiones sea variados (interpartes, inter pares, intercommunis o erga omnes), o que se produzcan efectos en el tiempo retroactivos, retrospectivos o ultractivos, entre otras situaciones.

Existen diferentes métodos a través de los cuales se puede analizar la jurisprudencia; por ejemplo, uno de estos métodos es la reconstrucción histórica que consiste en organizar los pronunciamientos emitidos por las Altas Cortes de manera cronológica sobre un mismo tema o materia, permitiendo evidenciar el último pronunciamiento sobre un tema específico después de varios años e identificar si se ha mantenido una línea constante o si por el contrario se han presentado cambios significativos.

Por otro lado, se encuentra el método que maneja la clasificación de las sentencias por tema y corporación. En este caso, se organiza la jurisprudencia teniendo en cuenta la tesis principal que es expuesta en la providencia de una determinada Corte y así se crea un presupuesto sustantivo o formal que permite ubicar otras sentencias o autos que traten la misma materia.

Sobre el particular, no en pocas oportunidades los Tribunales Constitucionales, o en su defecto los investigadores y la doctrina en general, clasifican y organizan la jurisprudencia a partir de un problema jurídico específico, intentando en algunos casos, identificar una posible pregunta que es expuesta como hipótesis y así la respuesta es presentada como tesis y decisión, permitiendo la ubicación de providencias que se ocupen del mismo problema o la misma solución.

Sin embargo, debe advertirse que la descripción del problema jurídico no es una tarea sencilla en algunos casos, y además, en varias oportunidades la comprensión para algunos Tribunales del citado problema jurídico es diferente. Por ejemplo, en algunas oportunidades el problema jurídico se refiere de manera principal y excluyente a un asunto fáctico o a una situación de hecho, y en otras oportunidades el problema jurídico se ocupa de asuntos sustanciales relativos a la aplicación o interpretación de una norma o de una institución jurídica, como puede ser un valor o principio constitucional, sin referencias fácticas; o finalmente puede ser que el problema jurídico sea expuesto como una combinación de los dos aspectos mencionados: por un lado una situación de hecho y por otro una institución jurídica específica.

Otro método para la organización y análisis de las sentencias parte de la tesis vinculante, referida a las providencias que han establecido un criterio único y relevante en torno a un tema jurídico específico y a partir del cual los demás fallos emitidos por las Corporaciones se proyectan y deciden, creando un antecedente que se identifica como un precedente para la misma Corporación (precedente horizontal) o para otros jueces de inferior jerarquía (precedente vertical).

Por su parte, en algunas oportunidades una forma constante de encontrar y organizar la jurisprudencia parte de la identificación de las normas de derecho positivo (Constitución, ley, actos administrativos) que son desarrolladas o aplicadas en las sentencias. Así, se organizan y estructuran providencias de conformidad con una norma expresa que se ocupa de un tema.

Como puede observarse, existe en principio una gran posibilidad de criterios con base en los cuales es viable clasificar, organizar y categorizar la jurisprudencia, los cuales, además no son en todos los casos excluyentes entre sí, y en algunos eventos, los mismos criterios son tratados con nombres diferentes y no es fácil diferenciarlos. Esto podría ocurrir por ejemplo con el tema y la tesis vinculante, o por ejemplo con el problema jurídico o el tema, entre otras combinaciones que no todas las veces son claras.

## Los problemas del lenguaje

En algunos países de Iberoamérica se hacen esfuerzos por organizar la jurisprudencia a través de líneas jurisprudenciales, sin embargo, dependiendo de las diferentes tradiciones jurídicas, las escuelas del derecho y las habilidades propias de los investigadores, se han formulado diferentes concepciones sobre el concepto y forma de las líneas jurisprudenciales. Esta realidad exige evidenciar la existencia de múltiples conceptos que se encuentran directamente relacionados con las líneas jurisprudenciales como precedente, precedente horizontal, precedente vertical, doctrina judicial, doctrina probable, doctrina constitucional, doctrina legal, jurisprudencia, jurisprudencia unificada, jurisprudencia vinculante, jurisprudencia obligatoria, entre otros que pueden ser tenidos en cuenta para efectos de comprender de manera precisa la noción y alcance de las líneas jurisprudenciales.

Por otra parte, algunos operadores judiciales tienen aproximaciones al concepto de línea jurisprudencial dentro de las cuales se pueden mencionar las siguientes nociones: método de reconstrucción jurisprudencial, unificación de posiciones jurisprudenciales, técnica para organizar y analizar jurisprudencia, metodología que permite identificar la regla de derecho en la jurisprudencia, ratio decidendi de las sentencias, reiteración de tendencias o posiciones jurisprudenciales.

Algunas de las nociones de líneas jurisprudenciales se concretan, entre otras, en las siguientes perspectivas:

1. Las líneas jurisprudenciales son elementos de análisis de jurisprudencia encaminadas a determinar el precedente judicial aplicable en casos futuros de características similares.
2. Las líneas jurisprudenciales exigen la realización de narraciones sobre determinado tema o problema jurídico tratado por la jurisprudencia y requiere además la presentación de una teoría jurídica completa sobre la materia.

3. Las líneas jurisprudenciales permiten la representación visual del tratamiento jurídico de una materia por parte de los jueces.
4. Es un método de identificación de decisiones previas que tiene un carácter vinculante y constituyen buenas razones para la estructuración de decisiones subsecuentes.
5. Es una técnica que permite la citación y referencia jurisprudencial dentro de esquemas de jurisprudencia libre o indicativa.
6. Es un sinónimo de la regla o subregla de derecho contenido en una providencia judicial.
7. Es un método de organización de argumentos y razonamientos contenidos en las providencias judiciales.
8. Es un ejercicio metodológico encaminado a identificar una tendencia jurisprudencial vigente, con base en un patrón fáctico o en una institución jurídica específica, con vocación de uniformidad.



Elementos para la Configuración  
de un Modelo de Construcción  
de Líneas Jurisprudenciales  
en Materia de Seguridad Social  
dentro de los Procesos  
de Constitucionalización  
del Derecho.

04







Dentro de esta gran cantidad de posibilidades metodológicas se debe determinar algunos elementos y parámetros que pueden ser tenidos en cuenta para la organización y construcción de líneas jurisprudenciales en materia de seguridad social en Iberoamérica como se explica a continuación:

## 1. Corporación

En Iberoamérica existen países con sistemas diferentes de control de constitucionalidad. En efecto, en algunos eventos las Constituciones crean esquemas de control concentrado de constitucionalidad siguiendo la tradición de Europa continental con un Tribunal Constitucional encargado de la defensa del Texto Superior, en otros casos, se acude a sistemas de control difuso de constitucionalidad atribuyendo competencias a varios jueces o tribunales, con diferentes vías procesales, a veces directas, a veces indirectas o incidentales, e incluso conexas. De la misma manera, muchos países tienen esquemas de control de constitucionalidad por medio de mecanismos de protección de derechos constitucionales esenciales o fundamentales, normalmente a través de acciones de amparo, o tutela, o de protección, según el caso.

Además, en no pocas oportunidades, existen varios jueces o tribunales con jerarquías y competencias que generan choques o enfrentamientos judiciales en relación con las funciones de control de constitucionalidad y de esta manera se han registrado dichos fenómenos por parte de la doctrina como el choque de trenes o la guerra de las Cortes, entre otras expresiones.

Así, aunque en principio el elemento referido a la Corporación parecería ajeno a un análisis de fondo y tendría un fin simplemente organizativo, en realidad puede reflejar los asuntos más complejos relacionados con la función de control de constitucionalidad, la estructura del Estado y por ende el sistema de frenos y contrapesos bajo el principio de separación de poderes.

En este orden de ideas una vez revisada la providencia, se procedería a identificar la Corporación y la sala que emite la decisión y se supondría que su valor vinculante sería claro para la comunidad jurídica en general. Así, la correcta calificación de este elemento permitiría prima facie identificar en consecuencia la jurisdicción correspondiente y con ello poder evidenciar que no se presenten contradicciones de los pronunciamientos emitidos por una misma Corporación.

Ahora bien, no en todos los casos este elemento permite la identificación clara y precisa de los efectos y el valor de la jurisprudencia emitida. En primer lugar, dependerá del sistema de control de constitucionalidad subyacente como se ha dicho, según se trate de un sistema de control concentrado, difuso o mixto y la jerarquía del Tribunal Constitucional y sus providencias, frente a otros Tribunales y sentencias que operan en las jurisdicciones ordinarias como órganos de cierre.

En efecto, si el Tribunal Constitucional ostenta una categoría superior frente a otros Tribunales que actúan como órganos de cierre en la jurisdicción de la seguridad social no se presentará ningún choque o controversia, por el contrario, si en la Constitución de referencia el Tribunal Constitucional tiene el mismo rango y jerarquía que otras Corporaciones pueden presentarse controversias o contradicciones generando lo que comúnmente se ha conocido como el choque de trenes o la guerra de las Cortes, ya mencionados.

## 2. Sala

Dentro de este elemento se debe indicar la sala o sección correspondiente, de acuerdo a la Corporación que haya emitido la providencia. Por ejemplo, en Colombia, si el pronunciamiento es de la Corte Constitucional, la Sala que pudo haber emitido la decisión puede ser la Sala Plena o la Sala de Revisión.

Por otro lado, en el Consejo de Estado, se debe indicar si esta fue emitida por la Sala Plena, una Sección o Subsección, y finalmente si el pronunciamiento es de la Corte Suprema de Justicia la Sala que pudo haber emitido la providencia puede ser la Sala Civil, la Sala Laboral o la Sala Penal.

En otros países, los Tribunales Constitucionales se dividen para el cumplimiento de sus funciones en diferentes salas y así reparten el trabajo como ocurre por ejemplo en Ecuador en donde es posible identificar la sala de admisión, de selección, de revisión y el Pleno. Además, en sistemas de control de constitucionalidad difuso donde todos los jueces o tribunales cumplen funciones de defensa de la Constitución a través de vías directas, o por medio de mecanismos incidentales, la categoría de las decisiones y jerarquía del juez o tribunal puede expresar el efecto concreto que tiene la providencia en el sistema jurídico de referencia.



De acuerdo con lo anterior, debe identificarse en primer lugar la Corporación que ha emitido la decisión y a partir de ello indicar la Sala o Sección correspondiente. Incluso en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, este criterio puede ser relevante para determinar el valor jurídico de las providencias y sus efectos. En algunas oportunidades existen ciertas categorías entre las Salas y el valor jurídico es diferente dependiendo del tipo de Sala que profiere la providencia.

### 3. Tipo de Providencia

En tercer lugar, se debe indicar el tipo de providencia que dependerá del sistema de control de constitucionalidad correspondiente. Este es uno de los aspectos de mayor importancia al momento de elaborar un análisis integral y completo de las providencias que han sido emitidas sobre un mismo problema jurídico y para lo cual resulta necesario verificar las categorías reconocidas y previstas en el ordenamiento jurídico de referencia; por ejemplo en Colombia se deben tener en cuenta las normas de unificación de tutela, las normas sobre constitucionalidad y las disposiciones normativas contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo C.P.A.C.A relativas a la unificación de jurisprudencia, entre otras, debido a que no existe una clasificación común de las providencias en todas las Corporaciones.

En Colombia la Corte Constitucional establece una clasificación de las providencias de la siguiente manera: si la sentencia es de constitucionalidad se identifica con la letra **C**, si se denomina como sentencia de unificación se representa por medio las letras **SU**, y por último si es de tutela y la profiere una Sala de Revisión se señala con la letra **T**. Así, la Corte Constitucional identifica tres grupos de sentencias: las de constitucionalidad (**C**), sentencias de unificación (**SU**) y por medio de la letra (**T**) las providencias de tutela.

Por otro lado, se encuentra el Consejo de Estado que maneja principalmente dos clasificaciones de las sentencias: en primer lugar, identifica las sentencias de unificación con las letras (**SU**), y en segundo lugar las sentencias que esta Corporación profiere como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, se encuentra la Corte Suprema de Justicia que indica si la decisión que profiere es: como Tribunal de Casación y órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, y en algunos casos, como Tribunal de Única Instancia.

Resulta pertinente indicar dentro de este tercer elemento de análisis de jurisprudencia, que en la mayoría de los pronunciamientos que realizan las Altas Cortes se identifica el tipo de providencia de cada Corporación, pero en algunos casos es necesario revisar con detenimiento cada una de las consideraciones del cuerpo de la sentencia, para poder identificar el tipo de providencia. Por ejemplo, un asunto controversial en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido la identificación de las sentencias de unificación jurisprudencial emitidas por el Consejo de Estado con anterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

### 4. Número de Radicado

En cuarto lugar, se encuentra el número de radicado que hace referencia a la identificación numérica y/o alfabética que usan las diferentes Corporaciones para individualizar sus providencias. Es importante anotar que cada Corporación tiene una forma individual de identificar el tipo de providencias que emite. En algunos sistemas jurídicos las providencias tienen secuencias que contienen los años y el orden de entrada, en otros se evidencian secuencias independientemente del año, en otros se utilizan sólo números, o sólo letras, o una combinación de ambos, asunto que debe ser tenido en cuenta para efectos de la organización y sistematización de la jurisprudencia.

Es más, aunque parece un tema de menor entidad, la numeración uniforme o no uniforme se convierte en un factor esencial para la sistematización y manejo informático de la jurisprudencia, creando problemas de organización, búsqueda, control y ubicación inclusive dentro de una misma Corporación en un solo país. Muchas Cortes Supremas de Justicia que cumplen funciones de Tribunal Constitucional tienen más de 100 años en varios países de Latinoamérica y sus sistemas de numeración no han sido únicos en el tiempo.

### 5. Denominación popular de la providencia

Este criterio que en algunas ocasiones es usado para la identificación de las providencias, hace referencia a las sentencias que tienen un amplio reconocimiento por la ciudadanía o comunidad jurídica bajo una denominación específica. En efecto, en algunas oportunidades la jurisprudencia adquiere nombres y referencias populares por

las cuales son fácilmente identificables por parte de los juristas y en tal virtud, dichas denominaciones, se convierten en un elemento importante para efectos de organizar, sistematizar y narrar la jurisprudencia.

## 6. Fecha de la providencia

La fecha de la providencia resulta importante para determinar cronológicamente en qué orden se han emitido los diferentes pronunciamientos sobre un mismo tema, con el fin de poder evidenciar los aspectos que han mantenido una misma línea o por el contrario si se han presentado cambios.

La fecha que se debe indicar dentro de este criterio debe ser la fecha oficial de la decisión que se encuentra consagrada dentro de la providencia ya que en algunos sistemas se adopta la decisión, se comunica y con posterioridad se redacta la totalidad de la providencia. (Por ejemplo: Corte Constitucional Colombiana), o en otros casos se adopta la decisión y la corrección de los textos y recolección de firmas puede tardar varias semanas, e inclusive, en otros eventos, se presentan dudas sobre la vigencia de la jurisprudencia en relación con la adopción de la decisión, su comunicación, publicación o notificación, según el caso.

## 7. Magistrado Ponente

Se debe indicar quién es el funcionario judicial que proyecta la providencia. Este elemento permite identificar si la argumentación dada dentro de varias sentencias por un mismo magistrado se mantiene, o si por el contrario varía con el transcurso del tiempo.

No obstante la tradición de derecho continental de los países Iberoamericanos en donde la ley es la fuente principal del derecho, la integración con los sistemas anglosajones, así como el valor, jerarquía y superioridad que se ha reconocido a la jurisprudencia como fuente principal por parte de algunas comunidades jurídicas han despertado el interés cada vez mayor de sistematizar la jurisprudencia con base en las tendencias de los diferentes jueces para apreciar cómo deciden los casos a su cargo y cómo modifican o cambian sus criterios en el transcurso del tiempo.

En efecto, las diferentes técnicas de interpretación y argumentación constitucional que revelan el carácter creador del derecho que en algunos sistemas se le reconoce al Tribunal Constitucional y la organización de los argumentos

y justificaciones de las decisiones con base en los criterios de los jueces y magistrados, adquieren mayor importancia e impacto en los sistemas jurídicos.

## 8. Tema Principal

Se debe establecer el tema principal que desarrolla la sentencia el cual tiene que comprender de manera directa, pero sintética, la totalidad del contenido de la providencia emitida por la Corporación. El tema debe ser lo más preciso y conciso posible puesto que de su claridad y rigor depende la solvencia de la decisión y la pertinencia de su justificación. Una vez identificado con exactitud el tema se debe proceder a determinar los subtemas y los otros temas.

Para la identificación del tema principal de manera exacta y precisa de las providencias debe leerse en forma integral el documento y no de manera fraccionada. Adicionalmente debe definirse bajo los términos indicados dentro de la sentencia y las denominaciones que reconocen el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, los criterios básicos para definir el tema son:

- Que sea al asunto principal del cual trata la providencia y sobre el cual se profiere el resuelve. En este sentido es imprescindible realizar un proceso de clasificación y jerarquía de los múltiples temas que puede contener una providencia.
- Ser lo más preciso y específico posible ya que temas abstractos o con extrema generalidad extienden los ámbitos de búsqueda y clasificación dificultando la construcción de líneas jurisprudenciales y su organización.
- Que se aclare si se encuentra definido el tema en una norma del ordenamiento jurídico positivo o si se trata de una construcción jurisprudencial no referida a una norma de derecho legislado específica.
- Que se acuda al lenguaje preciso contenido en la providencia y en el derecho positivo, evitando al máximo la utilización de sinónimos o de otros términos polisémicos o polivalentes, lo que crearía confusión y desorden en la organización y sistematización del derecho.

## 9. Subtemas

Son las líneas complementarias al tema principal, se derivan de éste y resultan necesarias para determinar con exactitud el tema de manera completa. Dentro de este parámetro resulta importante establecer que la parte resolutoria de la sentencia tenga una relación indirecta con los subtemas que se incluyen en el análisis de la providencia respectiva.

Los subtemas se derivan del proceso de graduación, clasificación y análisis, que exige un trabajo de ponderación para la escogencia del tema principal y con base en él de los temas secundarios o accesorios, o sea de los subtemas.

## 10. Otros temas

En este elemento resulta necesario identificar otros temas que complementen la providencia, diferentes al tema principal y a los subtemas. Los otros subtemas pueden surgir en algunos casos y no siempre se presentan.

En la identificación de este criterio debe tenerse en cuenta que estos otros subtemas deben extraerse solamente si son totalmente diferentes al tema principal y a los subtemas, esto con el fin de evitar confusiones en la categorización de providencias judiciales y su análisis.

## 11. Norma fundamental de la decisión

En este aspecto deben identificarse las normas o disposiciones constitucionales y legales que apoyan la providencia y el desarrollo del tema principal. No pueden identificarse disposiciones normativas que no se citen de manera expresa dentro de la sentencia, esto con el fin de delimitar el marco normativo y evitar equívocos en los estudios que organicen la jurisprudencia.

Ahora bien, en sede de constitucionalidad pueden presentarse varias situaciones:

- La decisión implica el análisis de normas constitucionales y su comparación con normas legales o reglamentarias que son objeto de estudios de constitucionalidad, evento en el cual debe diferenciarse la norma analizada del conjunto de valores, principios y normas constitucionales que sirven de fundamento para adoptar el fallo judicial.

- La protección del derecho fundamental exige la construcción de proposiciones normativas resultado de la integración de normas constitucionales, legales, o reglamentarias que crean las premisas con base en las cuales se adopta el fallo, evento en el que se debe aclarar que las normas citadas no son objeto de juicio de constitucionalidad.

- La decisión de constitucionalidad tiene como resultado la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad de un determinado conjunto de normas, evento en cual se debe aclarar que las referencias normativas se ocupan de la vigencia expresa de reformas constitucionales, leyes o actos administrativos objeto de juicios de constitucionalidad.

## 12. Hechos relevantes

Se deben sintetizar de la mejor forma posible los elementos de hecho que configuran las circunstancias de tiempo, modo y lugar que constituyen el tema específico, y que deben servir como apoyo de la decisión que se emite dentro del resuelve de la sentencia.

## 13. Problema jurídico

El problema jurídico se debe extraer si aparece indicado dentro de la providencia judicial para lo cual debe transcribirse de manera expresa. Por el contrario, si no se identifica dentro del texto de la providencia, no es pertinente inferir el mismo debido a que sobre este concepto no existe unicidad en los criterios que lo conciben.

Así, muchas providencias judiciales incluyen dentro del problema jurídico descripciones de situaciones fácticas o de hecho, mientras que otras se ocupan dentro del problema jurídico de la interpretación o alcance de una institución jurídica específica, y en algunos casos, el problema jurídico integra aspectos fácticos y aspectos jurídicos, demostrando la conveniencia de incluir el problema jurídico solo si de manera expresa está descrito en la providencia.

## 14. Consideraciones

Dentro de este aspecto es necesario analizar con detalle cada uno de los argumentos que incluyó la Corporación y que constituyen el sustento jurídico de la decisión contenida en la providencia. En consecuencia, las mismas deben estar relacionadas con el tema principal y el subtema o subtemas si es el caso. Si no están relacionadas con estos dos aspectos debe prescindirse de las mismas y en todo caso evitar consideraciones resultado de la reflexión del investigador que no se encuentran en la providencia.

## 15. Salvamento-Aclaración de Voto

Este elemento puede encontrarse o no dentro de la providencia judicial, comprende la argumentación y sustentación de la decisión de fondo en un sentido diferente al fallo principal del cual se aparta con elementos argumentativos distintos a las consideraciones de la providencia. Solamente debe citarse si se encuentra dentro de la jurisprudencia que es objeto de análisis.

En algunas providencias se cita más de un salvamento o aclaración de voto, en este caso deben citarse de igual manera los argumentos que difieren de la decisión o el resuelve contenido en la sentencia.

## 16. Magistrados que salvan voto o aclaran

Este aspecto va ligado al anterior, en ese sentido si hay aclaración de voto dentro de la providencia debe citarse el nombre del magistrado o magistrados que presentan la aclaración o salvamento de voto.

## 17. Providencia de auto referenciación

Se debe establecer si la providencia se califica como de autoreferenciación, es decir que se indique que constituye un precedente obligatorio y vinculante dentro del desarrollo de un mismo tema o línea jurisprudencial.

## 18. Sentencias reiteradas

Dentro de este aspecto se debe indicar si en el texto de la providencia se cita o hace referencia a una posición jurídica ya emitida dentro de una sentencia y de ser el caso deberá establecerse dentro de este elemento el número de la sentencia que reitera la postura.

## 19. Comentarios

Este criterio, permite establecer e indicar los demás elementos que se puedan extraer de la providencia y que no resulte posible clasificarlos e individualizarlos dentro de las demás categorías ya indicadas.



Herramienta para la Construcción  
del Modelo de Líneas Jurisprudenciales.  
(Propuesta Metodológica)

**05**





LAW REPORTS

VOL. 23.  
1904



Uno de los factores que influyen en la construcción de líneas jurisprudenciales es la gran variedad de estilos y de estructuras formales que pueden tener las providencias. En efecto, además de las diferencias propias de los sistemas jurídicos y de las competencias de los Tribunales Constitucionales o de las Cortes Supremas de Justicia que tienen como función salvaguardar la supremacía de la Constitución en Iberoamérica, es posible encontrar diferentes formas y estilos de providencias dependiendo de distintos factores como la época, el magistrado ponente, la sala, entre muchos otros.

Por esta razón es útil sugerir una herramienta metodológica consistente en una ficha que permita extraer los elementos expuestos dentro del presente estudio de manera uniforme y sistemática, previas algunas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para garantizar la eficacia del instrumento propuesto. A continuación, se presenta la ficha y se realizan algunas recomendaciones encaminadas a aclarar posibles dudas en su diligenciamiento.

## Ficha metodológica

Consideraciones especiales sobre la ficha jurisprudencial:

- La ficha se estructura con 18 campos que permiten un amplio espectro de asuntos facilitando su utilización en varios sistemas jurídicos. Ahora bien, la creación de una ficha con un número de campos elevado permite que se incluyan una gran variedad de factores, criterios y elementos que pueden estar presentes en distintos ordenamientos jurídicos y evidentemente exige que no todos los campos sean obligatorios en su diligenciamiento, ya que pueden no ser pertinentes. (se excluye el campo de la denominación popular o coloquial de la sentencia).
- La existencia de varios campos exige la realización de un análisis detallado y pormenorizado de los aspectos contenidos en la providencia. En efecto, es indispensable realizar procesos de clasificación, selección y depuración facilitando la comprensión de la estructura de la decisión y de los argumentos correspondientes.
- La selección y análisis de los elementos propuestos permite la realización de comparaciones, encontrando similitudes y diferencias, entre países, Tribunales Constitucionales y sistemas, de forma organizada y clara, disminuyendo los riesgos propios de comparar asuntos no comparables y mezclar materias o elementos diferentes como iguales.

- En algunos países las providencias tienen una gran cantidad de dichos de paso (obiter dictum) que no se relacionan directamente con la decisión judicial. La utilización de la ficha facilita la selección e identificación de las razones de la decisión (ratio decidendi) y así la descripción de la regla jurídica contenida en la jurisprudencia como consecuencia de la aplicación de la normas, valores y principios constitucionales.
- La ficha contiene un alto grado de flexibilidad por la variedad de elementos que contiene concretando los razonamientos y estructuras de las providencias, lo cual es especialmente útil en aquellos casos de sentencias extensas y largas que tratan una gran cantidad de temas, no todas las veces, relacionados de manera directa con la decisión correspondiente.
- El análisis de la jurisprudencia y su sistematización por medio de las Fichas correspondientes permite las comparaciones pertinentes y la construcción de narrativas sobre temas o materias que facilitan estudiar la evolución de una institución jurídica, las tendencias de determinada época, magistrado, sala o Corporación y la identificación de la regla de derecho aplicable.



Corporación  
Sala o sección  
Tipo de providencia  
Radicación  
Fecha de la providencia  
Magistrado ponente  
Tema principal  
Subtemas  
Otros temas  
Norma fundamento de la  
decisión  
Hechos relevantes  
Problema jurídico  
Consideraciones  
Salvamento de voto-  
aclaración de voto  
Magistrado del salvamento  
de voto o aclaración  
Providencia de  
autoreferencia  
Sentencia reiterativa  
Comentarios

- (Se excluye el campo de la denominación popular de la sentencia).

Modelo de Construcción  
de Líneas Jurisprudenciales a partir  
de la Identificación del Tema  
y la Norma.

06





Los criterios expuestos pueden ser utilizados para la construcción de líneas jurisprudenciales ya que permiten la unión o relación de diferentes providencias. Ahora bien, un punto esencial para la elaboración de un modelo de análisis jurisprudencial es la determinación de los criterios que de manera principal y transversal permitan la unión de las providencias. Sobre el particular existen varias premisas y posibilidades:

- Algunos de los criterios o elementos expuestos tienen fines eminentemente organizativos mientras que otros, además de la organización, pueden implicar categorías que impactan los sistemas jurídicos. Por ejemplo, la fecha o el número de radicación normalmente no tienen impactos sobre el sistema jurídico, mientras que el tipo de providencia, la autoreferenciación o la reiteración pueden implicar la consolidación de un precedente vertical u horizontal que afecte la jurisprudencia posterior.
- En muchas oportunidades, la construcción de líneas jurisprudenciales en sede de constitucionalidad se estructura con base en los hechos o situaciones fácticas similares o parecidas, como se realiza con alguna frecuencia en los sistemas de derecho anglosajón, sin embargo en los ordenamientos jurídicos de estirpe continental en donde el derecho legislado tiene un carácter preponderante, la utilización de los hechos como criterio principal para la organización de la jurisprudencia, ofrece algunas dificultades entre las que se pueden mencionar, la existencia de una gran cantidad de instituciones jurídicas que no tiene un referente fáctico y que son tratadas por las providencias o el análisis jurídicos realizados con base en la aplicación de premisas lógicas (silogismos) y la inexistencia de una cultura y por ende de habilidades encaminadas a aplicar el precedente.

No obstante, dichas dificultades, no pueden dejar de indicarse que la organización de la jurisprudencia con base en hechos o supuestos fácticos tiene grados de eficacia destacables en la sistematización de decisiones que protegen los derechos fundamentales, como las acciones de amparo o de tutela, donde el estudio pormenorizado de la realidad es frecuente.

- Algunos estudios sugieren la construcción de líneas jurisprudenciales con base en el problema jurídico. Ahora bien, como se ha indicado, existen diferentes concepciones sobre la formulación de un problema jurídico, en algunos casos se presenta bajo una pregunta que tiene contenidos preferentemente fácticos y que exigen una labor de subsunción dentro del ordenamiento jurídico para su resolución, en otros se entiende como la posible determinación del sentido y alcance de una norma de derecho positivo o una institución jurídica, y en otros, combina aspectos fácticos y jurídicos. De la misma manera, algunos Tribunales Constitucionales acuden a la determinación del problema jurídico y lo prevén de manera expresa, sin embargo, no en todos los casos es utilizado y por esta razón es necesario deducirlo autónomamente por parte del investigador lo que crea riesgos de inexactitud, sobre interpretación o inadecuada comprensión de los temas analizados. Con base en estas consideraciones, no es posible utilizar este elemento como un factor de comparación entre diferentes providencias porque puede crear discrepancias derivadas de la subjetividad que tienen las personas que analizan jurisprudencia.
- El lenguaje utilizado en la jurisprudencia y las palabras clave que permiten identificar los precedentes pueden ofrecer algunos puntos de contacto para la comprensión de la tesis vinculante y el tema de la sentencia en las líneas jurisprudenciales. El derecho como ciencia social se estructura con base en las palabras, y en tal virtud, los juristas perfeccionan sus habilidades y capacidades para la aplicación e interpretación de las palabras utilizadas en las normas y en la jurisprudencia. En este orden de ideas, la construcción de líneas jurisprudenciales debe realizarse con especial cuidado en la selección, ubicación y repetición de las palabras, evitando la modificación del sentido y alcance atribuido en las sentencias, disminuyendo al máximo la polivalencia de algunos términos, aplicando de manera correcta las normas gramaticales sobre la utilización de singulares y plurales, masculinos y femeninos, normalización terminológica con base en criterios de usabilidad y utilidad, así como las relaciones jerárquicas de género y especie que permitan ubicar con precisión los fenómenos jurídicos correspondientes.

Las palabras claves son indispensables para facilitar la ubicación de la sentencia en los sistemas de información, orientar las labores de clasificación con buenos niveles de exactitud, crear sinergias que permitan el uso de palabras comunes y transversales en las comunidades jurídicas y disminuir los riesgos de interpretaciones y aplicaciones del lenguaje subjetivas y contradictorias.

En los países de tradición continental donde el derecho legislado tiene un valor principal es recomendable que las palabras de la jurisprudencia sean las mismas palabras contenidas en las normas. Además, dicha perspectiva se aumenta ostensiblemente en materia de constitucionalidad porque los textos constitucionales contienen expresiones abstractas y generales, normalmente bajo la fórmula de principios y valores que configuran conceptos jurídicos que exigen determinación y concreción, lo que incrementa los riesgos de subjetividad o cambio en la comprensión del derecho. Por lo anterior, las palabras deben ser valoradas frente a las relaciones de polisemia, sinonimia y antonimia y corresponder al sentido más exacto y conciso del término.

- Las líneas jurisprudenciales sirven para analizar la evolución histórica del tratamiento de un tema o materia identificando las sentencias principales que con posterioridad son seguidas por otras, o que representan el mayor referente en el ordenamiento jurídico, o aquellas que aclaran las múltiples relaciones o confusiones que puedan presentarse en la misma jurisprudencia. También sirven para identificar las tendencias principales en sede jurisprudencial y son útiles para apreciar e identificar la regla de derecho vigente y preponderante contenida en la jurisprudencia.

En este último caso las providencias judiciales normalmente complementan, integran, desarrollan e interpretan, por medio de la formulación de las reglas de derecho, las normas contenidas en el derecho positivo o legislado. Incluso, dentro de los autores más reconocidos del positivismo jurídico es posible observar cómo se crean y aplican las reglas de derecho por parte de los jueces. Alf Ross en su obra "Sobre el derecho y la justicia, las fuentes del derecho", Buenos Aires: Editorial Universitaria. 1977, pág. 77 define las fuentes del derecho como: "el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar desde aquellas fuentes que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita", y precisamente, en materia constitucional

la competencia para crear y formular las reglas de derecho aplicables es mucho mayor que la usada en la aplicación de las normas legales o reglamentarias, ya que éstas últimas tienen mayores grados de elaboración y detalle.

En relación con la regla de derecho pueden presentarse las siguientes variables: a) La providencia no modifica la normatividad objeto de estudio ni la regla de derecho contenida en la jurisprudencia anterior; b) la sentencia se pronuncia de forma expresa sobre normas constitucionales, legales o reglamentarias, evidenciando la normatividad vigente, su constitucionalidad o inconstitucionalidad, los efectos ultractivos, retroactivos o retrospectivos según el caso; c) la sentencia cambia una regla de derecho contenida en la jurisprudencia anterior en donde seguramente deberán adelantarse juicios sobre el valor y jerarquía de la decisión.

En las consideraciones previas se han explicado las particularidades de los elementos para la construcción del modelo y las dificultades que tienen para ser considerados como elementos principales, los cuales se concretarían en la normatividad y el tema como se explica a continuación:

## La norma

Los países de tradición jurídica continental formularon su sistema de fuentes del derecho con base en ley como fuente principal y la jurisprudencia como fuente auxiliar. Así, siguiendo la tradición propia de la codificación, se concibieron los criterios de interpretación bajo la perspectiva decimonónica que suponía la infalibilidad del legislador y la presunción de su sabiduría.

Los sistemas de interpretación que llegaron a Latinoamérica por conducto del Código Civil del Estado de Louisiana y de la obra de Don Andrés Bello en el siglo XIX, fundamentados en la Codificación Napoleónica, se concretaron en los criterios histórico, sistemático, exegético, gramatical, teleológico, entre otros. Normalmente, los sistemas de control de constitucionalidad durante el siglo XIX copiaron tímidamente esquemas de Norteamérica y se basaron en la supremacía de la Constitución declarada en la famosa sentencia del Juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison* de 1803, con algunas excepciones, en donde se delinearon esquemas de control de constitucionalidad con características novedosas y propias, como ocurrió en Colombia en 1910 fecha en la cual, se creó por primera vez en el mundo la Acción Pública de Inconstitucionalidad. En dicha época – siglo XIX y primera mitad del siglo XX

– en la mayoría de países Iberoamericanos la función de control de constitucionalidad era desarrollada por parte de las Cortes Supremas de Justicia que tenían a su cargo la resolución en las jurisdicciones ordinarias de los recursos de casación siguiendo la tradición francesa.

Después de la segunda guerra mundial con base en Kelsen, al igual que ocurrió en Europa y siguiendo su ejemplo, varios países Latinoamericanos crearon las Cortes o Tribunales Constitucionales como órganos principalmente de naturaleza judicial encargados de la defensa y protección de las Constituciones. En este contexto, la jurisprudencia constitucional en no pocas ocasiones introdujo cambios no formales a la Constitución o mutaciones constitucionales siguiendo la expresión de Jellinek, y atribuyó a su jurisprudencia un valor y jerarquía similar a la legislación. Incluso actualmente, la institucionalidad y el principio de separación de poderes ha tenido múltiples variaciones y la adecuada manera de equilibrar el sistema de frenos y contrapesos, en especial la delimitación de las relaciones entre los parlamentos y los Tribunales Constitucionales. Así, muchos de los temas que tradicionalmente eran decididos por los Parlamentos bajo las premisas que fundamentaron el movimiento constitucionalista liberal, en la actualidad se debaten y definen por los Tribunales Constitucionales quien tiene bajo su guarda la integridad y prevalencia de la Constitución. La idea de la democracia constitucional que se expande en el mundo con posterioridad a la segunda guerra mundial, implica la prevalencia de los derechos inherentes de las personas, la comprensión de un Estado al servicio del ser humano, así como la realización de las premisas del Estado Social de Derecho a cargo de todos los órganos del Estado, con un papel destacado del Juez Constitucional, que debe garantizar la efectividad de los derechos. Esta última realidad genera posiciones que en algunos casos defienden la competencia de la Corte Constitucional para determinar ciertos asuntos, y en otros, cuestionan que dichas materias no sean tratadas por parte del Congreso de la República. Varias teorías y experiencias evidencian la existencia de límites al ejercicio de la función judicial de velar por la integridad y supremacía de la Constitución, y es ampliamente conocido dentro del derecho público, el debate sobre la naturaleza principalmente política o esencialmente jurídica de la defensa del Texto Superior que transitó durante los siglos XIX y XX en algunos países de Europa.

Independientemente de las posiciones que existen sobre el particular, el Estado Social de Derecho ha sido el resultado de la acción de los diversos órganos del Estado y, en algunos casos los Tribunales Constitucionales

han exhortado a los Congresos o Asambleas Legislativas para que legislen sobre ciertos temas y, además en ciertas ocasiones han procedido a indicar en sus sentencias las reglas básicas sobre dichas materias, especialmente relacionadas con el reconocimiento de los derechos de la seguridad social.

Este debate, aun no resuelto, sumado a la mutación constitucional del sistema de fuentes formales del derecho, principalmente relacionada con el valor y jerarquía de jurisprudencia en países de tradición continental en donde durante varias décadas se aceptó de manera casi indiscutida que la ley es la fuente principal de derecho y en los últimos años se ha venido fortaleciendo aquella doctrina que le da un valor principal y preponderante a la jurisprudencia conjuntamente con la ley, conforman el marco de discusión básico sobre la expresión del poder a través del derecho en un Estado Social de Derecho. En este sentido, el poder requiere de control, no puede actuar por fuera del sistema jurídico o a través de esquemas confusos que coloquen en tela de juicio la institucionalidad en una sociedad, su limitación es consustancial a la realización de los derechos y, la necesidad de reflexionar sobre los márgenes, extensión y complejidad de la funciones atribuidas a los órganos de la Estructura del Estado, reflejan la reflexión sobre la manera de respetar, realizar y convertir en eficaces los derechos esenciales de las personas.

Precisamente, la compleja situación descrita supra sobre la evolución del derecho constitucional, en todo caso parte de la existencia de un orden jurídico positivo expresado en normas constitucionales, legales y reglamentarias que son tratadas en la jurisprudencia y no pueden ser excluidas. En la mayoría de sistemas las normas que regulan la estructura de las providencias judiciales exigen que exista un referente normativo y la consistencia del ordenamiento jurídico se perfecciona en la medida que se organice la producción judicial con base en normas jurídicas debidamente promulgadas por la institucionalidad.

Así, la norma jurídica constituye un criterio preciso y un referente concreto para clasificar y organizar la jurisprudencia.

## El tema

De conformidad con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (1955) el tema “es la proposición o texto que se toma por asunto o materia de un discurso”, y en este sentido, debe corresponder a los aspectos específicos de la rama del derecho pertinente, en nuestro caso a la seguridad social y el derecho constitucional, y por supuesto a la normatividad aplicable.

Para justificar este criterio de organización y construcción de líneas jurisprudenciales, es pertinente evidenciar que existe la posibilidad, no todas las veces, de encontrar que la tesis vinculante o el punto de derecho que contiene la regla jurídica formulada en la sentencia adquiere un grado de especificidad que permite su diferenciación con el tema general tratado en la providencia. Por supuesto, en muchos casos la tesis vinculante o ratio decidendi coincide con el tema general, sin embargo, como se acaba de señalar, existe la posibilidad de diferenciaciones entre la tesis vinculante y el tema, sin que sea posible comprender este último criterio sin referencia o consideración con la razón principal de la decisión.

El tema principal, es el criterio general que comprende el contenido de la providencia. Una vez es identificado, se debe proceder a la agrupación de las diferentes providencias sobre el tema en común para entrar a analizar cada una de las mismas y poder evidenciar si se ha mantenido una misma línea o si por el contrario se han presentado cambios. Este sistema de elaboración de líneas jurisprudenciales parte de la identificación del tema principal y con base en ello de la revisión de las sentencias sobre un mismo punto de derecho, como se explicó con anterioridad.

La identificación del tema exige un esfuerzo de clasificación, separando los diferentes temas que eventualmente estén tratados dentro de la providencia, categorizándolos a través de una graduación para poder identificar el tema principal y los temas relacionados de manera directa con aquel concebido como principal, que serán los subtemas, y los otros temas que no tiene una relación directa.

## La relación entre el tema y la norma

Teniendo en cuenta que la mayoría de países Iberoamericanos tienen una tradición de derecho continental con esquemas que parten de normas positivas como fuente de derecho de carácter principal, el tema debe enmarcarse dentro de normas de rango constitucional, legal y reglamentario, según el caso. En efecto, algunas dificultades muy excepcionales que han tenido los sistemas jurídicos en Latinoamérica, en especial, aquellos donde se intensificó el activismo judicial, es la creación de derecho por parte de los jueces basada en teorías de diferentes latitudes, con reflexiones que incorporan reglas de derecho complementarias o a veces diferentes al tenor de las normas jurídicas positivas. En otros casos, la misma interpretación del derecho y de las normas introduce palabras o textos al derecho positivo que deben ser relatados y estudiados de manera consistente con las normas positivas.

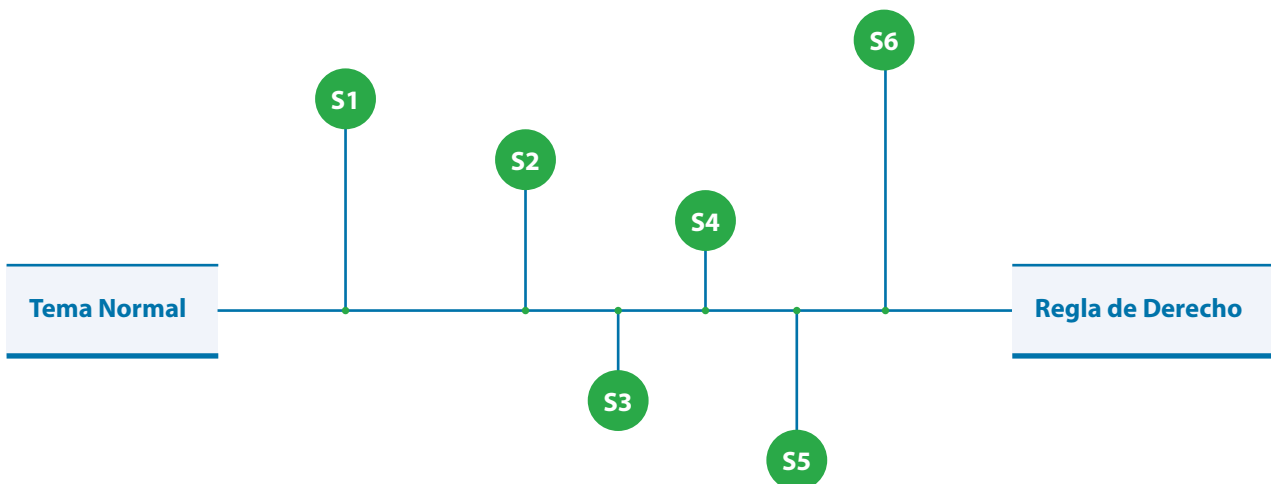
Con base en lo anterior, es evidente la importancia del establecimiento de reglas metodológicas encaminadas a dotar de precisión al lenguaje jurídico y a las investigaciones del derecho, dentro de las cuales se pueden mencionar las siguientes:

- La descripción del tema debe ser breve y en la medida de lo posible debe ajustarse a la tesis vinculante propuesta o aplicada en la sentencia.
- Las palabras y textos deben ajustarse a las normas del derecho positivo y evitar la utilización de palabras diferentes a aquellas contenidas en la Constitución, la ley o los reglamentos.
- La descripción del tema debe realizarse con detalle y cuidado evitando posibles interpretaciones diferentes a las que ofrece la norma de derecho positivo.
- El tema de la sentencia debe ajustarse a su contenido principal y ser concordante con las normas que son objeto de estudio para adoptar la decisión o sobre las cuales se decide.
- En el evento de sentencias aditivas, manipulativas o condicionadas de constitucionalidad, el lenguaje utilizado en la providencia debe preferir las palabras de la normatividad a las nuevas creaciones, extrañas al ordenamiento jurídico que introduzcan riesgos de inexactitud o de inseguridad jurídica.

## La representación de la línea jurisprudencial

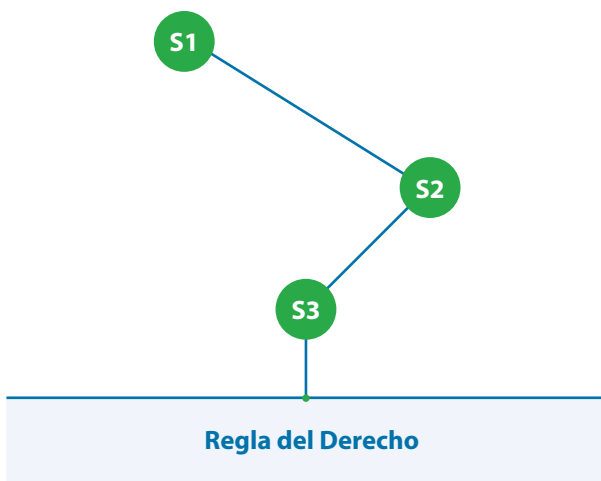
Los esquemas de representación de líneas jurisprudenciales en seguridad social pueden tener varias formas como se propone a continuación: a) presentación horizontal, b) presentación vertical y c) presentación por medio de precedentes comparativos. En los tres casos los dos (2) parámetros o elementos principales son el tema y la norma de derecho positivo de conformidad con las explicaciones realizadas.

**Cuadro.** Presentación horizontal.



**Cuadro.** Presentación vertical.

**Tema.**





**Cuadro.** Precedentes comparativos.

<b>Norma</b>	<b>Tipo de Sentencia</b>	<b>Sala o Selección</b>	<b>Última sentencia</b>	<b>Reiteración</b>	<b>Auto Referenciada</b>	<b>Primera</b>
Línea Jurisprudencial 1			•		•	
Línea Jurisprudencial 2						•



# Líneas Jurisprudenciales de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica

Parte 2





# Índice

Parte 2

01

Línea Jurisprudencial.  
Reconocimiento de Pensión de Invalidez.  
Pág. 46

02

Línea Jurisprudencial.  
Pensión de Sobrevivientes.  
Pág. 66

03

Línea Jurisprudencial.  
Principio de Progresividad.  
Pág. 92



Linea jurisprudencial.  
Reconocimiento Pensión  
de Invalidez.

01





La pensión de invalidez tiene requisitos, características y particularidades que permiten la comparación entre los sistemas y pronunciamientos jurisprudenciales en sede de constitucionalidad de Colombia, Ecuador, Argentina y Costa Rica.

El anterior estudio se efectuó a partir de múltiples fallos proferidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia, la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia de Ecuador, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina los cuales han permitido sentar jurisprudencia respecto de las condiciones jurídicas de la pensión de invalidez. Así se realizó el análisis y estudio de más de 100 registros jurisprudenciales y se seleccionaron 38 fallos que esbozan el contenido y alcance del derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Entre los temas que ofrecen aspectos comparables y que denota la constitucionalización de la seguridad social a través de la jurisprudencia se pueden mencionar: a) los requisitos y la posibilidad de su reconocimiento de conformidad con las condiciones personales en el caso concreto, b) el momento de la estructuración de la invalidez y c) la procedencia de mecanismos de protección extraordinarios y excepcionales como la tutela o el amparo.

## Comparación de las legislaciones y reglamentos

### Colombia

En Colombia la Ley 100 de 1993 en sus artículos 38 y 39 reguló la pensión de invalidez de la siguiente manera

#### "CAPÍTULO III

##### *Pensión de invalidez por riesgo común*

ARTICULO. 38.-Estado de invalidez. *Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*

ARTICULO. 39.- *Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:*

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y*
- b) *Que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

*PARÁGRAFO. -Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley".*

Así mismo la Ley 860 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones" modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y estableció:

*"Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:*

*Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma".*

### Ecuador

En Ecuador a través de las diferentes disposiciones normativas que regulan la pensión de invalidez, entre otras normas la Ley Seguridad Social No. 55 proferida el año 2001, la cual dentro de su artículo 3° consagra:

*"Art. 3.- RIESGOS CUBIERTOS. - El Seguro General Obligatorio protegerá a sus afiliados obligados contra las contingencias que afecten su capacidad de trabajo y la obtención de un ingreso acorde con su actividad habitual, en casos de: a. (...); b. (...); c (...); d. invalidez, que incluye discapacidad; y, e. (...).*

*Título VIII de los seguros obligatorios de vejez, invalidez y muerte, y de la cesantía*

*Capítulo uno del régimen mixto de pensiones*

Art. 165.- PRESTACIONES. - En el régimen mixto, el IESS entregará las siguientes prestaciones por contingencias de invalidez, vejez y muerte: a. (...). b. (...); c. Pensión ordinaria de invalidez.

Art. 186.- JUBILACIÓN POR INVALIDEZ. - Se acreditará derecho a pensión de jubilación por incapacidad total y permanente en los siguientes casos:

a. La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevinida en la actividad o en período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado y siempre que se acredite no menos de sesenta (60) imposiciones mensuales, de las cuales seis (6) como mínimo deberán ser inmediatamente previas a la incapacidad; y b. La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevinida dentro de los dos (2) años siguientes al cese en la actividad o al vencimiento del período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado, siempre que el asegurado hubiere acumulado ciento veinte (120) imposiciones mensuales como mínimo, y no fuere beneficiario de otra pensión jubilar, salvo la de invalidez que proviniera del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio a causa de la misma contingencia. Quien se invalidare en forma absoluta y permanente para todo trabajo sin acreditar derecho a jubilación por incapacidad total, tendrá derecho a una pensión asistencial por invalidez, de carácter no contributiva, en las condiciones previstas en el artículo 205 de esta Ley, siempre que no estuviere amparado por el Seguro General de Riesgos del Trabajo.

*Para efectos de este Seguro, se considerará inválido al asegurado que, por enfermedad o por alteración física o mental, se hallare incapacitado para procurarse por medio de un trabajo proporcionado a su capacidad, fuerzas y formación teórica y práctica, una remuneración habitual que un trabajador sano y de condiciones análogas obtenga en la misma región.*

## Argentina

En Argentina a través de la Ley No. 24.241 se regula el Sistema Integrado de Jubilación y Pensiones. A su vez la Ley No. 26.425 B. O del 9 de diciembre de 2008 dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que se denominará Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). El artículo 48 de la Ley 24.241 indica:

*“Artículo 48. — Tendrán derecho al retiro por invalidez, los afiliados que:*

*a) Se incapaciten física o intelectualmente en forma total por cualquier causa. Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66 %) o más; se excluyen las invalideces sociales o de ganancias;*

*b) No hayan alcanzado la edad establecida para acceder a la jubilación ordinaria ni se encuentren percibiendo la jubilación en forma anticipada.*

*La determinación de la disminución de la capacidad laborativa del afiliado será establecida por una comisión médica cuyo dictamen deberá ser técnicamente fundado, conforme a los procedimientos establecidos en esta ley y los que dispongan el decreto reglamentario de la presente.*

*No da derecho a la prestación la invalidez total temporaria que sólo produzca una incapacidad verificada o probable que no exceda del tiempo en que el afiliado en relación de dependencia fuere acreedor a la percepción de remuneración u otra prestación sustitutiva, o de un (1) año en el caso del afiliado autónomo.”*

## Costa Rica

En Costa Rica la Constitución en el artículo 73 prevé la competencia para regular los seguros de invalidez, vejez y muerte en cabeza de la Caja Costarricense del Seguro Social. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 12-005848-000-7-CO del 4 de Julio de 2012 en una acción de inconstitucionalidad explicó:

*“II.- DE LA COMPETENCIA DE LA CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL PARA DICTAR NORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LOS DIVERSOS REGÍMENES DE PENSIÓN. Ya con anterioridad, y en forma reiterada en este sentido, entre otras, ver las sentencias números 3853-93, 1059-94, y 0378-2001-, esta Sala ha considerado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política, le confiere a la Caja Costarricense del Seguro Social la “administración y gobierno de los seguros sociales”, lo cual implica para esa institución, una especie de autonomía administrativa y de gobierno, que le permite regular, por vía reglamentaria, lo relativo a la administración de los seguros sociales; en otros términos, implica el conferimiento de competencias especiales en la reglamentación de la administración de esta materia, precisamente en lo que se refiere a la definición de los requisitos, beneficios y condiciones de ingreso de cada régimen de protección, competencia que es desarrollada en lo dispuesto en los artículos 1, 3 y 14 de la Ley Constitutiva de la Caja, que en lo que interesa disponen: “Artículo*

1.- La Caja es una institución autónoma a la cual le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales. Los fondos y las reservas de estos seguros no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. [...]”.

Así el “Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte” estableció:

“Artículo 1º. Este Reglamento regula la administración, el otorgamiento de prestaciones, el financiamiento y todos los actos relacionados con el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

Artículo 6º-Tiene derecho a la pensión por invalidez, el asegurado que sea declarado inválido por la Comisión Calificadora, conforme con lo previsto en los artículos 7º y 8º de este Reglamento y siempre que el asegurado se encuentre en alguna de las siguientes condiciones:

- a) Haber aportado al menos 180 cotizaciones mensuales a la fecha de la declaratoria de invalidez, cualquiera que sea la edad del asegurado.
- b) Haber aportado al menos doce cuotas durante los últimos 24 meses antes de la declaratoria del estado de invalidez si ocurre esta antes de los 48 años de edad, o haber cotizado un mínimo de 24 cuotas durante los últimos 48 meses, si la invalidez ocurre a los 48 ó más años de edad. En ambos casos se requiere, además, que cumpla el número de cotizaciones de acuerdo con la edad, que se detalla en tabla.

También, tiene derecho a una pensión proporcional el asegurado que sea declarado inválido después de haber acumulado al menos 60 cuotas al momento de la declaratoria, siempre y cuando cumpla con los requisitos indicados en el párrafo del inciso b) de este artículo, con excepción de lo requerido en la tabla incluida en él.

Cuando con anterioridad al momento de la declaratoria de la invalidez existiere una incapacidad continua en el Seguro de Salud y la Comisión Calificadora dictamine que la condición del padecimiento haya impedido al asegurado o asegurada laborar, el período dentro del cual se debe haber cotizado se contará en relación con el inicio de la incapacidad o condición del padecimiento y no de la declaratoria. En cualquier caso, la vigencia del derecho se determinará de acuerdo con lo que establece el artículo 19º de este Reglamento.

Artículo 8º- Para efectos de este Seguro se considerará inválido el asegurado que, por alteración o debilitamiento de su estado físico o mental, perdiera dos terceras partes o más de su capacidad de desempeño de su profesión, de su actividad habitual o en otra compatible con su capacidad residual, y que por tal motivo no pudiese obtener una remuneración o ingreso suficiente, todo a juicio de la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez.

También se consideran inválidos las personas que sean declaradas en estado de incurables o con pronóstico fatal que aún ante la posibilidad de realizar algún trabajo, razones de conveniencia social o de humanidad, justifiquen a juicio de la Comisión Calificadora el otorgamiento de una pensión. En estos casos la resolución deberá ser aprobada por la Junta Directiva, a propuesta de la Gerencia respectiva.

En todo caso el derecho de pensión se supedita a que el estado de invalidez se origine en fecha posterior a la de ingreso a este Seguro.”

De acuerdo a la normatividad anteriormente relacionada los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en Ecuador y Argentina o retiro de invalidez en Costa Rica son similares, sin embargo difieren en algunos aspectos tales como el porcentaje para ser declarado inválido; pues en Colombia se exige la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual a superior al 50%, en Argentina y Ecuador se exige la pérdida del 66% y en Costa Rica las dos terceras partes que en términos absolutos asciende también al 66%; varía igualmente la exigencia del tiempo de semanas cotizadas o aportes cómo se denomina en Colombia y Argentina, pago de cotizaciones en Costa Rica, o imposiciones en Ecuador.



## Análisis de la jurisprudencia en materia de constitucionalización de la pensión de invalidez

### a) Los requisitos y la posibilidad de su reconocimiento de conformidad con las condiciones personales en el caso concreto

Los registros jurisprudenciales de los países confrontados reflejan, casi de manera unánime, que los operadores judiciales al momento de resolver conflictos derivados del reconocimiento de la pensión de invalidez deben ponderar más allá del estricto cumplimiento de los requisitos previstos en la norma y valorar la realidad socio económica del individuo, su medio social, su nivel cultural, la capacidad o no de reintegrarse al medio laboral y la capacidad o no de desempeñar otras actividades o tareas para derivar ingresos tendientes a su propia subsistencia.

Así en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina del 30 de septiembre de 2014, referencia Zarza Claudia Elizabeth c/ ANSES s/ retiro por invalidez (art.49 P.4 ley 24.241) se estableció:

*“La existencia de una minusvalía del 66% no es un requisito ineludible para que sea concedida la jubilación por invalidez y puede ser dejada de lado por los magistrados judiciales al ponderar las demás condiciones económico sociales del sujeto, tales como el tipo de tareas y la repercusión que tienen las afecciones en su desempeño laboral. Si bien los médicos consultados no establecen el porcentaje de incapacidad indicado para acceder al beneficio, la normativa vigente no descarta la posibilidad de que incapacidades de menor grado sean en algún caso relevantes para declarar la invalidez total en los términos de la ley previsional. Ello porque la incapacidad total debe valorarse con relación a la aptitud profesional de cada persona, teniendo en cuenta que en materia de previsión o seguridad social es esencial cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, por lo que no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con suma cautela.” (C.S.J.N. p.454 XX “PENNA BORES, Lucas Silvano c/Gob. Nacional.M. de Comercio y otros sent. Del 28/7/87).*

*Las consideraciones vertidas anteriormente, deben relacionarse con el carácter tuitivo de las prestaciones de la seguridad social que hace que, en caso de duda, deban extremarse los medios tendientes a dilucidar las cuestiones planteadas porque de lo contrario, se pone en situación de indefensión al peticionante, por lo que los organismos previsionales deben actuar razonablemente, valorando los distintos elementos de prueba y armonizándolos con las circunstancias fácticas que obstaculizan el esclarecimiento de la verdad”.*

*(C.N.A.S.S., SALA II in re “Barga Julio Héctor c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, Sent. n 8377, del 9-4-1991, entre muchos otros).*

*Nos enseña la doctrina que la invalidez es un estado o situación de hecho que origina la protección previsional frente a la acción o interacción de una o más formas de incapacidad legalmente previstas ( Raúl C. Jaime y José I. Brito Peret, “ Régimen Previsional-Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones”, Ed. Astrea , Año 1996, pág. 286), por lo que en el caso que nos ocupa no corresponde efectuar un análisis riguroso de las leyes previsionales, dejando de lado la situación concreta y particular del sujeto afectado”.*

Igualmente, la Cámara Federal de la Seguridad Social-Sala 2 de Argentina en fallo 323:2235 del 3 de julio de 2014 en un caso en donde se debatía la jubilación por invalidez sin el lleno de los requisitos indicó:

*“La normativa vigente no descarta la posibilidad de que incapacidades de menor grado sean en algún caso relevantes para declarar la invalidez total en los términos de la ley previsional. Ello porque la incapacidad total debe valorarse con relación a la aptitud profesional de cada persona, teniendo en cuenta que en materia de previsión o seguridad social es esencial cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, por lo que no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con suma cautela”.*

En este sentido igualmente la Cámara Federal de la Seguridad Social Sala 2 en la Causa N°12983/2015 indicó:

*“A ello cabe agregar que la C.S.J.N. en la causa “Valdez Ángel Miguel c/ Siembra A.F.J.P.s/ retiro por invalidez” sent. de fecha 23/11/04, ha dicho que “en materia de jubilación por invalidez no hay que atenerse exclusivamente al aspecto psicofísico para determinar los elementos que conforman el concepto de incapacidad previsional, aseveración válida aún en el marco del sistema integrado de jubilaciones y pensiones (conf. Fallos: 323:2235), máxime frente al deber de actuar con extrema prudencia que tiene los jueces cuando se trata de juzgar peticiones vinculadas a la materia previsional (Fallos: 310:1000; 315:376, 2348, 2598, 319:2351, entre otros), debiendo considerarse especialmente la posibilidad de reinserción laboral y la índole de las actividades desarrolladas”.*

*Así las cosas, dadas las particulares circunstancias de la presente causa, lo informado por los peritos médicos intervinientes respecto que la incapacidad detectada no lo facultaba para realizar sus tareas habituales y advirtiendo que la índole de las patologías detectadas generan serias dudas en cuanto a la posibilidad de acceder a un lugar en el mercado laboral- de oprobiosa actualidad- dada la incompatibilidad detectada, resulta aconsejable dirimir la cuestión a favor de la solicitante dado el carácter alimentario de los derechos en juego (Fallos:323:1551, 2235 y 3651 y causa “Follino, José Luis c/ Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos” del 10/10/2000).*

*Por último, cabe agregar que en numerosas oportunidades la Corte ha manifestado que la seguridad social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, y el apego excesivo de las normas, sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela con que deben ser juzgadas las peticiones vinculadas con la materia previsional (Fallos: 308:567; 310:2159; 313:79; y 247 y323:2235, entre otros).*

Igualmente, en sentencia T – 080 de 2008 la Corte Constitucional Colombiana indicó en un caso en el que se evaluaban los efectos del tránsito legislativo en relación con las exigencias y requisitos establecidos para adquirir el derecho a recibir una pensión de invalidez lo siguiente:

*“Resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que por tal razón no está en capacidad de desarrollar ninguna actividad laboral que le permita obtener los ingresos necesarios para solventar sus*

*necesidades básicas y quien, en todo caso, bajo el imperio del régimen anterior al cual cotizó hubiera tenido derecho a acceder a la pensión de invalidez.*

*Por todo lo anterior, la Sala concluye que la aplicación del requisito de fidelidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 desconoce, en este caso concreto, el principio de progresividad inherente a los derechos que, como la seguridad social, tienen el carácter de prestacionales, por lo que ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida resulta necesario inaplicar la disposición atrás señalada.*

*En consecuencia, dado que se ha evidenciado la regresividad injustificada de la norma y el perjuicio que su aplicación irroga sobre los derechos del actor, la Sala inaplicará el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y ordenará que, en su lugar y como mecanismo para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales del actor, la administradora de fondos de pensiones accionada dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993”.*

Así mismo, en Sentencia de fecha 5 de febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en expediente 12-001733-1102-LA decidió una pensión de invalidez previa la solicitud de:

*“Una pensión vitalicia al amparo de la Ley 7125, por cuanto nadie les da trabajo debido a sus problemas de salud, su baja escolaridad y su alto riesgo social. Indicó ser una persona con discapacidad por padecer mielomeliningocele L3 y otros padecimientos crónicos e irreversibles. La CCSS contestó indicando que no se había agotado la sede administrativa y que, en todo caso, la actora no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 2 de la Ley 7125 “Pensión Vitalicia para las personas que padecen parálisis cerebral profunda”, modificada por la Ley 8769, ni los artículos 5 y 17 del Reglamento del Régimen no contributivo”.*

Por su parte la Caja Costarricense presentó como defensa el siguiente argumento:

*“La CCSS considera que el otorgamiento de la pensión contraviene las normas aplicables, pues la actora no se encuentra en un estado de necesidad económica tal que cumpla con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión que solicita”.*

Y finalmente la Corte Suprema de Justicia indicó en sus consideraciones para proferir fallo:

*“La Sala difiere de tal apreciación, pues de la prueba existente se extrae que la actora sí cumple con los requisitos exigidos por la ley, de manera que lo resuelto por el Tribunal es acorde con el elenco probatorio incorporado al expediente.*

*Sin tomar en cuenta los factores de riesgo relativos al lugar donde habita la actora, sino únicamente su situación económica, sí se puede llegar a la conclusión a la que arribó el Tribunal en la sentencia que se impugna. Además de esto, es indispensable también considerar las necesidades especiales que tiene quien acciona, pues debido a su discapacidad, tiene gastos adicionales originados de ello, como son los pañales y el transporte especial para su condición. Ambos gastos deben ser satisfechos de forma obligatoria, pues son indispensables para la condición de salud de la accionante, que a su vez se ve reflejado en las condiciones de su hija e hijo.*

*Si bien se tiene plena conciencia de que la Administración Pública debe sujetarse al principio de legalidad, lo cierto es que también tiene potestades para analizar adecuadamente las solicitudes de los administrados que se presentan para su resolución en su ámbito de competencia, por lo que, en este caso, al haber denegado la pensión a esta señora a pesar de tener conocimiento de que los ingresos no le alcanzaban para satisfacer ni siquiera sus necesidades mínimas, no demuestra la buena fe alegada en el proceso, donde se ha insistido en la ausencia de derecho para ser beneficiaria de aquello que solicita”.*

En el mismo orden de ideas la Corte Constitucional de Ecuador en Sentencia N.º 013-15-SAN-CC del 21 de octubre de 2015 estableció, en un caso en donde se analizaba la procedencia de la pensión por discapacidad permanente total sin requisito mínimo de aportaciones previas, lo siguiente:

*“Conforme a los principios que regulan el ejercicio de los derechos constitucionales, en especial, en atención a los principios de favorabilidad y pro homine, el director general del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como servidor público, estaba en la obligación de aplicar la norma contenida en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Discapacidades, mediante una interpretación que coadyuve con el pleno ejercicio de los derechos del señor Luis Alfonso Foncea Eva, pues su condición de vulnerabilidad, impide toda actuación que restrinja o menoscabe su derecho a obtener la pensión por discapacidad.*

*Así, es evidente que dicha omisión en la que ha incurrido el sujeto obligado afecta gravemente los derechos constitucionales del accionante, pues, se le ha negado la concesión de una prestación a una persona que adolece de discapacidad y que como tal, se encuentra dentro de las personas y grupos para los cuales nuestra Constitución ha dispuesto atención prioritaria, debido a su situación de vulnerabilidad en razón de su pérdida de capacidad laboral y del deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la edad, enfermedades o accidentes sufridos, lo cual*

*les impide realizar actividades económicas que reviertan en la posibilidad de asegurar los medios necesarios para la satisfacción de sus derechos inherentes”.*

#### **b) El momento de la estructuración de la invalidez**

Ahora bien, otro elemento adicional determinante del reconocimiento de la pensión de invalidez evidenciado en los países señalados se relaciona con las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales se entiende estructurada la invalidez.

En Colombia la invalidez se determina por el momento en que se pierde de manera definitiva la capacidad y no desde cuando esta es reconocida ante la entidad gubernamental dedicada para ese fin, igualmente en Costa Rica el estado de invalidez se configura en términos generales desde el momento en que la persona fue examinada por primera vez si tenía la misma dolencia incapacitante y no desde que fue valorado o le fue negada la solicitud en sede administrativa.

Así, se observa como la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T- 163 de 2011 concluyó:

*“Cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva”.*

Igualmente, en Costa Rica a través de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda expediente No. 13-000961-0505-LA del 27 de septiembre de 2016 se expuso:

*“Vistos los agravios formulados y una vez, que ha sido estudiado y discutido este asunto, es criterio unánime de los integrantes de este Tribunal, que lleva razón el inconforme, para modificar lo que viene dispuesto. Sobre el tema del rige del beneficio, efectivamente, se ha dicho en forma reiterada, que el momento del estado invalidante de un ser humano, no es algo que se pueda establecer con exactitud, para poder decir a partir de tal o cual fecha, una persona se encuentra inválida y por lo tanto, debe recibir la pensión.*

*Por otro lado, también en estos casos es una cuestión de criterio de los médicos examinadores. Lo que, para uno, puede ser que no esté inválido, otro puede considerar lo contrario, con el mismo cuadro clínico, entonces no es correcto pensar, que el paciente está inválido a partir del dictamen médico*

*o a partir de la resolución administrativa, que le deniega el derecho, si desde que fue examinado la primera vez, tenía la misma dolencia incapacitante. De lo expuesto, se infiere que lo más justo y equitativo, es que se le conceda la pensión al interesado, desde el momento en que formuló la solicitud en sede administrativa, porque desde ese entonces ya se encontraba en condiciones de no poder trabajar”.*

### **c) La procedencia de mecanismos de protección extraordinarios y excepcionales como la tutela o el amparo.**

Por último la acción de tutela en Colombia, el recurso de amparo en Argentina y Costa Rica y la acción o recurso extraordinario de protección en Ecuador se presentan como mecanismos extraordinarios para obtener la protección de derechos como la pensión de invalidez, cuando la situación personal, social y familiar del accionante le impide acudir a otros medios ordinarios, porque sus derechos se pueden hacer nugatorios o porque tal decisión causaría un perjuicio irremediable, entre otras causas.

Sobre el particular la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de fecha 21 de agosto de 2013, expediente Acevedo de Olivera Fernanda Emilia c/ ANSES s/ materia previsional en donde se indicó respecto a la aplicabilidad del Recurso de Amparo en materia pensional:

*“Primeramente, debo decir que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o de dificultosa reparación ulterior, situación que se advierte si el apelante acreditó la verosimilitud de la lesión a sus derechos, que, en atención a la naturaleza de los daños invocados y afectados, al de su propia subsistencia, sólo podrán alcanzar una protección ilusoria por las vías ordinarias.*

*Por otro lado, el perjuicio que supondría para el interesado verse obligado a reiniciar la causa luego de transcurridos nueve años desde el inicio de este proceso acredita suficientemente la índole irreparable del gravamen. Sobre esa base, estimo que los agravios esgrimidos justifican su examen en esta excepcional instancia pues, si bien la acción entablada no está destinada a reemplazar medios ordinarios, excluirla por la existencia de otros recursos no puede fundarse en apreciaciones meramente rituales e insuficientes, toda vez que la institución tiene por objeto proteger en forma efectiva los derechos más que ordenar o resguardar competencias”.*

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional de Ecuador en Sentencia No 115-14-SEP-CC del 6 de agosto de 2014 Juez Constitucional Antonio Gagliardo Looor:

*“Por tanto, esta Corte, como máximo órgano de control e interpretación constitucional, está facultada para generar normas judiciales para los casos en los cuales, de no admitirse la acción, se provoque un perjuicio grave e irreparable para el accionante, permitirle el mecanismo procesal de acción de protección. En el presente caso, el titular del derecho reclamado se encuentra dentro del grupo de atención prioritaria por tratarse de una persona con discapacidad, ubicándose en grupo vulnerable de la sociedad, situación que le permite ser usuaria y destinataria de la acción constitucional.”*

*En tal virtud, procede la garantía jurisdiccional, ya que, en un Estado constitucional de derechos y justicia, la acción constitucional que se ejerce ante el juez de ninguna manera puede dejarse de atender por el simple paso o transcurso del tiempo pues ello implicaría avalar la violación de los derechos constitucionales humanos previstos en la Constitución tanto más cuando estos constitucionalmente hablando no caducan.*

*En el estudio de admisibilidad de la acción de protección el juez constitucional, al analizar cada caso, debe realizar su análisis exhaustivo y adoptar una posición siempre favorable al accionante (in dubio pro actione), tomando en consideración el carácter público de la acción de modo que no se incorporen rigorismos y tecnicismos propios de otro tipo de acciones para acceder al aparato jurisdiccional”.*

De la misma manera en Ecuador el fallo de la Corte Constitucional expediente No. 115-14-SEP-CC de acción extraordinaria de protección del 6 de agosto de 2014 consideró:

*“Se evidencia que el legitimado activo es una persona con discapacidad y adulto mayor de 83 años de edad, circunstancias que, por mandato de los artículos 3 numeral L II numerales I y 5; 35 y 36 de la Constitución de la República, exige un tratamiento y procedimiento efectivo e inmediato -in dubio pro actione-, esto es, la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones que se traduce en obtener una tutela directa y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República”.*



Así mismo, en fallo T- 239 de junio de 1993 la Corte Constitucional Colombiana consideró respecto a la procedencia de la acción de tutela en casos de pensión de invalidez:

*“La tardanza de la autoridad pública en cancelar la pensión de invalidez y la consiguiente incertidumbre y angustia a que es sometida la persona cuya estabilidad personal y familiar dependen del pago oportuno de esta prestación, habida cuenta de las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra por su condición física, sensorial o psíquica que le impiden laborar, vulnera el núcleo esencial del derecho fundamental al trabajo que comprende razonablemente en su ámbito esencial, cuando se dan las condiciones exigidas, el derecho a la pensión de invalidez, por dilatar injustificadamente en el tiempo la efectividad del auxilio dinerario necesario para su subsistencia. Mal podría afirmarse que la autoridad pública no ha incurrido en una omisión atentatoria de los derechos del peticionario por el hecho de no ser ejecutable su obligación hasta seis meses después de quedar en firme el acto administrativo, los cuales se habían cumplido con posterioridad al fallo de primera instancia que denegó la tutela.*

*Tomando en consideración la doctrina constitucional antes expuesta, esta sala no comparte la afirmación del juez de tutela en el sentido de disponer el accionante de otros medios o recursos de defensa judicial para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Pese a que el petente sostiene que los dineros por concepto de la pensión de invalidez constituyen su “único medio de supervivencia para él y su familia” y cuyo no pago ha creado “un caos económico en su hogar”, el juzgador, en abstracto, afirma que tiene a su disposición otros medios o recursos judiciales. De esta forma, el juez desatiende la circunstancia concreta del solicitante, quien a pesar de su penuria económica solamente luego de transcurridos 180 días de la firmeza del acto administrativo que le reconoce la pensión de invalidez podría iniciar un proceso ejecutivo laboral, cuya duración se prolongaría como mínimo varios meses más lo anterior no obstante que el reconocimiento del derecho a la pensión le otorgaba una titularidad indiscutible para reclamar y obtener su pago.*

*Así las cosas, era inescapable concluir la ineffectividad de los otros medios de defensa judicial a disposición del solicitante diferentes a la tutela, debiendo el fallador proceder a evaluar la materialización de la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales”.*

En el mismo sentido se relaciona la sentencia T- 043 de 2014 en donde la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales del accionante a quien se le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez a pesar de ser una persona declarada invalida por padecer una en-

fermedad crónica y degenerativa. En este caso el alto tribunal consideró:

*“Por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable”.*

Adicionalmente en fallo de Tutela 1064 de 2006 de la Corte Constitucional se planteó como problema jurídico del caso la procedencia de la Acción de Tutela frente a la existencia de otro medio de defensa judicial teniendo en cuenta el grado de invalidez y así expuso:

*“Si resulta procedente la acción de tutela por la existencia de un medio de defensa judicial manifestado tanto por los jueces de instancia como por la entidad accionada y ii) sólo en el evento de que la Sala encuentre procedente la acción, deberá entrar a resolver si la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a una persona con enfermedad catastrófica y degenerativa fundamentada en el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, vulnera los derechos constitucionales a la vida, el mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa para el trabajador, por la no aplicación del régimen de seguridad social anterior previsto en el Decreto 758 de 1990 o el posterior contemplado en la Ley 797 de 2003 – Ley 860 de 2003.*

(...)

*En el presente caso, dadas las circunstancias de gravedad y urgencia que padece el actor -invalidez superior al 50% por enfermedad mortal de VIH-SIDA-, para la Sala resulta imperativo la procedencia directa y definitiva de la tutela por su condición de sujeto de especial protección constitucional (arts. 13 y 47 de la Constitución).*

*Los regímenes solidarios como el de ahorro individual con solidaridad del Sistema General de Pensiones deben sujetarse a los principios de solidaridad (personas de escasos ingresos) y de progresividad (prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección alcanzado en pensiones) que guarda relación con el derecho a la igualdad respecto al trato exclusivo que se debe dar a los sujetos de especial protección constitucional.*



*La Corte Constitucional dada la relevancia constitucional que tiene este asunto y su condición principal de juez garante de los derechos fundamentales debe proceder a la protección directa y definitiva de los derechos del actor por las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra y la calidad de sujeto de especial protección constitucional!*

Sobre este mismo punto se relaciona nuevamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expediente 12-001733-1102-LA del 5 de febrero de 2016, desde una óptica diferente, al ser pertinente para evidenciar el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la procedencia de la acción extraordinaria de protección en materia de pensión de invalidez:

*“Sin tomar en consideración los factores de riesgo relativos al lugar donde habita la actora, sino únicamente su situación económica, sí se puede llegar a la conclusión a la que arribó el Tribunal en la sentencia que se impugna. Además de esto, es indispensable también considerar las necesidades especiales que tiene quien acciona, pues debido a su discapacidad, tiene gastos adicionales originados de ello, como son los pañales y el transporte especial para su condición. Ambos gastos deben ser satisfechos de forma obligatoria, pues son indispensables para la condición de salud de la accionante, que a su vez se ve reflejado en las condiciones de su hija e hijo.*

*También debe tomarse en cuenta que la pensión por muerte que recibe la accionante equivale a un monto sumamente bajo, que correspondía a \$ 29.591 en marzo del 2013, según certificación de la propia CCSS y tal parece, de lo que indica el Dictamen Social Forense, que ahora es ella quien lo aprovecha y no su madre. Así, si se analiza la situación de manera integral, se llega a la conclusión de que la actora carece de la posibilidad de generar algún tipo de ingreso permanente por sí misma y más bien, depende de la buena voluntad de la gente que la rodea para poder satisfacer sus necesidades básicas y las de quienes dependen de ella, por lo que su situación socioeconómica definitivamente amerita el otorgamiento del beneficio solicitado.”*

De conformidad con el estudio realizado en el presente documento es posible concluir que en los 4 países seleccionados existe un proceso de constitucionalización de la seguridad social y a la vez de la pensión de invalidez. Así mismo se pudo evidenciar como a nivel jurisprudencial se desarrolla el contenido del texto constitucional al permitir que a través de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, el recurso de amparo o la acción de protección extraordinaria se materialice el derecho a la pensión de invalidez como una garantía de orden superior al flexibilizar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma para su reconocimiento.

## Conclusiones generales línea pensión de invalidez

- Dentro de los países de Argentina, Colombia, Ecuador y Costa Rica, los ordenamientos jurídicos ofrecen a los ciudadanos mecanismos jurídicos que les permiten solicitar el amparo de sus derechos, cuando estos no son reconocidos a través del procedimiento tradicional u ordinario. Así, el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando no es reconocida, puede solicitarse en Colombia a través de una acción de tutela, en Argentina y Costa Rica por medio de un recurso de amparo y en Ecuador por medio de una acción o recurso extraordinario de protección.
- Después de la revisión de diferentes registros jurisprudenciales de los cuatro países, Argentina, Colombia, Ecuador y Costa Rica, se encuentra que además de los requisitos que indica cada ordenamiento para el reconocimiento de la pensión de invalidez, se tienen en cuenta otros aspectos adicionales como: la realidad socio económica de la persona, su medio social, su nivel cultural, la posibilidad de reintegro al mundo laboral y la posibilidad de desempeñar actividades para su propia subsistencia.
- Para el reconocimiento de la pensión de invalidez según el ordenamiento jurídico respectivo, debe fijarse el momento de la estructuración de la invalidez, para lo cual, se deben revisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se configura.

El estudio se realiza con base en el análisis de las sentencias proferidas en los cuatro (4) países a través de las herramientas metodológicas propuestas consistentes en las fichas jurisprudenciales, las cuales por su extensión se anexan al presente estudio en un medio digital (CD). A continuación, se incorporan a título de ejemplo cuatro (4) fichas jurisprudenciales correspondientes a los cuatro países objeto de estudio: Argentina, Colombia, Costa Rica y Ecuador.

## Ejemplo de sentencia en Colombia.

Corporación	Corte constitucional
Sala o sección	Sala quinta de revisión
Tipo de providencia	Acción de tutela (t)
Radicación	Expediente expedientes t-5.161.226, T-5.169.150 Y t-5.176.711 (Acumulados)
Fecha de la providencia	16 De febrero de 2016
Magistrado ponente	Gloria estela ortiz delgado
Tema principal	Los requisitos generales y específicos de tutela contra providencia judicial.
Subtemas	La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez
Otros temas	Las reglas jurisprudenciales sobre la aplicación del principio de condición más beneficiosa ante la ausencia de un
Norma fundamento de la decisión	Decreto 758 de 1990 que aprobó el acuerdo no. 049 De 1990, la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003.
Hechos relevantes	<p>Los accionantes, Reinaldo Bonilla Colonia, Reinaldo David Cataño e Isaías Ramírez, tienen 68, 60 y 75 años de edad, respectivamente. Fueron calificados con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, a causa de una enfermedad de origen común.</p> <p>Solicitaron a su administradora de pensiones COLPENSIONES que les reconociera y pagara la pensión de invalidez, sin embargo, la entidad negó la solicitud de cada interesado porque los peticionarios no reunían 50 semanas de aportes en los tres años previos a la fecha de estructuración de su invalidez.</p>
Problema jurídico	<p>¿Las autoridades judiciales accionadas desconocieron el precedente de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre el alcance “condición más beneficiosa”, en virtud del cual se podría conceder la pensión de invalidez a quien acredite haber cotizado 300 semanas o más, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?</p> <p>¿Los despachos judiciales tutelados incurrieron en una violación directa de la Constitución, y concretamente de los artículos 48 y 53 al no reconocer la pensión de invalidez al peticionario?</p> <p>¿La acción de tutela es procedente para reclamar la pensión de invalidez que fue negada por un Fondo de Pensiones y respecto de la cual no hay decisión de la jurisdicción ordinaria?</p> <p>¿Al actor no le fue contabilizado un mes de aportes a pensiones, por mora de su empleador? Y si ¿el accionante cumple con los requisitos previstos en el parágrafo 2º del artículo 860 de 2003?</p>

## Consideraciones

La medida de amparo será definitiva cuando el mecanismo judicial no resulte eficaz e idóneo para la protección de los derechos que se pretenden garantizar. Por ejemplo, cuando la persona que intenta la acción de tutela se enfrenta a un estado de indefensión o a circunstancias de debilidad manifiesta la medida será transitoria cuando, a pesar de la idoneidad de los medios de defensa judicial, la amenaza o violación de los derechos requiere una decisión urgente, mientras la justicia laboral decide el conflicto.

La legislación sobre pensión de invalidez ha sufrido varias modificaciones en las últimas décadas. Cada una de ellas ha determinado el momento en el cual empieza a regir y deja sin vigencia la norma anterior.

Por regla general, la legislación aplicable cuando una persona presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50% es aquella que estaba vigente a la fecha de la estructuración de la enfermedad.

Ante la ausencia del régimen de transición en materia de invalidez, esta Corte ha fijado algunas reglas jurisprudenciales para proteger las expectativas legítimas de los trabajadores que han cotizado a diferentes regímenes pensionales, pero no cumplen las condiciones de las normas vigentes al momento de la estructuración de su enfermedad. Es decir que la jurisprudencia protege a las personas que cumplieron con los aportes exigidos bajo una normativa, pero que, por un cambio legislativo, las condiciones legales imposibilitan que se le reconozca la pensión de invalidez en caso de sufrir una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

El fundamento de estas reglas jurisprudenciales es el artículo 53 de la Constitución, que consagra el principio de condición más beneficiosa para el trabajador. En virtud de éste, las peticiones de los trabajadores deben ser resueltas de acuerdo con la norma que les proporcione más beneficios, pues “[de conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador]”.

En síntesis, es posible que el operador jurídico deje de aplicar la norma vigente y dé prevalencia a aquella que resulta más beneficiosa para conceder la pensión de invalidez de quien cotizó a varios regímenes, pero no reúne los requisitos que le exige aquel que estaba vigente cuando ocurrió la estructuración de su enfermedad. Por esa vía, esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia han considerado procedente la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original. Y actualmente, este Tribunal permite que si al 1° de abril de 1994 una persona demuestra haber cotizado al menos 300 semanas a pensiones, tenga derecho a que se le reconozca y pague su pensión de invalidez.

Salvamento de  
voto-aclaración de voto

N.A.

Magistrado que salava o  
aclara voto

N.A.

Providencia de  
autoreferencia

N.A.

Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.
<b>Ejemplo de sentencia en Costa Rica.</b>	
Corporación	Corte Suprema de Justicia
Sala o sección	Sala segunda
Tipo de providencia	Sentencia de fondo
Radicación	Expediente: 13-000961-0505-la
Fecha de la providencia	27 De septiembre de 2016
Magistrado ponente	N.A.
Tema principal	Del momento a partir del cual debe ser concedida la pensión por invalidez
Subtemas	N.A.
Otros temas	N.A.
Norma fundamento de la decisión	Artículo 73 constitución nacional y reglamento de invalidez, vejez y muerte
Hechos relevantes	<p>El 19 de diciembre de 2012, el actor gestionó en sede administrativa para que se le concediera una pensión por invalidez, petición que le fue denegada definitivamente mediante resolución de la gerencia de pensiones, número 32.960, de las 8:15 horas del 2 de setiembre de 2013, al considerarse que no procedía fijar porcentaje de incapacidad alguno, hasta tanto se determinara la imposibilidad de curación.</p> <p>Ante esa decisión, formuló demanda para que se condenara a la Caja Costarricense de Seguro Social a otorgarle la pensión pretendida. La representación judicial de la Caja contestó en términos negativos y opuso la excepción de falta de derecho. En primera instancia se ordenó a la demandada conceder el beneficio reclamado a partir de la fecha de la gestión administrativa o del momento posterior en que el demandante hubiera dejado de laborar. También se le condenó a pagar ambas costas y las personales se fijaron en ciento cincuenta mil colones. La parte demandada formuló recurso de apelación, pero el Tribunal confirmó lo resuelto.</p>
Problema jurídico	N.A.
Consideraciones	La Caja Costarricense de Seguro Social es la institución autónoma encargada, por disposición constitucional, de la administración y el gobierno de los seguros sociales (artículo 73). En el ejercicio de esa especial competencia puede establecer los parámetros que estime necesarios, en cuanto a los requisitos y condiciones de ingreso, permanencia y disfrute de los distintos regímenes, lo que se hace normalmente con base en estudios específicos; razón por la cual se ha legitimado su proceder de reglamentar dichas condiciones, establecien

do límites, siempre que estos resulten razonables y proporcionados. Por eso, en el artículo tercero de su Ley Constitutiva se indica que la Caja determinará reglamentariamente los requisitos de ingreso a cada régimen de protección, así como los beneficios y condiciones en que estos se otorgarán.

La norma 19 de esa normativa, que regula el momento a partir del cual debe ser concedido el beneficio por invalidez, en forma expresa, señala: “Los derechos rigen conforme a las siguientes reglas: 1) *Invalidez*: a) *A partir de la fecha en que el asegurado sea declarado inválido por la Comisión Calificadora y haya dejado de laborar.* b) *A partir de la fecha que fije la resolución judicial cuando se trate de reclamos judiciales.* c) *El asegurado que sea declarado inválido por la Comisión Calificadora, iniciará el disfrute de la pensión a partir del momento en que termine de recibir subsidios del Seguro de Enfermedad y Maternidad. [...]*”. Así, se tiene que, en cuanto a la vigencia del beneficio jubilatorio, la norma transcrita contempla distintos supuestos, según sea que la pensión se conceda administrativa o judicialmente. En el aparte 1 a) se establece que los derechos basado en una pensión de invalidez rigen a partir de la fecha en que la persona asegurada sea declarada inválida por la Comisión Calificadora y haya dejado de laborar.

En consecuencia, se requiere la declaratoria de invalidez y el cese efectivo de labores. El inciso 1 b) hace referencia a la concesión de la pensión en la sede jurisdiccional, estableciéndose que el beneficio se concederá a partir de la fecha que fije la respectiva resolución judicial; sin embargo, también la concesión queda sujeta a los requisitos indicados anteriormente, pues el beneficio no puede concederse si no se ha declarado la invalidez aspecto técnico y médico y si la persona no ha dejado de laborar o de percibir subsidios. La pensión tampoco podrá concederse sino hasta que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por la respectiva reglamentación. Los parámetros para fijar el momento a partir del cual se ha de conceder una pensión por invalidez pueden variar según las circunstancias y, por lo general, se ha dispuesto su concesión a partir de la correspondiente gestión administrativa cuando el estado de salud que originó la solicitud fue el mismo sobre el cual se dispuso luego la invalidez; desde la fecha de la valoración médica por la cual se reconoció la incapacidad o desde que realmente se haya dejado de laborar.

Por último, según el aparte 1 c), cuando la Comisión Calificadora establezca el estado de invalidez de la persona asegurada el disfrute de la pensión iniciará a partir de que se dejen de recibir los subsidios del Seguro de Enfermedad y Maternidad. Así, el criterio generalizado en sede judicial es el de conceder el beneficio jubilatorio desde la fecha de la gestión administrativa, pues se considera que en esta sede se analiza la legalidad o no del acto administrativo denegatorio de la pensión, y no a partir del dictamen médico; dado que, salvo casos de excepción que aquí no se evidencian, se estima que este último es un acto declarativo y no constitutivo del estado de invalidez. En el caso bajo análisis, el derecho se concedió a partir del 19 de diciembre de 2012, que fue el momento en que el actor formuló su reclamo administrativo. La recurrente pretende que el derecho se conceda a partir del 28 de febrero de 2014, que fue la fecha indicada por el Consejo Médico Forense.

No obstante, a pesar de la afirmación de este último órgano, la Sala considera que no se trata de una invalidez sobrevenida, que permita conceder el derecho a partir de un momento diferente al del reclamo en sede administrativa. Del estudio de las pruebas practicadas durante el proceso, resulta evidente



que la invalidez del demandante se dispuso por su padecimiento de trastorno afectivo orgánico, que fue el mismo que invocó para reclamar la pensión ante la Caja.

En efecto, en la resolución denegatoria se estableció como padecimiento principal un trastorno depresivo recurrente, pero se indicó que no cabía fijar porcentaje de incapacidad alguno hasta que se determinara la imposibilidad de curación. En la demanda, el accionante adujo que tiene trastornos mentales y del comportamiento, con marcadas dificultades de tipo social e integración, como temores y fobias de difícil manejo. Como se indicó, fueron las mismas enfermedades referidas ante la Caja, las que fueron valoradas en sede judicial para declarar su invalidez.

Salvamento de voto- aclaración de voto	N.A.
Magistrado que salva o aclara voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	N.A.
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.

### Ejemplo de sentencia en Argentina.

Corporación	Cámara Federal de la Seguridad Social
Sala o sección	Sala 2
Tipo de providencia	Sentencia definitiva
Radicación	Causa nº12983/2015
Fecha de la providencia	N.A.
Magistrado ponente	Emilio Lisandro Fernández
Tema principal	Denegación de jubilación por invalidez por no cumplir con los requisitos
Subtemas	N.A.
Otros temas	N.A.

## NORMA FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN

LEY 13.478

CONSTITUCIÓN NACIONAL

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

## HECHOS RELEVANTES

El dictamen de la Comisión Médica Central determinó que el peticionante presenta un porcentaje de incapacidad del 8.55% a los fines previsionales, por lo cual denegó el beneficio al no reunir los requisitos exigidos en el artículo 48, inciso a) de la ley 24.241.

Conforme surge a fs. 64 de autos, el Tribunal dispuso la remisión de las actuaciones al Cuerpo Médico Forense.

Del informe del perito médico surge que el titular presenta hipoacusia perceptiva, R.V.A.N. Grado II/III, monocular reeducado que, aplicando el factor complementario de nivel educativo y el factor compensador, le genera una incapacidad del 60,09% de la TO. Se informa que dicha incapacidad es incompatible con las tareas denunciadas (operario textil).

## PROBLEMA JURÍDICO

N.A.

## CONSIDERACIONES

Conforme a la doctrina sentada en autos: "HORMAECHE PARDO, RAFAEL S/ Jubilación por Invalidez" sent. Del 26/3/91 en el sentido de que "La existencia de una minusvalía del 66% no es un requisito ineludible para que sea concedida la jubilación por invalidez y puede ser dejada de lado por los magistrados judiciales al ponderar las demás condiciones económico sociales del sujeto, tales como el tipo de tareas y la repercusión que tienen las afecciones en su desempeño laboral".

Dicho criterio aún se sostiene en el régimen establecido por la ley 24.241, al expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Castillo Teófilo Marcelino C/ ANSES S/ Jubilación por invalidez (sent. Del 05/02/08) en el cual sostuvo que la exigencia del 66% de minusvalía física no debe ser tomada de manera rigurosa y con prescindencia de los fines tutelares de la legislación previsional.

Si bien el médico consultado no establece el porcentaje de incapacidad indicado para acceder al beneficio, la normativa vigente no descarta la posibilidad de que incapacidades de menor grado sean en algún caso relevantes para declarar la invalidez total en los términos de la ley previsional. Ello porque la incapacidad total debe valorarse con relación a la aptitud profesional de cada persona, teniendo en cuenta que en materia de previsión o seguridad social es esencial cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, por lo que no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con suma cautela (C.S.J.N p.454 XX PENNA BORES, Lucas Silvano c/Gob. Nacional. M. de Comercio y otros sent. Del 28/7/87).

Nos enseña la doctrina que la invalidez es un estado o situación de hecho que origina la protección previsional frente a la acción o interacción de una o más formas de incapacidad legalmente previstas (Brito Peret y Jaime, "Régimen Previsional Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", pág. 286), por lo que en el caso que nos ocupa no corresponde efectuar un análisis riguroso de las leyes previsionales, dejando de lado la situación concreta y particular".

A ello cabe agregar que la C.S.J.N. en la causa Valdez Ángel Miguel c/ Siembra A.F.J.P.s/ retiro por invalidez sent. de fecha 23/11/04, ha dicho que “en materia de jubilación por invalidez no hay que atenerse exclusivamente al aspecto psicofísico para determinar los elementos que conforman el concepto de incapacidad previsional, aseveración válida aún en el marco del sistema integrado de jubilaciones y pensiones (conf. Fallos: 323:2235), máxime frente al deber de actuar con extrema prudencia que tienen los jueces cuando se trata de juzgar peticiones vinculadas a la materia previsional (Fallos: 310:1000; 315:376, 2348, 2598, 319:2351, entre otros), debiendo considerarse especialmente la posibilidad de reinserción laboral y la índole de las actividades desarrolladas.

Por último, cabe agregar que en numerosas oportunidades la Corte ha manifestado que la seguridad social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, y el apego excesivo de las normas, sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela con que deben ser juzgadas las peticiones vinculadas con la materia previsional (Fallos: 308:567; 310:2159; 313:79; y 247 y 323:2235, entre otros).

En consecuencia, entiendo que una interpretación exegética del texto legal llevaría a dejar en total desamparo a una persona que no está en condiciones de procurarse el sustento diario, y que, por ello no puedo propiciar, sino que se revoque el dictamen de la Comisión Médica Central, teniendo por acreditada la incapacidad requerida para el otorgamiento del beneficio en cuestión.

Salvamento de voto- aclaración de voto	N.A.
Magistrado que salva o aclara voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	N.A.
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.

### Ejemplo de sentencia en Ecuador.

Corporación	Corte Nacional de Justicia del Ecuador
Sala o sección	Sala de lo Contencioso Administrativo
Tipo de providencia	Recurso Extraordinario De Casación
Radicación	Recurso de casación No. 531-2010
Fecha de la providencia	22 de mayo de 2012
Magistrado ponente	Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia
Tema principal	Renta vitalicia por incapacidad

Subtemas	N.A.
Otros temas	N.A.
Norma fundamento de la decisión	Reglamento de riesgos de trabajo
Hechos relevantes	<p>El actor mediante recurso de plena jurisdicción o subjetivo, impugna el acto administrativo contenido en el Acuerdo No 080495 C.N.A. del 16 de julio del 2008, dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que confirma el Acuerdo No 028-CPCL de 30 de abril de 2008, emitido por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Loja del IESS; y, que a su vez confirma el Acuerdo No 2008-RT-040 de 19 de febrero del 2008 dictado por la Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo del IESS, <b>acuerdos que establecen conceder al actor la renta mensual vitalicia por incapacidad permanente total de USD 750,00</b> pagaderos a partir del 01 de diciembre del 2005, fecha inmediata posterior al cese definitivo.</p> <p>El 24 de junio del 2010, a las 09h46, los jueces y jueza del Tribunal Distrital No 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, expidieron sentencia aceptando la demanda planteada por el señor Reinaldo Fuentes Cárdenas, se declaró la ilegalidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No 080495 C.N.A. del 16 de julio del 2008, dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS; y en consecuencia dicha Sala del Tribunal dispuso que la entidad demanda pague al actor una pensión mensual vitalicia por incapacidad permanente para el trabajo de USD 2.311,32 desde la fecha del accidente del trabajo.</p> <p>Con fecha 28 de julio del 2010, Director Provincial del Guayas del IESS, interpone recurso de casación, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, contra la sentencia ya referida del Tribunal Distrital No 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.</p> <p>Afirma el recurrente, en lo principal, que el fallo impugnado, interpretó erróneamente los artículos 183 del Estatuto Codificado del IESS; 32 del Reglamento General de Riesgos del Trabajo; y, las disposiciones transitorias décima primera, décima segunda y décima cuarta de la Resolución No C.D. 100 de 21 de febrero de 2006.</p>
Problema jurídico	<p>El tema a decidir se circunscribe a determinar si la sentencia expedida por el Tribunal Distrital No 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, que aceptó la demanda planteada por el señor Reinaldo Fuentes Cárdenas, declarando la ilegalidad del acto administrativo objeto de la litis, incurrió en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, al haber interpretado erróneamente dicho Tribunal en sentencia, los artículos 183 del Estatuto Codificado del IESS; 32 del Reglamento General de Riesgos del Trabajo; y, las disposiciones transitorias décima primera, décima segunda y décima cuarta de la Resolución No C.D. 100 de 21 de febrero de 2006.</p>
Consideraciones	<p>El artículo 183 del Estatuto Codificado del IESS, decía: <i>“Se considera 6 incapacidad permanente total aquella que inhiba al asegurado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión u oficio habituales. Para su determinación, la Comisión Valuadora exigirá los estudios médicos, socio-económicos y ergonómicos necesarios por parte de las Unidades Médicas del IESS,</i></p>

*canalizados por medio del Departamento de Medicina del Trabajo de las respectivas Divisiones y oficinas de Riesgos del Trabajo de las Direcciones Regionales. Declarada esta incapacidad, el asegurado recibirá una renta mensual equivalente al 80% del promedio mensual de sueldos o salarios del último año de aportación o del promedio mensual de los cinco mejores años, si éste fuere superior”.*

El artículo 32 del Reglamento General de Riesgos del Trabajo, a la fecha del litigio rezaba (Resolución No 741): *“Cuando el riesgo del trabajo produjere incapacidad permanente total, cuyo dictamen corresponde a la Comisión de Valuación de las Incapacidades, el asegurado tendrá derecho a una renta mensual equivalente al 80% del promedio mensual de los sueldos o salarios del último año de aportación o del promedio mensual de los cinco años de mayor aportación si éste fuere superior; renta que se pagará desde la fecha de ocurrencia del siniestro, con exclusión del período subsidiado. En todo caso, las pensiones mensuales de incapacidad permanente total no podrán ser inferiores a la remuneración mínima vital ni superiores al monto equivalente a seis salarios mínimos vitales, dentro de la respectiva categoría ocupacional del trabajador de acuerdo con la Ley y Estatutos del IESS...”*

Por otra parte, las disposiciones transitorias décima segunda y cuarta de la Resolución No C.D. 100, dictada por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el 21 de febrero del 2006, dicen: *“Décima Segunda: La pensión máxima inicial para quienes cesaron y solicitaron la jubilación a partir del 27 de septiembre del 2005, será de setecientos cincuenta dólares (USD 750); y, para quienes cesaron y solicitaron la jubilación a partir del 31 de diciembre de 2005 será de setecientos ochenta dólares (USD 780).”* Décima Cuarta: ... Las regulaciones de pensiones mínimas y máximas iniciales y en curso de pago para el seguro de invalidez, vejez y muerte, se aplicará también para el Seguro de Riesgos de Trabajo en el caso de rentas por incapacidad permanente total o absoluta.

En virtud de lo anterior y de conformidad con el análisis probatorio debemos indicar que resulta improcedente que el actor de la causa principal, señor Reinaldo Iván Fuentes Cárdenas pretendiera seguir gozando de los derechos económicos que por ley le corresponden por concepto de renta mensual por incapacidad permanente total, si aún se mantenía trabajando y recibiendo un subsidio del IESS en sus aportaciones mensuales; y por otra parte, que se establezca un monto mayor al determinado en la disposición transitoria segunda de la Resolución No C.D. 100 del 21 de febrero de 2006, ya referida. Por tal el valor a percibir por concepto de pensión por incapacidad permanente total, y la fecha de pago en virtud de las disposiciones transitoria décima segunda y cuarta de la Resolución C.D. 100 de 21 de febrero de 2006 y del artículo 32 del Reglamento de Riesgos de Trabajo, sería el establecido en el Acuerdo No 080495 C.N.A. del 16 de julio del 2008, suscrito por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, determinándose de este modo, la legalidad dicho Acuerdo.

Salvamento de voto- aclaración de voto	N.A.
Magistrado que salva o aclara voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	N.A.
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.



Linea Jurisprudencial.  
Pensión de Sobrevivientes.

02





La pensión de sobrevivientes tiene características, requisitos, beneficiarios y desarrollos jurisprudenciales comparables en Colombia, Ecuador, Argentina y Costa Rica. En tal virtud la línea jurisprudencial se presenta con base en el estudio de más de 80 providencias que permitieron seleccionar 18 sentencias relevantes en los (4) países sobre reglas de derecho presentes en los sistemas jurídicos de referencia, las cuales denotan además la aplicación de principios constitucionales como expresión de los procesos de constitucionalización de la seguridad social.

Entre los temas que tienen grados de comparación interesantes que facilitaron la aplicación de principios y derechos de rango constitucional, se pueden mencionar a) los requisitos de la pensión estructurados con base en la dependencia económica, b) los beneficiarios concebidos principalmente dentro del grupo familiar directo, y c) la convivencia simultánea que ha tenido importantes referencias en los últimos años.

El documento se presenta describiendo las referencias legislativas básicas e indispensables para la comprensión de la materia y el desarrollo jurisprudencial correspondiente, permitiendo construir una narrativa que une y separa distintas providencias a través de líneas conceptuales que evidencian similitudes y diferencias, sobre temas y normas comparables.

## Colombia: (Pensión de Sobrevivientes)

El sistema general de seguridad social integral en pensiones se compone de dos grandes subsistemas; el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. La ley 100 de 1993 desarrolla los sistemas, consagra la pensión de sobrevivientes en los artículos 46, 47 en el régimen de prima media, 74 en el régimen de ahorro individual y demás normas concordantes, los cuales disponen:

*“LEY 100 DE 1993  
(diciembre 23)  
Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993*

*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*

(...)

LIBRO I.

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

TÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

(...)

## CAPÍTULO IV.

### PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

#### ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*

*PARÁGRAFO 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66<sup>3</sup> de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

*El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que, a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.*

#### ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

*Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

<sup>3</sup> “ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo<sup>4</sup>. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

d) *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;*

e) *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.*

**PARÁGRAFO.** *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."*

**ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo (se entiende que además de la esposa o el esposo serán igualmente beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido). Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

<sup>4</sup> Esto, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán igualmente beneficiarios, la compañera o el compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente (en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente las parejas del mismo sexo cuya condición se acreditaba por parejas heterosexuales) e hijos con derecho (entendiendo que se aplica igual en los casos de adopción de uno o más hijos con el pensionado fallecido), serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) 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.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."

La Corte Constitucional en Sentencia C - 1176 del 2001 destacó que el objetivo fundamental de la pensión de sobrevivientes es la protección de la familia y que el cumplimiento de ciertos requisitos se explica dentro de las nociones de justicia y legitimidad de la prestación. La providencia explicó:

"El objetivo fundamental perseguido por los preceptos demandados, tal como lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, es el de proteger a la familia.

En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar".

Por su parte, el Alto Tribunal expuso los requisitos para convertirse en beneficiario de la pensión de sobrevivientes y así en Sentencia T - 316 de 2011 señaló que sólo es necesario que la entidad de previsión social verifique el parentesco de los reclamantes y la dependencia económica:

"Se tiene entonces, que la legitimación para reclamar los derechos prestacionales que surgen con ocasión de la muerte de un afiliado al sistema, está radicada en cabeza de sujetos calificados por la ley, esto es el cónyuge supérstite, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad incapacitados para laborar en razón de sus estudios o los hijos inválidos de cualquier edad, siempre y cuando hayan dependido económicamente del causante.

Luego para que una entidad de previsión social otorgue el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes sólo debe verificar el parentesco entre los reclamantes y el causante, así como la dependencia económica frente al mismo. Del tenor literal de las normas señaladas, no se extrae ninguna otra condición. Quiere decir lo anterior, que una vez ocurridas las situaciones fácticas que dan origen a la pensión de sobrevivientes y verificado el cumplimiento de los requisitos por parte de los beneficiarios, debe entrar la entidad llamada al pago a reconocer el derecho prestacional".

En relación al requisito de la convivencia que exige la prueba de 5 años de vida marital según las previsiones contenidas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 la Sentencia T - 154 del 2015 menciona 5 mecanismos de acreditación así:

"A su vez, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los compañeros permanentes para efectos pensionales pueden demostrar su convivencia a través de "(i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley".

Respecto a los beneficiarios y el orden de su prelación la Corte Constitucional ha señalado desde el 2007 que para que los padres puedan ser beneficiarios es necesario que concurren dos aspectos, el primero es que no se haya reconocido un mejor derecho; y el segundo que exista una dependencia económica. En la sentencia T - 740 del 2007, se reitera el derecho de los padres y los hermanos sino existen otros beneficiarios con base en el principio de irrenunciabilidad de la seguridad social previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, así:

*“No puede ser otra la conclusión a la que se llega porque es la interpretación que más se ajusta al texto constitucional, como quiera que el artículo 48 superior parte del supuesto de que la seguridad social es un derecho irrenunciable, que se fundamenta en los principios de solidaridad y universalidad del servicio público. En igual sentido, el artículo 46 de la Carta dispone que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”. En tal virtud, en caso de que los beneficiarios preferentes no logren demostrar que reúnen los requisitos establecidos en la ley para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, es lógico deducir que los padres o los hermanos que dependían económicamente del causante pueden acceder a dicha prestación económica”.*

La Sentencia T- 049 del 2010 reitera el orden de prelación previsto en la legislación y señala la necesidad de acreditar la condición de beneficiarios legales de la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera:

*“Ahora bien, para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, además de cumplirse con los requisitos generales previstos en la ley, debe acreditarse por parte de los miembros del grupo familiar del causante, la condición de beneficiarios legales a partir del orden de prelación señalado en las disposiciones vigentes. Dicho orden se encuentra establecido en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, que recogen lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los siguientes términos:*

*Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*(...)*

*Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. (...)*”

Sobre la convivencia simultánea la sentencia C - 1035 del 2008 por la cual se declaró condicionalmente exequible el siguiente aparte del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993:

*“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.  
(...)*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo (...)*”

La Corte Constitucional explicó el alcance de la disposición atacada en el entendido que además de la esposa(o) serán igualmente beneficiarios, la compañera(o) permanente además de especificar que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Por su parte la Sentencia T – 046 de 2016 señala el derecho a la pensión de los beneficiarios en caso de convivencia simultánea, resaltando que la controversia debe ser dirimida por la jurisdicción y que, según las circunstancias relacionadas con la convivencia en los últimos años de vida, la pensión sería distribuida proporcionalmente según los tiempos de convivencia o en partes iguales. Dentro de esta evolución, la misma Corte auto referenció su jurisprudencia, y en especial citó la Sentencia T - 301 del 2010, explicando el tema así:

*“Los vacíos de la norma citada fueron puestos en evidencia por el Consejo de Estado, al desatar una controversia originada entre la cónyuge y la compañera permanente de un pensionado de la Policía Nacional que acreditaban convivencia simultánea con el causante. La Sección Segunda del Consejo de Estado, “bajo un criterio de justicia y equidad”, resolvió distribuir en partes iguales la pensión de sobrevivientes entre las peticionarias. El Consejo de Estado reiteró la línea jurisprudencial sentada por esta corporación en la sentencia T-1103 de 23 de agosto de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Al respecto, recordó:*



En la sentencia T-190 de 1993 se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional, de la siguiente manera:

*“La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, párrafo 1º). La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”*

*“El Consejo de Estado señaló que tanto el cónyuge como el compañero(a) permanente tienen igual derecho a disfrutar la pensión de sobrevivientes en razón a que “los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente y a que el artículo 42 de la Constitución Nacional protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho.”*

Y, con base en la jurisprudencia referenciada la Corte Constitucional dos conclusiones de la siguiente forma:

*“Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede llegar a dos conclusiones: (i) siempre que haya controversia sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional, en razón a que el (la) cónyuge y (el) la compañera (o) permanente, o las (los) dos compañeras (os) permanentes del causante han demostrado convivir con este en periodos de tiempo diferentes o de forma simultánea, quien debe dirimir el asunto es la jurisdicción competente; y (ii) la controversia por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional también se puede presentar entre cónyuge y compañera (o) permanente del causante, o entre dos compañeras (os) permanentes. En tales casos, con base en la sentencia de constitucionalidad citada, ambos reclamantes deben demostrar la convivencia simultánea con el causante en sus últimos años de vida, para que la pensión de sobrevivientes*

*o la respectiva sustitución pensional, pueda ser reconocida a los dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o, pueda ser reconocida a ambas (os) en partes iguales con base en criterios de justicia y equidad”.*

Ahora bien, en la Sentencia T – 236 de 2016 la Corte Constitucional hace una reiteración de su jurisprudencia y señala que en caso de convivencia simultánea en los últimos (5) años antes del fallecimiento del causante entre cónyuge y el compañero(a) permanente la pensión será dividida entre ambas(os) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido:

*“En síntesis, la Corte Constitucional estableció que en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo, el compañero o compañera permanente, prestación que se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. Ahora bien, cuando no exista simultaneidad en la convivencia, la Corte estableció que la porción será dividida en partes iguales (50% para cada uno) siempre que el causante no haya disuelto o liquidado su sociedad conyugal, y el cónyuge o la cónyuge comprueben haber convivido por más de 5 años durante cualquier tiempo, regla que será aplicada en el caso concreto.”*

*(...) En este punto es importante precisar que mediante sentencia C-1035 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo”, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*Mediante sentencia C-1094 de 2003, la Corte declaró ajustada a la Carta la exigencia de cinco años de convivencia al compañero permanente para beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, al señalar que constituían una garantía que favorece a los demás miembros del grupo familiar y que la fijación de este tipo de condiciones a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes no atentaba contra los fines y principios del sistema, enfatizando que el término de convivencia por cinco años la estableció el legislador para “evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes”.*

Por su parte, debe resaltarse que la Corte Constitucional en Sentencia C-336 del 2014 decretó la exequibilidad de la expresión final del artículo 47 literal b), el cual indica que:

*“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.  
(...)”*

*La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;(...).*

La Corte Constitucional en Sentencia C - 1094 de 2003 con base en el principio de solidaridad, declaró conforme al derecho a la igualdad la diferenciación realizada con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes menores de 30 años, explicando que estimaba razonable y suficiente un término de 20 años para realizar las correspondientes cotizaciones encaminadas a la obtención su propia pensión.

*“(...) la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite en razón de la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el sistema general de pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión.*

*De tal manera que esa disposición no vulnera el derecho a la igualdad por cuanto los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no están en el mismo plano frente a las personas mayores de esa edad o con hijos procreados con el pensionado fallecido. Menos aún se vulnera el principio de unidad de materia por cuanto la legislación emitida en aspectos de seguridad social corresponde a los mandatos incorporados en el artículo 48 de la Constitución y no en el artículo 42, como lo estiman los actores. Tampoco se vulnera el derecho a la seguridad social pues sus mandatos se ajustan a los preceptos contemplados en el artículo 48 de la Carta Política, que reconoce una amplia libertad de configuración en estas materias. Por ello, desde la óptica propuesta por los accionantes, los literales a) y b) no vulneran, en lo demandado, los artículos superiores invocados en su demanda.”*

## Costa Rica: (Pensión de Viudez y Orfandad)

En Costa Rica la Constitución en el artículo 73 prevé la competencia para regular los seguros de invalidez, vejez y muerte en cabeza de la Caja Costarricense del Seguro Social. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 12-005848-000-7-CO del 4 de Julio de 2012 en una acción de inconstitucionalidad explicó:

*“II.- DE LA COMPETENCIA DE LA CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL PARA DICTAR NORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LOS DIVERSOS REGÍMENES DE PENSIÓN. Ya con anterioridad, y en forma reiterada en este sentido, entre otras, ver las sentencias números 3853-93, 1059-94, y 0378-2001-, esta Sala ha considerado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política, le confiere a la Caja Costarricense del Seguro Social la “administración y gobierno de los seguros sociales”; lo cual implica para esa institución, una especie de autonomía administrativa y de gobierno, que le permite regular, por vía reglamentaria, lo relativo a la administración de los seguros sociales; en otros términos, implica el conferimiento de competencias especiales en la reglamentación de la administración de esta materia, precisamente en lo que se refiere a la definición de los requisitos, beneficios y condiciones de ingreso de cada regímenes de protección, competencia que es desarrollada en lo dispuesto en los artículos 1, 3 y 14 de la Ley Constitutiva de la Caja, que en lo que interesa disponen: “Artículo 1.- La Caja es una institución autónoma a la cual le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales. Los fondos y las reservas de estos seguros no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. (...)”*

El Reglamento de la Caja Costarricense de Seguridad Social denominado “Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte” en el cual se desarrollan los regímenes y sus modalidades, regula a la pensión de viudez en el artículo 9 y la pensión de orfandad en el artículo 12 de la siguiente forma:

“REGLAMENTO DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE  
(...)”

Requisitos para acogerse a la pensión por Viudez

Artículo 9º

Tiene derecho a pensión por viudez:

1) El cónyuge del asegurado fallecido o de la causante según las siguientes condiciones:

a) El cónyuge sobreviviente que haya convivido en forma continua y bajo el mismo techo y además haya dependido económicamente del fallecido.

b) Cuando hubiere separación judicial, el cónyuge sobreviviente deberá probar que el asegurado fallecido le satisfacía una pensión alimenticia otorgada por sentencia firme en una cuantía acorde con las necesidades básicas de subsistencia. En casos de separación de hecho, el cónyuge sobreviviente deberá demostrar que el causante satisfacía efectivamente una pensión alimenticia. Se entenderá cumplido este requisito si se comprueba que la pensión que realmente pagaba el causante al momento de su deceso satisfacía al menos el 50% de las necesidades del beneficiario.

2) La compañera o compañero económicamente dependiente del asegurado fallecido que al momento de la muerte haya convivido al menos tres años con él o ella y siempre y cuando la convivencia sea continua, exclusiva y bajo el mismo techo, según calificación y comprobación de los hechos que hará la Caja.

En el evento de que no existiere cónyuge ni compañera o compañero en las condiciones de los incisos 1) y 2) de este artículo, la Gerencia de la División de Pensiones podrá otorgar el beneficio de pensión por muerte, previo al estudio y recomendación por parte de la Dirección Administrativa de Pensiones, a la compañera o compañero del fallecido (a) que haya mantenido una relación estable y sostenida con el causante y que haya existido dependencia económica absoluta y total al momento del fallecimiento, lo cual se entiende en el sentido de que el único ingreso que percibía la compañera o compañero provenía del fallecido.

En los casos contemplados en el punto número 1, inciso a, y en el punto número 2, la dependencia económica será determinada con base en las condiciones de cooperación y mutuo auxilio establecidas en el artículo 11º del Título I del Matrimonio, Capítulo I, y los artículos 34º y 35º d el mismo Título, Capítulo V del Código de Familia.

(...)

Requisitos para acogerse a pensión por Orfandad

Artículo 12º

Tienen derecho a pensión por orfandad los hijos que al momento del fallecimiento cumplan con los siguientes requisitos, según calificación y comprobación de los hechos que en cada caso hará la Caja:

a. Los solteros menores de 18 años de edad.

b. Los menores de 25 años de edad, que sean solteros, no asalariados y estudiantes que cumplan ordinariamente con sus estudios, para lo cual deberán acreditar semestralmente la matrícula respectiva.

c. Los inválidos, según los términos de los artículos 7º y 8º de este Reglamento, independientemente de su estado civil.

d. En ausencia del cónyuge del asegurado (a) o pensionado (a) fallecido (a), los hijos mayores de 55 años, solteros, que vivían con el fallecido, siempre que no gocen de pensión alimenticia, no sean asalariados y no tengan otros medios de subsistencia, en razón de limitaciones físicas, mentales o sociales, según determinación que en cada caso hará la Caja.

Los hijos no reconocidos ni declarados como tales en virtud de sentencia judicial, tienen derecho si la Gerencia de la División de Pensiones, con base en la investigación respectiva, determina que existió evidente posesión notoria de estado. Lo mismo será aplicable a los hijos extramatrimoniales póstumos, caso en el cual la citada Gerencia hará la correspondiente declaratoria de posesión notoria por reconocimiento de vientre.

En todo caso la Gerencia de la División de Pensiones únicamente podrá declarar la posesión notaria de estado, cuando existiere la posibilidad de que el solicitante fuere el hijo biológico”.

Acerca de la división pensional, el artículo 10 del reglamento de invalidez, vejez y muerte indica que cuando concurren al reclamo el/la cónyuge y el compañero (a) permanente la Caja otorgará de manera igualitaria la pensión.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia explica que la dependencia económica se enmarca dentro de las obligaciones de cooperación y mutuo auxilio y resalta que no debe entenderse con carácter absoluto o total. En Sentencia 00620 del 17 de junio del 2016 se indicó:

*“IV. - SOBRE EL REQUISITO DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA EN LA PENSIÓN POR VIUDEZ. Asegura la parte recurrente que no procede conceder la pensión por viudez a la actora al no haberse comprobado su dependencia económica respecto del asegurado fallecido. Señala que, por el contrario, ella contaba con ingresos muy superiores a los del difunto, y con los aportes de sus hijos, lo que le permite satisfacer sus necesidades personales. Este argumento no puede ser admitido. Esta Sala, y la Constitucional, han sostenido el criterio que la dependencia económica del cónyuge superviviente no debe entenderse como una de carácter absoluto o total, sino que ésta viene determinada con base en las obligaciones de cooperación y mutuo auxilio establecidas en los artículos 11, 34 y 35 del Código de Familia. Ha de señalarse que estamos ante la aplicación de un seguro contributivo, el cual cuenta con características diferentes al de un sistema meramente asistencial. Por tanto, el criterio de dependencia económica a que se hace referencia, no puede interpretarse en el sentido que anule la protección que la misma ley pretende, siendo que “como bien, lo señaló este Tribunal Constitucional en el Voto No. 378-2001 (sic) que “El importe de la pensión pretende sustituir la ayuda que el fallecido otorgaba a las personas que de él dependían, sean o no cónyuges, de manera que no queden en una situación de indigencia.” Distinto sería si se tratara de una pensión del régimen no contributivo de pensiones, en el que, por el estado de necesidad económica, el traspaso de esa pensión tiene como objetivo no dejar en estado de abandono y necesidad al cónyuge superviviente o al grupo familiar. Tratándose del régimen contributivo al que pertenece el seguro de invalidez, vejez y muerte, la pensión por viudez viene a sustituir el aporte económico que hacía el asegurado fallecido al núcleo familiar, con independencia de su magnitud respecto del aporte que realiza el cónyuge sobreviviente.”*

En el mismo orden de ideas las reglas jurisprudenciales relevantes, con base en la finalidad protectora de la pensión de viudez, precisaron en esta sentencia el carácter no absoluto de la dependencia económica señalando que basta con que se demuestre que el fallecido realizaba algún aporte económico para la manutención de los gastos del núcleo familiar así:

*“Partiendo de las consideraciones esbozadas, se concluye que la finalidad de la pensión por viudez del seguro de invalidez, vejez y muerte es proteger al cónyuge sobreviviente y al núcleo familiar por la disminución de ingresos producto de la supresión del aporte económico que realizaba el asegurado fallecido, con independencia de si éste es el único o mayor al proveído por el cónyuge superviviente. No obstante, dado que, la norma no establece, expresamente, como requisito que la dependencia económica debe ser absoluta, este Tribunal considera que no resulta contraria al Derecho de la Constitución. Lo anterior, siempre que se interprete que*

*la dependencia económica exigida no es total o absoluta, si no basta con que el interesado demuestre que el fallecido realizaba alguna aportación económica para la manutención de los gastos del núcleo familiar”.*

Por otra parte, la jurisprudencia ha indicado que los beneficios permanecen, en ciertas situaciones, a pesar de que el vínculo matrimonial y la convivencia desaparecan. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia 00070 del 28 de febrero del 2013 expuso:

*“Ahora bien. Sucede que en la vida de relación entre esposos y esposas, o convivientes, el vínculo matrimonial o la convivencia desaparecen, mas ello no puede significar que el derecho a los beneficios del régimen han de seguir únicamente a la persona cotizante, sobre todo, como en este caso, cuando la terminación de la convivencia marital devino por una enfermedad que hacía insoportable la vida en común, debido al alcoholismo del causante; sin embargo, no es cierto que por esa circunstancia ella no dependiera del jubilado o que no necesitara de esa pensión alimentaria que él estaba obligado a brindarle como cónyuge. De acuerdo con el artículo 34 del Código de Familia, dentro de las obligaciones que surgen del matrimonio está el socorrerse mutuamente; y el marido dice el 35 siguiente es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia, sobre todo, como en este caso, cuando la organización económica adoptada en el seno familiar ubica al marido como el principal proveedor y a la esposa como la encargada del cuidado y la atención de sus miembros. El vínculo matrimonial de la actora con el señor Chavarría Mora se mantuvo vigente hasta la muerte del jubilado pues no se constató la existencia de un divorcio entre ellos; de modo que, a su muerte, aún subsistía aquella obligación de socorro mutuo, a pesar de que esta no fuera cumplida cabalmente por el obligado. Como se dijo, la dedicación de la actora, durante toda su vida, a la atención y el cuidado de su familia, sin lugar a dudas le limitó a ella la posibilidad de acceder a una formación técnica o profesional; o bien, al mercado laboral y consecuentemente a una jubilación por derecho propio.”*

## Argentina (Pensión por fallecimiento)

El sistema de seguridad social de Argentina regula la pensión por fallecimiento dentro del sistema integrado de jubilaciones y pensiones previsto en la ley 24.241 de 1993, en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad de la siguiente forma:

“SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES  
Ley 24.241

(...)

*Pensión por fallecimiento. Derechohabientes*

Artículo 53. — *En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:*

- a) *La viuda.*
- b) *El viudo.*
- c) *La conviviente.*
- d) *El conviviente.*
- e) *Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad.*

*La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraran incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad.*

*Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derecho habiente estuvo a cargo del causante.*

*En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante se hallasen separados de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.*

*El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o él o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.”*

Por su parte, la Resolución 1290 de 1994 reglamenta el artículo 53 de la ley 24.241 y establece las diferentes posibilidades de prueba de la convivencia pública así:

“ARTICULO 53. — REGLAMENTACIÓN:

1. *La convivencia pública en aparente matrimonio durante los lapsos exigidos en el artículo que se reglamenta, podrá probarse por cualquiera de los medios previstos en la legislación vigente.*
2. *La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socioculturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente.*
3. *Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público.*
4. *Si el causante hubiera optado por permanecer en el Régimen de Reparto, la prueba podrá sustanciarse ante la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL o mediante información sumaria judicial, con intervención necesariamente de aquélla y demás terceros interesados cuya existencia se conociere. Si el causante estuviera comprendido en el régimen de capitalización, la prueba deberá sustanciarse mediante información sumaria judicial, con intervención necesaria de la administradora de fondos de jubilaciones y pensiones en la que se encontrara incorporado, y de todo otro tercero interesado cuya existencia se conociera.*

Ahora bien, como puede observarse en la legislación argentina se prevé una regulación precisa que dirime las posibles controversias relativas al reparto de la pensión por fallecimiento entre el cónyuge supérstite y el conviviente, dependiendo de la culpabilidad en la separación o divorcio.



Respecto al punto de la división pensional la Corte Suprema de Justicia acogió el dictamen del Procurador General de la Nación en fallo "Recurso de hecho deducido por Leonor Bernadina Oliver en la causa Oliver, Leonor Bernardina c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", en donde se expuso la imposibilidad de violar los derechos adquiridos de la viuda a favor de la conviviente, así:

*"Es que, si bien la autoridad previsional, estimó probada su convivencia con el ex jubilado en aparente relación matrimonial, consideró que al encontrarse gozando la viuda de la prestación resultaba aplicable el artículo 6°, de la ley 23.570, en cuanto preceptúa que en ningún caso la decisión que se dicte -respecto de la posibilidad que otorga la norma al viudo o los convivientes para acceder a los beneficios- podrá dejar sin efectos derechos adquiridos (cf. dictamen obrante a fs. 48/49)."*

### **Ecuador (Pensión de Viudez y Orfandad – Beneficio Montepío)**

La ley 55 proferida en 2001 y modificada por última vez en el 2014 "Ley de seguridad social" en el artículo 193 regula los requisitos mínimos para que se cause el derecho a los beneficios del montepío, y en particular, el artículo 194 prevé la pensión de viudez, el artículo 195 la pensión de orfandad y el artículo 196 consagra a los padres como otros beneficiarios del derecho cuando no se acredita el derecho de pensión de viudez o de orfandad. Las normas citadas prevén:

*"LEY DE SEGURIDAD SOCIAL*

*Ley 55*

*Registro Oficial Suplemento 465 de 30-nov-2001*

*Última modificación: 10-feb-2014*

*Estado: Vigente*

*(...)*

*TITULO III*

*DEL RÉGIMEN SOLIDARIO OBLIGATORIO*

*(...)*

*CAPITULO CUATRO*

*DE LAS PENSIONES DE VIUDEZ, ORFANDAD Y OTROS*

*Art. 193.- REQUISITOS MÍNIMOS. - Causará derecho a los beneficios del montepío el jubilado en goce de pensión de invalidez o vejez, o el asegurado activo que al momento de su fallecimiento tuviere acreditadas sesenta (60) impositivas mensuales por lo menos.*

*Art. 194.- DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ. - Acreditará derecho a pensión de viudez:*

*a. El cónyuge del asegurado o jubilado fallecido;*

*b. El cónyuge de la asegurada o jubilada fallecida; y,*

*c. La persona que sin hallarse actualmente casada hubiere convivido en unión libre, monogámica y bajo el mismo techo, con el causante, libre también de vínculo matrimonial, por más de dos (2) años inmediatamente anteriores a la muerte de éste. Si no hubiere los dos (2) años de vida marital al menos, bastará la existencia de hijo o hijos comunes.*

*No tendrá derecho a pensión de viudez el cónyuge del beneficiario de jubilación de vejez por edad avanzada, si la muerte de éste acaeciere antes de cumplirse un (1) año de la celebración del enlace.*

*No habrá derecho a pensión de viudez si más de una persona acredita ante el IESS su condición de conviviente del causante.*

*Perderá el derecho a pensión de viudez quien contrajera segundas nupcias o entrare en nueva unión libre.*

*Art. 195.-DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD. - Tendrá derecho a pensión de orfandad cada uno de los hijos del afiliado o jubilado fallecido, hasta alcanzar los dieciocho (18) años de edad. También tendrá derecho a pensión de orfandad el hijo o la hija de cualquier edad incapacitado para el trabajo y que haya vivido a cargo del causante.*

*Art. 196.-OTROS BENEFICIARIOS. - A falta de viuda o viudo, conviviente con derecho, e hijos, tendrán derecho a montepío los padres del asegurado o jubilado fallecido, siempre que hayan vivido".*

El artículo 193 ya citado se refiere a los beneficios de "montepío" el cual definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua así: "1 m. depósito de dinero, formado ordinariamente de los descuentos hechos a los individuos de una corporación, o de otras contribuciones, para socorrer a sus viudas y huérfanos. 2 m. pensión que se recibe de un montepío".<sup>5</sup> De la definición anterior podemos concluir que la naturaleza de la pensión o del beneficio es la de solventar necesidades que puedan presentarse por la familia después de la muerte del trabajador perteneciente al montepío.

<sup>5</sup> <http://dle.rae.es/?id=PjAw3G>



En sentencia 002-15-SAN-CC la Corte Constitucional recuerda la naturaleza del montepío, su carácter temporal y su finalidad encaminada a superar una situación de vulnerabilidad a la que se ven sometidas las viudas y los huérfanos que lo necesiten:

*“En este punto es preciso entonces hacer una referencia específica a la propia naturaleza de la pensión de montepío. Así, si acudimos a la definición entregada por la Real Academia de la Lengua encontraremos que el montepío consiste en un “depósito de dinero, formado ordinariamente de los descuentos hechos a los individuos de un cuerpo, o de otras contribuciones de los mismos, para socorrer a sus viudas y huérfanos” (negritas fuera del texto original). En otras palabras, el montepío es un beneficio económico entregado a la familia directa de titular fallecido para proteger y ayudar a quienes, ante su muerte, han quedado en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, aquello no significa necesariamente que el beneficio sea perpetuo, pues dependiendo de las circunstancias y las condiciones de cada caso, la vulnerabilidad puede ser temporal y por tanto superada. En consecuencia, esto significa que la normativa especializada puede prever condiciones y requerimientos para el otorgamiento del montepío, precisamente para garantizar que este cumpla con su cometido de permitir superar la vulnerabilidad en la que se han visto inmersas las viudas y/o los huérfanos”.*

De la misma manera, la providencia objeto de análisis destaca que el beneficio se entrega a la familia directa, evidenciando que es un derecho que no se extiende a posibles familias diferentes, y, además, como se prevé expresamente en la legislación, en especial en el inciso 3 del artículo 194 ya citado no hay derecho a pensión de viudez si más de una persona acredita ante el IESS su condición de conviviente del causante.

Por su parte, en relación con la pensión de orfandad la Corte Nacional de Justicia en decisión N° 327-2014, reiteró el requisito previsto en el artículo 195 de la ley de seguridad social sobre la “convivencia a cargo del causante” de la siguiente forma:

*“(…) esta sala especializada considera pertinente señalar que es su criterio que la interpretación que se le debe otorgar a la norma en el presente caso, debe ir encaminada a determinar si el señor Carlos Daniel Villavicencio pesantes cumple con los requisitos sine qua non establecidos en la norma, para otorgarle el derecho a recibir la pensión de orfandad, esto es que se encuentre o incapacitado para trabajar y el haber vivido a cargo del causante”.*

Igualmente, la providencia explica la necesidad de concurrencia de los dos requisitos, o sea, además de la convivencia a cargo del causante debe probarse que se encuentra incapacitado para trabajar. La Sentencia precisó:

*“esta sala especializada concluye que existe una errónea interpretación de la norma denunciada en virtud de que es evidente que el actor mantiene una fuente de ingresos provenientes de un trabajo, lo cual si bien es cierto no es suficiente para sustentar sus gastos, implica que no se encuentra incapacitado para el trabajo, por lo tanto, el requisito previsto en la norma para el otorgamiento de la pensión no se cumple”.*

## Conclusiones generales línea pensión de sobrevivientes

- Los sistemas de seguridad social en Colombia, Ecuador, Argentina y Costa Rica prevén la pensión de sobrevivientes con el fin de proteger al grupo familiar cercano que depende económicamente del causante. Así, la jurisprudencia de los cuatro países ha resaltado la existencia de esta prestación social como una garantía y prerrogativa de la familia en general, y de las obligaciones de ayuda, socorro y protección que son consustanciales a las uniones entre personas.
- De la misma forma, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado progresivamente el conjunto de beneficiarios de conformidad con la evolución constitucional que han tenido algunos derechos, en especial aquellos que contemplan desde hace ya varias décadas a las familias conformadas por personas sin el vínculo del matrimonio, empero estructuradas bajo la convivencia permanente. Igualmente, han reconocido el reparto de la prestación cuando existían múltiples relaciones.
- Es especialmente relevante el equilibrio que se evidencia en la jurisprudencia constitucional entre la protección de la familia y la sostenibilidad del sistema, particularmente cuando se reconoce el carácter de beneficiario a personas jóvenes en forma temporal, obligando a que se realicen aportes propios para acceder al derecho a la pensión una vez se completan los requisitos de manera autónoma.

- El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes dentro de los ordenamientos jurídicos de Colombia, Costa Rica, Argentina y Ecuador parten de varios puntos en común como lo es la dependencia económica existente, los beneficiarios que se encuentren dentro del grupo familiar y la verificación de la convivencia simultánea.
- En los diferentes países Argentina, Ecuador, Costa Rica y Colombia se reconoce la figura de la pensión de sobrevivientes bajo diferentes denominaciones, en Costa Rica se hace referencia la pensión por orfandad o pensión por viudez, en Argentina se encuentra bajo el nombre de pensión por fallecimiento y en Ecuador se pensión de viudez y orfandad y el beneficio de montepío. Pero en todos los países el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes surge como una figura jurídica para garantizar y proteger el derecho a la seguridad social y a la vida digna de las personas.

El estudio se realiza con base en el análisis de las sentencias proferidas en los cuatro (4) países a través de las herramientas metodológicas propuestas consistentes en las fichas jurisprudenciales, las cuales por su extensión se anexan al presente estudio en un medio digital (CD). A continuación, se incorporan a título de ejemplo cuatro (4) fichas jurisprudenciales correspondientes a los cuatro países objeto de estudio: Argentina, Colombia, Costa Rica y Ecuador.

## Ejemplo de sentencia en Colombia.

Corporación	Corte Constitucional de Colombia
Sala o sección	PLENA
Radicación	182
Fecha de la providencia	10 DE ABRIL DE 1997
Magistrado ponente	Hernando Herrera Vergara
Tema principal	Pensión de sobrevivientes
Subtemas	Extinción de la pensión de sobrevivientes
Otros temas	Pensión de sobrevivientes para fuerzas militares y policía nacional
Norma fundamento de la decisión	Artículos 46 y s.S., 279 De la ley 100 de 1993, artículo 13 de la carta política
Hechos relevantes	El ciudadano Jorge Enrique Osorio Reyes promovió ante la Corte Constitucional, demandas contra los artículo 188 (parcial) del decreto 1211 de 1990, 174 (parcial) del decreto 1212 de 1990, 131 (parcial) del decreto 1213 de 1990 y 125 (parcial) del decreto 12154 de 1990, que fueron acumuladas en providencia del 12 de septiembre de 1996.
Problema jurídico	Verificar si las normas atacadas que tratan la extinción de la pensión de sobrevivientes (contraer nuevas nupcias o hacer vida marital), consagran un tratamiento legal preferente y discriminatorio para cónyuges supérstites que no han optado por contraer nuevas nupcias ni hacer vida marital, quienes si conservan el derecho a la pensión, lo cual vulnera el derecho a la igualdad, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges sobrevivientes.
Consideraciones	<p>La pensión de sobrevivientes, es un derecho fundamental de carácter legal que el estado está en obligación de garantizar en relación con el pago oportuno y a reajustarla periódicamente.</p> <p>La condición resolutoria de la pensión para el sobreviviente, según las normas atacadas, señalan que la prestación desaparece para familiares de oficiales o suboficiales de las fuerzas militares o de la policía nacional, los empleados civiles del ministerio de defensa o de la policía nacional que gocen de la prestación cuando quien es favorecido contrae nuevas nupcias o hace vida marital, situaciones ambas que no están descritas así para trabajadores cobijados por el sistema integral de seguridad social (ley100 de 1993).</p> <p>La ley 100 de 1993 artículo 46 y s.s. no hacen referencia a la resolución de la prestación, frente a las circunstancias antes dichas, de lo anterior señala la Corte que es deducible que la pensión es de carácter vitalicio para los beneficiarios, de esta comparación deduce que la Corte que efectivamente existe una clara violación al artículo 13 de la carta política al establecerse un privile-</p>

gio para quienes han optado por mantenerse en estado de viudez y frente a quienes han decidido hacer nueva vida marital o contraer nupcias.

Sin razón constitucional se coloca con los preceptos atacados ponen en situación de desventaja desfavorable a lo que son cobijados por la ley 100 de 1993 y frente a quienes no se extingue el derecho por aquellas circunstancias.

Para la Corte no existe razón valedera para justificar diferenciación entre personas que se encuentran en una misma situación fáctica, además que no debe importar situaciones de carácter personal como es el hecho de contraer nuevas nupcias o hacer vida marital nueva.

Salvamento de voto- aclara voto

N.A.

Providencia de auto referencia

Sentencia C-588 DE 1992

Sentencia reiterativa

Sentencia C-309 DE 1996

Comentarios

N.A.

## Ejemplo de sentencia en Costa Rica.

Corporación

Corte Suprema de Justicia

Sala o sección

Sala Constitucional

Tipo de providencia

De fondo

Radicación

962

Fecha de la providencia

14 de noviembre del 2008

Redactor

Zarella María Villanueva Monge

Tema principal

Pensión por viudez

Subtema

Pensión de la caja costarricense, el mutuo auxilio entre los conyugues

Otros temas

N.A.

Norma fundamento de la decisión

Artículo 9 del reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte de la caja costarricense de seguro social.

Hechos relevantes

El Sr. Carlos Luis Carmona Vizcaíno, presento proceso ordinario contra la caja costarricense de seguro social el 14 de noviembre del 2014 para que en sentencia se condene a la demandada al pago de una pensión por el régimen de invalidez.

Los señores Luis Carmona y María Magda Borge Reyes, contrajeron matrimonio el 24 de octubre de 1979.

El cónyuge falleció el 20 de marzo de 2006.

El 21 de abril de ese año, el señor Vizcaíno gestionó en la vía administrativa una pensión por la muerte de su esposa.

La trabajadora social encargada del caso rindió su informe el 29 de junio siguiente, exponiendo las siguientes conclusiones: *"a) la señora Magda Borge Reyes era casada con el señor Luis Carmona, de la unión matrimonial no existen hijos; b) en el momento del deceso ella estaba residiendo con su esposo solamente; c) la señora Borge era pensionada, su ingreso se destinaba para sus necesidades en salud y deudas. no se logra comprobar la dependencia económica de su cónyuge para con ella, por el hecho que él también contaba con ingresos y los gastos del hogar logran ser cubiertos con el ingreso del causante..."* En consecuencia, la profesional recomendó denegar tanto la solicitud de don Luis Carmona Vizcaíno.

Con fundamento en lo anterior, el 30 de junio del 2006 la sucursal de la c.c.s.s. ubicada en Guadalupe emitió la resolución n° 800530146-06-01, rechazando la petición de pensión por viudez hecha por el señor Carmona.

Don Luis, objetó esa decisión, pero la gerencia de la división de pensiones de la entidad accionada, por resolución n° 44728 del 14 de noviembre del 2006, desestimó la apelación al tener por acreditado que el solicitante no dependía económicamente de la fallecida; quedando así agotada la vía administrativa.

El 14 de febrero del 2007, el señor Carmona Vizcaíno demandó en la vía ordinaria laboral a la institución aseguradora para que se le obligase a otorgarle una pensión por viudez, retroactiva a la fecha en que la solicitó en sede administrativa, el pago de los intereses legales sobre las rentas no pagadas y ambas costas del proceso. Señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del reglamento de invalidez, vejez y muerte, cumple con los requisitos ahí establecidos, argumentando que lo asila, una dependencia económica con base en las condiciones de cooperación y mutuo auxilio, de los artículos 11, 34 y 35 del código de familia.

La sentencia de primera instancia, declaró con lugar la demanda la demanda disconforme con lo resuelto, presentó recurso de apelación, y el tribunal de trabajo, sección segunda, del segundo circuito judicial de San José, confirmó la sentencia de primera instancia.

## PROBLEMAS JURÍDICOS

Corresponde a derecho, a las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica, la interpretación que hace la caja costarricense de la normatividad.

Es efectivamente el aporte con el contribuía la causante con el hogar par a poder hablar de una dependencia económica de su conyugue.

## CONSIDERACIONES

Se analiza el tema de la dependencia económica, al ser este un requisito esencial para el otorgamiento del beneficio, señala la Corte el voto de la misma cámara número 1 del 10 de enero de 2007 en donde se indica que de la simple lectura de la ley se pueden extraer los requisitos necesarios para tener el derecho a la pensión por viudez en el caso de matrimonio, se reitera que la dependencia económica y la continua convivencia bajo un mismo techo (cohabitación). Pues son requisitos para aminorar las contingencias presentadas de aquellas personas que ante el hecho (la muerte del asegurado o jubilado)

se ven desamparadas y que dependían económicamente de los aportes generados por el causante.

Señala la Corte que el beneficio de la pensión no es un derecho que surge inmediatamente con la muerte de la persona, es un beneficio autónomo que se concede cuando se cumplen las exigencias mínimo de la ley.

Indica la Corte que independientemente que haya una separación o no entre los conyugues que se aplique el punto a) o el b) del inciso primero del artículo 9 del reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte, lo cierto es que ambos supuestos exigen la comprobación de la dependencia económica del consorte sobreviviente respecto del fallecido.

La dependencia se determina con base en las obligaciones de cooperaciones y mutuo auxilio establecidas en el código de familia, mientras en caso de la separación de hecho la dependencia económica consiste en el pago de una pensión alimentaria que puede consistir en una ayuda voluntaria, que represente por lo menos el 50 % de las necesidades del quien se reputa beneficiario.

La Corte consideró el informe emitido por el ente estatal que como resultado de la investigación social determinó que tanto el actor como su cónyuge siempre contaron con recursos económicos suficientes para hacerle frente a sus gastos, y no existe prueba que demuestre que, durante la vida marital, el demandante dependía de su esposa.

Recalca la Corte que la dependencia económica propugnada por la caja supone la falta absoluta de ingresos por parte del conyugue supérstite, sin embargo, la sala segunda de la Corte Suprema considera que no es necesario que exista una falta absoluta dependencia económica.

En resolución 314 del 99 señaló la Corte:

*“La circunstancia de que la actora contribuyera con los gastos generados por su propio hogar, vendiendo muebles viejos, en nada perjudica su derecho porque en modo alguno puede sostenerse que por ésta razón contara con los medios económicos suficientes que le permitieran, con holgura, su subsistencia, prescindiendo del aporte brindado en vida por su esposo.”*

En resolución 517 del 2002 la Corte dijo:

El hecho de que la actora haya laborado durante todo el tiempo de la relación marital no puede eliminar la existencia de la dependencia requerida; pues está claro que se trataba de personas cuyas labores no eran calificadas; y, las remuneraciones de ambos, podían resultar apenas suficientes para hacerle frente a las necesidades básicas del hogar”.

En resolución 01-de 2007 se señaló por parte de la Corte:

*“La dependencia económica, no implica, necesariamente, que tenga que existir una relación de dependencia absoluta. Si el monto de la ayuda que el asegurado brinda es insuficiente, no puede pretenderse que el dependiente sobreviva único y exclusivamente con ese monto, sacrificando necesidades básicas y elementales del núcleo familiar, y negarse precisamente por esa necesidad de sobrevivir que impone la búsqueda de un medio de vida, el derecho a la pensión que se solicita*



*(...). así las cosas y considerando que don José Arístides disfrutaba de una pensión por invalidez desde el 4 de julio de 1993, consistente en la suma de €34.537,35 al 22 de diciembre de 2000, (folio 18 del expediente administrativo) y que de ésta le suministraba a la actora una suma mensual aproximada de tres mil quinientos colones (folio 109) se comprende la necesidad que tuvo la actora de proveerse de ingresos propios para poder satisfacer sus necesidades así como aceptar la ayuda económica de sus hijas. De este modo, no puede obviarse que de contar únicamente con ese aporte se habrían descuidado sus necesidades básicas aun cuando puede desprenderse que la suma que ésta percibía por su trabajo como lo aportado por las hijas conforme a sus salarios, no era un monto que les permitiera poder prescindir del aporte del causante. en consecuencia, sería a todas luces, además de ilegal, irracional e injusto que a pesar de sus exiguas entradas económicas, ahora se pretendiera negarle la pensión a la que tiene derecho, pues si constitucionalmente la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido merecen la protección del estado y los seguros sociales tienen por fin la seguridad para el trabajador y su familia, en las situaciones de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte (artículos 51 y 53 de la carta magna), no es justo privar a la viuda del derecho a suceder a su marido en la pensión que aquel recibía y, de ese modo, sustituir la ayuda que en vida recibía de él."*

La Sra. Nancy Castillo Bolívar declaró: *"...la investigación social logra informar que en el grupo familiar de don Luis y doña Magda, en el hogar existe ingreso por concepto de pensión de ella, y el salario de don Luis, el señor trabajaba en una carnicería, el aportaba económicamente a la casa, ambos aportaba económicamente para cubrir necesidades, reportándose como gastos del hogar el pago de recibos de agua, luz, municipalidad, teléfono, compra de alimentos, pago de una deuda por una lavadora y servicio de televisión por cable, además de gastos particulares de doña Magda tales como medicamentos e ella, y productos para el bienestar personal, deudas de ella. Los pagos de servicios eléctricos, agua, ambos aportaban al hogar, a la hora que se determina los costos de gastos propios del hogar sumaba aproximadamente la suma de noventa y ocho mil colones mensuales.*

*Con respecto a los gastos propios de la señora en medicamentos y deudas, sumaba ciento setenta mil colones, la investigación revelaba que las necesidades de subsistencia del solicitante, podía ser cubiertas gracias a su salario y que en buena parte el ingreso de doña Magda se destinaba a sus gastos particulares. La pensión de doña Magda era de ciento sesenta mil colones, y en el caso de don Luis, el indica un salario de ciento cuarenta mil colones al mes aproximadamente. (...)"*

La Corte consideró que la contribución entregada por la causante hacia parte de un proyecto de vida común que se alteró con la muerte de la esposa.

Recuerda la Corte el objetivo de la pensión que no es otro que el de paliar la situación gravosa para quien pretende el beneficio, se indica que en el matrimonio los ingresos de la pareja marital se unifican para sufragar necesidades juntas, no resultaría lógico pensar que en la relación marital cada conyugue atiende con sus ingresos sus propias necesidades.

La Corte considera que los aportes realizados por la Sra. Borge Reyes eran de gran importancia para solventar las necesidades básicas de manera tal, que, al deceso de ésta, y a falta del ingreso que aportaba, la situación económica en relación al actor se vio directamente desmejorada, razón por la que, considera esta sala, que la pensión que el señor Carmona Vizcaíno reclama debe otorgarse, debiendo confirmarse la sentencia recurrida.

Salvamento de voto- aclaraciones de voto	N.A.
Magistrado de salvamento de voto o aclaración de voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	Resolución 314-99, 517-02, 1059-04, 1-07, 552-07
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.

### Ejemplo de sentencia en Argentina.

Corporación	Corte Suprema de Justicia De La Nación
Sala o sección	N.A.
Tipo de providencia	Proceso ordinario, recurso extraordinario
Radicación	400
Fecha de la providencia	09 de agosto del 2016
Ponente	N.A.
Tema principal	Derecho de la ex conyugue separado a participar en el cobro del beneficio y el derecho de la viuda del matrimonio en segundas nupcias del causante a cobrar íntegramente la pensión
Subtema	Beneficio de pensión en condición de viuda
Otros temas	
Norma fundamento de la decisión	Ley 19.349 Artículo 101, inciso a)
Hechos relevantes	<p>Ángela I. Monteverde de Serrano solicitó el beneficio de pensión en su condición viuda de Esteban Martin Serrano, quien falleció el día 27 de enero de 1998.</p> <p>Juana Gladys Guzmán pidió con posterioridad ser incluida en la prestación reclamada por la Sra. Ángela, lo cual fue concedido por resolución dictada el 30 de abril de 1999 por el director de la gendarmería nacional.</p> <p>Debido a la concesión favorable de la gendarmería nacional a la petición de la Sra. Juana Gladys, la Sra. Ángela I. Monteverde promovió contra la gendarmería nacional una demanda ordinaria buscando que se le reconociera como única esposa del causante y, en consecuencia, se le pague integralmente la pensión.</p> <p>-</p>

La sala b de la cámara federal de apelaciones de rosario confirmó la sentencia de primera en la que se condenó a gendarmería nacional a pagar íntegramente a la Sra. Ángela Monteverde el beneficio de pensión, igualmente declaró la nulidad de la resolución del 30 de abril de 1999 y señaló que las diferencias ilegítimas por el descuento deben ser abonadas desde que cada una de ellas fuera practicada.

Contra el pronunciamiento de la cámara, la Sra. Juana Gladys interpuso recurso extraordinario el cual fue rechazado en cuanto la arbitrariedad.

### Problemas jurídicos

La problemática que surge del caso en cuestión es verificar si la Sra. Juana Gladys a luces de la ley 19.349 tiene derecho a la pensión en calidad de viuda aun cuando se encontraban separados al momento del fallecimiento del causante.

### Consideraciones

La cámara sostuvo que la normatividad aplicable al caso en concreto (ley 19.349 en su artículo 101), designa como única titular del beneficio a la esposa, sin contemplación ninguna a posibles concurrencias de "ex esposas".

El Sr. Esteban Martin Serrano al momento del fallecimiento se encontraba divorciado de la Sra. Juana G. Guzmán y casado legalmente con la Sra. Ángela Monteverde, quien sería legítimamente la única esposa con real derecho de cobrar el haber íntegro de la pensión, pues a juicio de la Corte ninguna relación jurídica vinculaba al sr. Martin Serrano con la Sra. Juana G. Guzmán.

Señala que el instituto previsional de pensión, tiene como fin cubrir los riesgos de subsistencia frente a una situación de desamparo y de ancianidad, proporcionando el sustento necesario para su manutención a quien recibió la asistencia del causante en vida.

La cámara otorgó de una simple interpretación literaria el derecho de cobro exclusivo a quien no solo había cuidado del causante en los últimos años de su vida, sino que poseía el carácter de "esposa" al momento de su fallecimiento.

Concluye la Corte señalando que la ex conyugue fue desafilada de la obra social del causante con la sentencia de divorcio, y además no se acredita que el Sr. serrano después del divorcio hubiese continuado pagando cuota alimentaria.

#### **Dictamen del sr, procurador fiscal:**

El 22 de agosto de 1979 se declaró la separación del causante y que en esa ocasión se homologó el acuerdo por el cual se le confirió la tenencia de las hijas y se dispuso que su ex esposo abonara una cuota alimentaria mensual la cual se incrementaría conforma los salarios que percibiera.

Señala que el pago fue cumplido hasta la muerte del causante.

La Sra. Juana expone que el detonante para que la pareja se separe fue el que su ex marido en ese entonces (el causante), le ocasionara lesiones graves, añade que el causante el 15 de septiembre de 1992, el ex suboficial contrajo segundas nupcias con la Sra. Monteverde.

Señala el procurador fiscal que es necesario precisar por parte de la Corte que,

los efectos de la culpa de ambos conyugues, regulaban sus consecuencias civiles.

Pero que no traían inmerso la pérdida del beneficio de pensión cuando uno de los conyugues había conservado el derecho a percibir alimento, haciendo necesario que se demuestre una efectiva pensión alimentaria.

La Corte ha señalado que el juzgador no debe sujetarse en forma estricta a las previsiones del derecho de familia, puesto que, en el campo de la seguridad social, en el cual lo esencial es cubrir los riesgos de subsistencia, ancianidad, de los recaudos formales del derecho común no deben requerirse con rigor extremo.

El procurador fiscal consideró que debe declararse formalmente admisible el recurso y revocar la sentencia impugnada.

### Salvamentos de voto- aclaraciones de voto

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en la disidencia formulada en el pronunciamiento dictado en el precedente csj "parets" (fallos: 329:2830), a cuyas consideraciones corresponde remitir por razón de brevedad.

Por estas razones considera se debe declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto.

### Magistrado de salvamento de voto o aclaración de voto

Sra. vicepresidenta Dra. Elena i. Houghton de Nolasco

### Salvamentos de voto- aclaraciones de voto

Considera que se debe desestimar el recurso extraordinario interpuesto.

### Magistrado de salvamento de voto o aclaración de voto (disidente)

Señor presidente Dr. Ricardo Luis LORENZETTI

### Providencia de autoreferencia

FALLOS: 329:2830

### Sentencia reiterativa

N.A.

### Comentarios

N.A.

## Ejemplo de sentencia en Ecuador.

### Corporación

Corte Constitucional del Ecuador

### Sala o sección

Sala Plena

### Tipo de providencia

Dictamen sobre consulta de constitucionalidad (SCN)

### Radicación

006

### Fecha de la providencia

27 de mayo del 2015

Ponente	Wendy Molina Andrade
Tema principal	Derecho a la salud
Subtema	Pensión de Montepío
Otros temas	N.A.
Norma fundamento de la decisión	Numeral 7, artículo 11 numeral 2, 4 y 8, artículo 32, 34, 48, 66 numeral 2, 3; artículo 87 (derechos a la vida digna, la integridad personal, la salud, la seguridad social y los derechos de las personas con discapacidad), artículo 132, 424, 425 de la constitución política, artículo 27, 28 y 33 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional
Hechos relevantes	La unidad primera de contravenciones de Quito elevó consulta a la Corte Constitucional, a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 195 y 196 de la ley de seguridad social, y del artículo 18 y la disposición octava del reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte. la consulta se dio a partir de la acción de protección n.º 17151-2012-2050, seguida por la señora Laura Elena Urresta Burbano, en contra del instituto ecuatoriano de seguridad social, I.E.E.S.
Problema jurídico	<p>La consulta de norma planteada por el juez de la unidad judicial primera de contravenciones del cantón Quito, ¿cumple con los parámetros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, ¿la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y los principios interpretativos dictados por la Corte Constitucional, dentro del control concreto de constitucionalidad?</p> <p>La aplicación de la norma enunciada en la disposición general octava del reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte a una persona con discapacidad que le impida trabajar, que con anterioridad a la muerte del causante dependía económicamente únicamente de los ingresos de este último y del montepío de su otro progenitor, ¿contraviene los derechos a la vida digna, la integridad personal, la salud, la seguridad social y los de las personas con discapacidad, en conexión con las prohibiciones de restricción y regresividad, así como los principios de aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales, ¿de igualdad y prohibición de discriminación?</p> <p>La aplicación de la norma enunciada en la disposición general octava del reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte a una persona con discapacidad que le impida trabajar, que con anterioridad a la muerte del causante dependía económicamente únicamente de los ingresos de este último y del montepío de su otro progenitor, ¿contraviene los principios de supremacía constitucional, de jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico y de reserva de ley?</p> <p>¿Qué efectos prevé la Corte para la aplicación de la presente sentencia a casos futuros?</p>

## Consideraciones

El procedimiento para determinar la posibilidad jurídica de pronunciarse respecto de consultas de control de constitucionalidad se estima que debe ser preliminar al análisis de fondo y permite depurar el ordenamiento jurídico a la luz de principios y reglas constitucionales.

El artículo 436 de la constitución señala los requisitos para que una norma se considere adecuadamente motivada, los requisitos descritos en la norma son los siguientes:

“(…)

*b) la consulta de norma efectuada dentro del control concreto de constitucionalidad deberá contener:*

*identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta.*

*Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.*

*explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado [SIC]”.*

Después de determinar los requisitos legales para comprobar la adecuada motivación de una norma, la Corte verificó que efectivamente en el asunto a tratar se cumplen los requisitos planteados por la ley.

El reglamento interno del régimen de transición del seguro de vejez, invalidez y muerte indica que la frase “vivir a cargo” al igual que “total y permanente dependencia económica de los deudos respecto del causante”, se desprende su objetivo principal, el cual es la pensión por orfandad no se extienda a personas en estado de discapacidad cuando no basan su subsistencia enteramente en el ingreso del causante, pues la norma debe proteger a las personas que más lo necesiten.

La Corte cita el término de “derrotabilidad”, desarrollado por Antonio García Figueroa, para explicar cómo tesis respecto a la posibilidad de diferenciar principios y reglas, no como categorías distanciadas por diferencias de calidad, sino únicamente de grado, pues todos los enunciados pueden según el autor ser derrotados. Así, un enunciado será más derrotable en tanto mayor cantidad de excepciones nacidas de otro enunciado, se admitan a la regla.

El principio de igualdad y prohibición de discriminación, el enunciado constitucional de estos dos principios, ordenan a tratar a todos los sujetos de forma igual, mientras que el otro reconoce diferencias, como justificación de un trato diferente, el cual merece la misma protección.

El artículo 48 de la Constitución en su numeral 7 habla de las medidas de acción afirmativas a favor de las personas con discapacidad, las cuales tiene el objetivo de eliminar las fuentes de la desigualdad y conceder beneficios que compensen la realidad discriminatoria.



Otro campo que analiza la Corte es el de la desigualdad material que se presenta en las personas impedidas de trabajar, la cual tiene que ver con la discriminación socio-económica señala la Corte que para que exista una situación de discriminación es necesario que se cumplan con tres presupuestos a saber:

*“a) que se verifique una distinción o exclusión;*

*b) que dicha distinción o exclusión esté basada en una de las categorías establecidas en la constitución; y*

*c) que el objeto o resultado de dicha exclusión sea el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos constitucionales. [SIC]”*

La Corte considera que el último requisito debe ser leído a la luz de la igualdad material (en apariencia existen normas que no realizan ninguna distinción, pero que en los hechos si lo hacen).

Para el asunto en cuestión la norma no tiene la pretensión de generar una exclusión ilegítima, aunque en la realidad tenga otra implicación, se debe determinar si existe una disminución o anulación del nivel de protección que la norma prevé para personas discapacitadas y que ha vivido a cargo del causante.

El Juez señaló igualmente los principios de igualdad y prohibición de discriminación, este principio se refiere a que no es constitucional establecer una norma o ejercer una medida en contravención expresa a un derecho o una garantía constitucional.

Como consecuencia de lo anterior se concluye que la disposición general octava del reglamento interno del régimen de transición del seguro de vejez, invalidez y muerte contraviene los derechos a la vida digna, la integridad personal, la salud, la seguridad social y los de las personas con discapacidad, en conexión con las prohibiciones de restricción y regresividad, así como los principios de aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales, y de igualdad y prohibición de discriminación.

La Constitución de la República en su artículo 424 establece:

*“art. 424.- la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

*La constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. [sic]”*

Y su artículo 425 señala:

*“art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente- la constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas- las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos en caso de conflicto entre normas de distinta*

*jerarquía, la corte constitucional las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.*

*La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. [sic]”.*

En ambas normas se establece una estructura de los mecanismos de control constitucional.

Por lo que es necesario que exista una contravención de la norma legislativa o que esta anomalía se pueda advertir expresamente respecto de una regla o principio constitucional.

El análisis que se hace de control de constitucionalidad va encaminado a determinar si existe o no un deterioro en el estatus de protección constitucional, respecto a la cuestión en discusión estima la Corte que la disposición lesiona derechos constitucionales más allá de lo previsto por la norma legislativa.

Como último la Corte señala que el artículo 143 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional distingue entre efectos del control concreto de constitucionalidad, dependiendo de si el pronunciamiento se realiza respecto de determinada disposición o de su aplicación a ciertos casos.

La Corte señaló que el objeto para la aplicación del régimen se debe tener en cuenta, que el mismo, es el que la subsistencia de la persona incapaz que reclama el beneficio de montepío por incapacidad para trabajar, haya dependido económicamente del causante y de otra pensión por orfandad que hubiere venido percibiendo de cumplirse con tal hipótesis, se deberá interpretar que se ha cumplido con el requisito de la “...total y permanente dependencia económica...” respecto del causante.

Salvamento de voto- aclaración de voto	N.A.
Magistrado de salvamento de voto o aclaración de voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	Sentencia N.º 001-13-SCN-CC
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.

Linea Jurisprudencial.  
Principio de Progresividad.

03





El principio de progresividad se constituye como una prerrogativa dispuesta a nivel internacional para garantizar el respeto y protección de los derechos fundamentales y los derechos sociales, económicos y culturales.

Dentro de los cuatro (4) países objeto de este estudio (Colombia, Costa Rica, Argentina y Ecuador) se evidencian desarrollos a nivel constitucional y jurisprudencial impactando la concepción del Estado Social de Derecho.

Esta línea se construye con base en las disposiciones internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyas referencias relacionadas con la progresividad fueron incorporadas en los textos constitucionales y/o en las decisiones emitidas por los Tribunales de estos países.

De estos cuatro (4) países, Colombia permite evidenciar un desarrollo jurisprudencial robusto a través de múltiples pronunciamientos que han establecido como regla la progresividad de los derechos y la imposibilidad de regresión de las disposiciones normativas.

Se revisaron alrededor de 150 registros para escoger aproximadamente 30 pronunciamientos con el fin de poder destacar la aplicación de este principio en cada país y la relación e integración con otros principios en materia laboral y pensional para garantizar la protección de derechos.

Dentro del desarrollo descrito se partirá de la incorporación de este principio en los principales textos constitucionales de cada país, el alcance dentro de cada uno de ellos y la relación o el juicio que deberá realizarse en virtud de su aplicación.

En este sentido se establecerá el contenido y alcance del principio de progresividad y su comprensión como criterio y herramienta reconocida por el derecho nacional e internacional para resolver los conflictos que se puedan presentar en torno al reconocimiento y liquidación de las pensiones.

## Colombia.

El principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales y de no regresividad se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política que establece: *“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social (...)”*.

Este principio se encuentra regulado en normas de carácter internacional que hacen parte del bloque constitucional, particularmente en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* y en su artículo 11.1 que dispone: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia(...)”*.

De igual manera, la progresividad se ha venido implementando a través de los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, al igual que las observaciones generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en donde por ejemplo se han justificado la adopción de medidas regresivas una vez se hayan verificado diversas alternativas.

También se ha tenido en cuenta el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que establece: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*.

Adicionalmente se consagra dicho postulado en el artículo 4º del Protocolo de San Salvador, que establece que, *“No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”*.

De esta manera, la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores, reconociendo incrementos paulatinamente lo cual conlleva a que no se puede retroceder frente al nivel de protección conseguido. Igualmente se ha acogido dentro

de la jurisprudencia de la Corte la interpretación del principio de no regresividad que han dado los organismos internacionales.

A partir de estas disposiciones y del desarrollo jurisprudencial en la materia, se pueden detectar las siguientes reglas:

- Inaplicación de normas vigentes antes de su declaratoria de inexecutable cuando éstas vulneran el principio de progresividad y la consecuente prohibición de regresividad.
- Procedencia de la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales al no tenerse en cuenta el principio de progresividad y no regresividad o el efecto de una sentencia de control de constitucionalidad.
- Vulneración del principio de progresividad y no regresividad al exigir otros requisitos.

Frente a esta última regla, la Sentencia T-1102 de 2008 de la Corte Constitucional sostiene que en el evento en que se establezcan medidas regresivas en el término de vigencia de determinada norma podrían no ser aplicadas con el fin de salvaguardar el principio de progresividad. Un ejemplo claro al respecto es el aumento de requisitos para acceder a los derechos de seguridad social. Puntualmente señaló el Alto Tribunal:

*“En estos casos debe considerarse la inaplicación de normas vigentes, antes de su declaración de inexecutable, si éstas vulneran el principio de progresividad y la consecuente prohibición de regresividad, en materia de derechos de seguridad social. En efecto, quedando fuera de discusión el hecho de que las sentencias de control de constitucionalidad no tienen por regla general efectos retroactivos, sí es posible que la norma plenamente vigente antes de ser declarada inexecutable, se inaplique en casos concretos por vulnerar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad. En el caso del artículo 24 del decreto 2070 de 2003, resulta claro que estuvo vigente entre la fecha de su promulgación y la fecha de su inexecutable. No obstante, en consideración a que su contenido aumentó el requisito de los años de servicio activo que se deben acreditar para acceder a las mesadas pensionales de la asignación de retiro, de 15 a 18 años, resulta una medida regresiva. Lo anterior no quiere decir que estén prohibidas las medidas normativas que modifiquen los requisitos para acceder a ciertos derechos de seguridad en el sentido de hacerlos más estrictos. Sin embargo, dichas medidas deberán respetar el principio de progresividad y no regresividad y, en el caso concreto, debe además considerarse que la medida regresiva estuvo vigente sólo*

*de manera temporal, justamente, porque fue declarada inexecutable. Lo cual, implicaría una situación desfavorable para aquéllos a quienes se les aplicó la norma”.*

Ahora bien, en Sentencia T-509 de 2010 se incorpora al estudio el principio de favorabilidad como elemento significativo dentro del principio de progresividad. En este pronunciamiento también se analiza la obligación de realizar un test de proporcionalidad entre los principios de progresividad y de favorabilidad cuando se analiza el reconocimiento de derechos relacionados con la seguridad social para personas con protección especial, en este sentido la Corte Constitucional indicó:

*“El juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la enfermedad, y la fecha de su calificación, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales, y la aplicación del principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe aplicarse al caso concreto, además de que la persona pudo estar laborando y por lo mismo contribuyendo al sistema, aún después de estructurada su invalidez”.*

Frente al Derecho a la Pensión de Invalidez y el Principio de Progresividad a través de diversos pronunciamientos tales como las Sentencias T-1013/08, T-752/08, T-826/08, T-345/09, T-383/09, T-653/09, T-870/09, T-186/10 se ha determinado que en *“virtud de los principios de progresividad y no regresividad de la legislación en materia de derechos prestacionales, las medidas que pretendan disminuir o mermar la protección dada a un derecho de esa naturaleza, en principio, se presumirán contrarias a los artículos 48 y 53 de la Constitución y a las previsiones aplicables contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.*

Ahora bien, es importante destacar que para la Corte Constitucional todos los derechos fundamentales tienen contenidos prestacionales cuyo desarrollo está sujeto a los principios de progresividad y no regresividad:

*“La Corte Constitucional ha entendido que todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo. A diferencia de lo que solía afirmar parte de la*



*doctrina, para la Corte no es cierto que solamente los derechos económicos, sociales y culturales tengan contenidos prestacionales; los derechos civiles y políticos también requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos.*

*“Es importante resaltar que todo derecho fundamental exhibe dos facetas. La primera, entendida como una faceta de abstención, la cual hace mención a la protección del contenido del derecho mismo, impidiendo que terceros los transgredan o vulneren con conductas que vayan en contravía de éstos. La segunda, concebida como una faceta de acción, que determina los mecanismos idóneos para garantizar su goce efectivo, así como también estipula sobre quien recae la responsabilidad una vez éstos sean quebrantados.*

*En efecto, la jurisprudencia constitucional, de manera reiterada, ha sostenido la dimensión prestacional no sólo de algunos derechos constitucionales específicos, como, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de derechos relacionados con la libertad, derechos civiles y políticos fundamentales.*

*La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales<sup>6</sup>.”*

En este sentido en la Sentencia T-016 de 2007, la Corte precisó:

*“(…) todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad”.*

En este sentido para la Corte Constitucional cuando se trata de contenidos prestacionales, la expedición está condicionada al respecto y garantía de los principios de no discriminación progresividad y no regresividad.

De acuerdo con esta la jurisprudencia de la Corte Constitucional el principio de progresividad y no regresividad conlleva dos obligaciones: (i) La obligación del Estado de

ampliar la realización de todos los derechos fundamentales y (ii) La imposibilidad de reducir los niveles de satisfacción actuales.

Así las cosas, el alcance de este principio está determinado de la siguiente forma:

*“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional<sup>7</sup>.”*

Con el fin de evitar la aplicación de medidas regresivas para los sujetos de especial protección, la Corte admite acudir a la figura de excepción de inconstitucionalidad. En Sentencia T-221/06, expuso sobre el particular lo siguiente:

*“Resulta claro que la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a la situación fáctica concreta de la accionante, es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, habida cuenta de que se trata de una persona que pertenece a la tercera edad y que por fuerza de su situación económica y social se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social. Debe recalarse, para efectos de hacer explícita la precaria situación económica de la actora, que la vinculación de la accionante al sistema de seguridad social sucedió en edad posterior a la que el sistema de pensiones tiene como modelo de referencia para el acceso a la pensión de vejez, bajo el presupuesto de que existe una exigencia de cotización de 1000 semanas y se establece como edad mínima para acceder a la pensión de invalidez la de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, de lo cual se colige que el sistema da por supuesto que las personas deben vincularse a éste entre los 25 y los 40 años, para poder acceder al pleno de beneficios que de él se derivan, teniendo que el caso de la actora es atípico en relación con este modelo ideal de cotización al sistema, por cuanto la accionante se vinculó al mismo tan solo con posterioridad a la edad considerada para el acceso a la pensión, esto es, después de los 60 años de edad. Así las cosas, la norma tiene entre sus destinatarios a personas que deben ser sometidas a un tratamiento*

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretet.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

*privilegiado por el Estado y a una protección reforzada, de tal suerte que una vulneración al principio de progresividad afectaría en gran medida a este específico grupo poblacional, tornándose la norma inconstitucional para el caso concreto y requiriéndose la actuación del juez de tutela en el sentido de amparar los derechos fundamentales vulnerados inaplicando la norma en referencia. La norma, para el caso concreto, debe ser inaplicada por inconstitucional al vulnerar los artículos 13, 46 y 48 de la Carta Política relativos, en su orden, a la especial protección que merecen las personas en circunstancia de debilidad manifiesta, a la protección y asistencia que merecen las personas pertenecientes a la tercera edad, y al derecho a la seguridad social<sup>8</sup>.*

Ahora bien, frente al principio objeto de estudio, el alto Tribunal Constitucional desde diversas perspectivas ha reconocido su aplicación en diferentes tópicos incluyendo los relacionados con materia pensional, dentro de los cuales se pueden destacar:

- Sentencias T-043/07 y C-035/05: La adopción de medidas que implique un retroceso en el ámbito de protección vulnera el principio de progresividad, razón por la cual se establece la obligación de garantizar la sujeción de las disposiciones a este principio.
- Sentencias T-989/10, T-247/11 y T-482/11: Violación al principio de progresividad en materia de derechos pensionales (Pensión de Invalidez y requisito de fidelidad).
- Sentencias T-1030/08, T-752/08 y T-186/10. Aplicación del principio de progresividad (Pensión de Invalidez).
- Sentencias T-043/07, T-641/07, T-069/08, T-653/09 y T-383/09: Incremento de los requisitos para tener acceso es una medida regresiva. (Pensión de Invalidez).
- Sentencias T-043/07, T-018/08, T-383/09, T-580/07, T-1072/07, T-103/08, T-104/08, T-110/08, T-145/08, T-791/08 y T-217/09: Compatibilidad de normas y el principio de progresividad (Pensión de invalidez).
- Sentencia C-1017/03: Aplicación del principio de progresividad.
- Sentencias C-507/08, C-428/09, C-556/09, C-333/93, C-335/94, C-663/07, T-345/09, T-383/09, T-846/09 y C-228/11: se regula el principio de progresividad sobre el contexto de los derechos sociales constitucionales.

- Sentencias T-755/10, T-048/10 y T-491/10: Desarrollan el principio de progresividad enfocado sobre el derecho a la seguridad social y en sentencias.

- Sentencias C-177/05, T-594/06 y C-727/09: principio de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales y su consagración dentro de la Constitución y en instrumentos internacionales.

El principio de progresividad en derechos sociales ha sido expuesto en múltiples fallos, como por ejemplo en la Sentencia C-182/10, que puntualmente señala frente a este principio y a la no regresividad consagra:

*“La jurisprudencia constitucional vertida por esta Corporación se ha referido al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía prima facie de no regresividad de los mismos, señalando que es obligación del Estado avanzar constantemente en la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Ciertamente, la Corte ha explicado que el trabajo no es sólo un derecho de carácter fundamental, sino también de carácter social, con unos contenidos legales mínimos, y en cuanto tal es de desarrollo progresivo, siéndole aplicables el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales –PIDESC– y el Protocolo de San Salvador, que prescriben el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad”.*

Así mismo frente al principio de la no regresividad se ha señalado que es una prohibición *prima facie* y no absoluta, en la mencionada sentencia, la Corte Constitucional indica:

*“Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima facie y no absoluta. Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad”.*

<sup>8</sup>En igual sentido se puede verificar las sentencias T-345/09, T-383/09, T-826/08.

Sin embargo, se reitera que no es absoluta la prohibición de retrocesos, tal como se puede evidenciar en los fallos C-177/05, T-594/06 y C-428/09 de la Corte Constitucional.

Otro aspecto de amplio debate y para el cual ya existe una regla de derecho clara que permita su definición es lo relativo a la aplicación del principio de progresividad en el caso de derechos adquiridos, meras expectativas y expectativas legítimas. Del precedente constitucional y en particular de la Sentencia C-228/11 se determina que no se debe ampliar el principio de progresividad cuando son meras expectativas. La evolución de la jurisprudencia en estos puntos ha considerado lo siguiente:

En materia pensional la Corte ha sido clara y contundente en aplicar el principio de progresividad y prohibición de regresividad.

En primera instancia se acepta la presunción de inconstitucionalidad, pero se utiliza por parte de la Corte Constitucional un “test de no regresividad” mediante el cual se realiza el control estricto de constitucionalidad a través de la verificación de la proporcionalidad de este retroceso.

Se ha analizado esta aplicación verificando si los retrocesos normativos operan frente a “meras expectativas” o a frente “derechos adquiridos” estableciendo con base en el principio de la confianza legítima una categoría intermedia de protección que ha denominado “expectativa legítima”.

Dentro de estos pronunciamientos señalo el Alto Tribunal: *“La Corte estableció que únicamente se podía aplicar el principio de no regresividad en materia de pensiones cuando se trataba de derechos adquiridos y no de meras expectativas. Así por ejemplo en la Sentencia C-168 de 1995 en donde la Corte hizo el control de constitucionalidad de algunos apartes de los artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, en los cuales se aumentaba la edad y el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez, se disminuía el monto de ésta, y se creaba un régimen de transición en donde se aplicaban algunos de los elementos del régimen anterior a quienes se encontraban más cerca de cumplir con la edad para la jubilación. En este caso la Corte estableció la regla de que el principio de progresividad no se debe aplicar en materia de pensiones cuando se trata de “meras expectativas”, ya que dicho principio solo se puede aplicar cuando se trata de derechos plenamente consolidados o adquiridos”.*

Dentro de la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002 se define lo que se entiende por expectativas legítimas, referenciándolas de la siguiente manera: *“que se refiere a que en determinados casos se puede aplicar el principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales de los trabajadores cuando se trata de un cambio de legislación abrupto, arbitrario e inopinado, que lleven a que se vulnere el derecho al trabajo de manera desproporcionada e irrazonable”.*

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional indica la aplicación de una regla general en las siguientes situaciones y de la siguiente manera:

1. Sobre un derecho adquirido el principio de no regresividad se aplica siempre con base en el artículo 58 de la C.P.
2. Sobre meras expectativas el juez constitucional tiene que valorar si se trata de una expectativa legítima o no.
3. Para determinar si es una expectativa legítima se debe verificar si la modificación de la normatividad es desproporcionada, abrupta y arbitraria y no tuvo en cuenta los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto en consonancia con los derechos de confianza legítima (art. 83 de la C.P) y protección especial del trabajo (art. 25 de la C.P).

Por su parte, La Corte Suprema de Justicia reitera su posición en el sentido de que no obstante la progresividad que soporta el reconocimiento de los derechos de carácter prestacional tal característica no es un concepto absoluto tal y como la ha definido la Corte Constitucional, por el contrario, en virtud del principio de solidaridad entre otros valores constitucionales, el carácter progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe ser coherente con la sostenibilidad financiera, señaló la Corte Suprema<sup>9</sup> en el fallo citado, que:

*“... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto, sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema.*

<sup>9</sup>En esta Sentencia se reitera lo sostenido en el fallo del 2 de septiembre de 2008, radicación 32765, que se ratifica es el fallo que se cita y en la decisión del 31 agosto de 2010, radicación 42011.

*“El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que, en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana”.*

*“Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que ‘3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada”.*

*“La deliberada voluntad del legislador en las reformas introducidas al sistema pensional con las leyes 797 y 860 de 2003, propenden a asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo”.*

Esta posición ha sido ratificada de forma invariable en las sentencias que se citan a continuación:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas. Referencia: Expediente No. 39792 Acta No. 21 Bogotá, D.C. veintidós (22) de junio de dos mil diez (2010).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Elsy Del Pilar Cuello Calderón Radicación No. 41970 Acta No. 22 Bogotá, D.C. doce (12) de julio de dos mil once (2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas. Referencia: Expediente No. 40884 Acta No. 30 Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 37857 Acta No.40 Magistrado Ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez Bogotá, D.C. tres (3) de noviembre de dos mil diez (2010).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 42625 Acta No.08 Magistrado Ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez Bogotá, D.C. quince (15) de marzo de dos mil once (2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Elsy Del Pilar Cuello Calderón Radicación No. 41970 Acta No. 22 Bogotá, D.C. doce (12) de julio de dos mil once (2011).

Ahora bien, en Sentencia cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz Referencia: Expediente N° 42166 Acta N° 23 Bogotá, D. C. diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011) se recoge la regla señalada sobre el carácter no absoluto de la progresividad de los derechos sin embargo en el fallo se presenta un Salvamento de Voto en el que el Magistrado que lo formula manifiesta que *“El principio de progresividad y no regresividad posee la naturaleza de norma jurídica, en el sentido de marcar una directriz al momento de aplicar las reglas de derecho”.*

Finalmente, el Consejo de Estado se ha referido al principio de progresividad en diversos fallos de los cuales han marcado la línea jurisprudencial en lo que se refiere al contenido y alcance del principio:

En fallo número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) de fecha 04 de agosto de 2010, señaló que *“el principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar por que los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute”.*

Por tal razón, para el Consejo de Estado al interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, al revisar el criterio de taxatividad, para aplicación de los factores salariales sobre los cuales se calcula el IBL de la pensión de jubilación, considera que trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que *“el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio*



*también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas”.*

## Costa Rica.

En este mismo sentido, Costa Rica hace relación en su ordenamiento jurídico al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales teniendo en cuenta y referenciando el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales como a continuación se reseña. En Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Expediente Nro. 08-007188-0007-CO del 12 de noviembre de 2008, indicó:

*“En efecto el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que: “(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

Igualmente, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé:

*“Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.*

*Los artículos 50 y 73 de la Constitución Política, 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretados de manera armónica, establecen el derecho a la seguridad social en beneficio de todos los trabajadores, informado en los principios de universalidad, generalidad, y suficiencia de la protección. Evidentemente, la prestación de tales servicios está condicionada a la existencia de algunos requisitos mínimos, pero básicos y necesarios para la subsistencia del sistema, los que, sin embargo, deben ser coherentes con los principios antes mencionados.” (Negrilla fuera de texto).*

El principio de progresividad en este sentido significa la no regresividad y la abstención de adoptarse a medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes. Es una línea ascendente que se presenta dentro de la materia de los derechos humanos y se convierte de obligatoria aplicación en el derecho laboral y pensional.

De esta forma cuando se reconoce algún derecho fundamental está prohibido reducir los niveles de protección o suprimir los ya existentes.

Ahora bien, en Sentencia 13-011259-0007-CO Res. N° 2014002527 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, rente a la relación del principio de progresividad y el de proporcionalidad y razonabilidad, se estableció:

*“No se debe perder de vista que está sustentada en un régimen básico de protección social, o lo que es lo mismo, la obligación internacional está con el establecimiento como sostenimiento de un piso social. Es así como, al ser un sistema básico de cobertura abarca una dimensión horizontal del sistema que exige niveles mínimos de protección para lograr o mantener la universalidad de esa protección (incluso hasta para sustentar una elevación de los niveles a quien no los tiene, según el principio de solidaridad social), pero que, sin duda, debe reconocerse la progresividad en los regímenes de protección, es decir, en su dimensión vertical, donde éstos deben estar en sintonía con las pautas y obligaciones internacionales que nuestro país ha aceptado frente a la OIT. De los informes es claro que se produciría una contracción muy sensible en el régimen, por la dinámica y presiones que debe afrontar el fondo o reserva de pensiones.*

(...)

*D. Sobre el principio de razonabilidad y proporcionalidad. Esta Sala ha establecido en su jurisprudencia reiteradamente sobre estos principios lo siguiente:*

*Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada.*

*La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados (ver sentencia número 08858-98 de esta Sala) (...)."*

## Argentina.

En Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina dentro del Recurso de hecho promovido por la actora en la causa Arcuri Rojas, Elsa c/ ANSeS en el año 2009 se dispuso el reconocimiento del principio de progresividad en materia pensional.

El recurso presentado a este Tribunal fue promovido porque el juez de primera instancia *"estimó que la ley aplicable al caso era la 18.037 por ser el ordenamiento vigente para la fecha de la muerte de su cónyuge; que el citado decreto 136/97 regía para las solicitudes de pensión derivadas de afiliados fallecidos con posterioridad a su entrada en vigor en los términos de la resolución 89/97, y que la ley 24.241 no había variado la condición establecida en la legislación anterior en el sentido de que el afiliado debía encontrarse en actividad al tiempo del deceso, según lo dispuesto en el art. 53 de ese régimen"*.

Del estudio efectuado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina concluyó dentro de sus consideraciones:

*"12) Que la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia.*

*13) Que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos aplicaron la norma más favorable, exégesis que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en el art. 75, inciso 23, de la Constitución*

*Nacional y en diversos tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado.*

*14) Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 101 del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602).*

*15) Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Protocolo de San Salvador"), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo.*

(...)

*17) Que, en tales condiciones, corresponde revocar la sentencia apelada y ordenar a la demandada que dicte una nueva resolución administrativa que reconozca el derecho del causante a la jubilación por invalidez a la luz de lo dispuesto por el decreto 136/97 y otorgue a la actora la pensión derivada de ese derecho que deberá liquidarse desde el 6 de marzo de 1998, fecha de la solicitud de este régimen en sede administrativa (fs. 1 del expediente 024-27026210378-002-1)".*

En igual sentido y estableciendo las condiciones en las que los jueces deben conceder el goce de los derechos la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2005 en el caso A Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios, reconoció la aplicación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los tratados internacionales con el fin de considerar la impropiedad de racionamientos regresivos que restrinjan derechos. Particularmente señaló:

*"Que los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o*



**restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).** La consideración de los recursos disponibles de cada Estado conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y **no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria”.**

## Ecuador

Ecuador es un Estado que promueve el respeto incondicional de los derechos establecidos en la Constitución y adopta como deber primordial la garantía de los derechos establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales.

El Principio de la Progresividad está señalado en el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, dentro de la cual se prevé expresamente lo siguiente:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*(...)*

**8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.** El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. **Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.**

En este sentido, el principio de progresividad consiste en todo órgano que cuente con la facultad de promulgar o generar normas o disposiciones ajuste su contenido a los preceptos constitucionales y a los tratados internacionales, desarrollando los derechos gradualmente y en ningún momento disminuyendo de manera injustificada su ejercicio.

Así las cosas, la progresividad en materia pensional se encuentra constituida como un principio constitucional, en el cual el Estado garantiza la no disminución de los derechos, lo que significa la garantía de cambios que aporten beneficios o ventajas en relación con la situación actual y que no limiten los derechos. La doctrina<sup>10</sup>, también se ha encargado de realizar un análisis de este principio constitucional y de justificar sus alcances y características.

<sup>10</sup> RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA. Los derechos y sus garantías. Ensayos Críticos. Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 1. “2.6. Prohibición de restricción normativa “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”<sup>32</sup> La prohibición de restricción normativa infraconstitucional tiene relación directa con (1) la supremacía de la Constitución, con (2) el principio pro homine y con (3) el principio de progresividad. (1) La Constitución establece, al reconocer expresamente un derecho y una garantía, un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, mediante una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida. La prohibición de restricción no impide la regulación. Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable. Por ejemplo, el amparo constitucional establecido en la Constitución de 1998 fue regulado sucesivamente por varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Esas regulaciones normativas establecieron condiciones tales como prestar otro juramento adicional al establecido en la ley, e imposibilitar las causales de amparo contra actos normativos de carácter general. Estas resoluciones eran evidentemente inconstitucionales por regular requisitos no establecidos en la Constitución. Puede presentarse el caso que una norma de carácter internacional tenga regulaciones o protecciones inferiores a las establecidas en la Constitución; en este caso, la norma internacional no se aplicaría por restrictiva. En otras palabras, el principio comentado permite la regulación más favorable y prohíbe la regulación restrictiva. (2) El principio pro homine nos indica la real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico. Si tengo una norma constitucional que establece, por ejemplo, que está prohibida la discriminación y tengo otra norma de carácter legal que determina que el matrimonio es solo entre hombre y mujer, la segunda norma no debería ser observada y sería inválida. **De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio pro homine deberá entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos, no deberá ser aplicada.** (3) Derechos y las garantías deben ir de menos a más. La Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido: alcance, ámbito de protección, personas que las disfrutan, autoridades que aplican. El sentido contrario está proscrito. La prohibición de restricción implica que cuando alguien la practica está optando por una alternativa regresiva. El mandato de no restricción en la regulación de derechos está íntimamente vinculado con la garantía normativa. El destinatario de esta norma es la Asamblea Nacional y todo órgano que tiene potestad o competencias normativas, tales como un Consejo Provincial, el Presidente cuando establece un reglamento, un ministro cuando realiza una resolución; y, por supuesto, la autoridad judicial cuando resuelve mediante sentencia, que es norma para las partes. Como la Constitución también regula a los particulares, los estatutos de compañías, las directrices de un colegio, los contratos laborales tampoco podrían restringir los derechos. En el derecho comparado andino, las constituciones no reconocen expresamente este principio consagrado por Ecuador”.

Por su parte, mediante Sentencia No. 037-16-SIN-CC, Caso No. 0054-11-IN del 15 de julio de 2016, la Corte Constitucional de Ecuador establece frente a la imposibilidad de regresión injustificada del ejercicio de los derechos y la restricción de los mismos, lo siguiente:

*“La Constitución de la República en el artículo 11 numeral 4, establece que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales ...” y en el segundo inciso del numeral 8 de ese mismo artículo se establece que: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2, establece: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. La Corte Constitucional en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, al desarrollar este principio, señaló que: ... la no regresividad de los derechos está dentro de los principios que enriquecen el valor de la justicia que implica que el “contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (...) será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República). Para luego, concluir que: Por lo anotado, el principio de no regresividad de los derechos contempla la adecuación jurídica de las normas, leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones a los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, correspondiendo esta obligación a la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, adecuación que reiteramos debe ser formal y material para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Es más, “en ningún caso, la reforma a la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”, como lo establece el artículo 84 de la Constitución de la República. De igual forma, la Corte Constitucional en la sentencia N.0 002-09-SAN-CC, argumentó que el principio de no regresividad contenido en el artículo 11 de la Constitución, “ (...) convierte en inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, •menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. Es así que la regresividad está prohibida, a menos que exista un estricto escrutinio de sus causas y consecuencias”.*

*Sobre esta base, podemos colegir que el principio constitucional de no regresividad, que rige el ejercicio de los derechos, implica que si un derecho constitucional, al momento de su reconocimiento o desarrollo, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel, no puede ser menoscabado a partir de una regulación normativa. Por lo tanto, este principio de no regresividad se constituye en un límite a la potestad legislativa y al principio de libertad de configuración normativa, en tanto todo acto normativo que guarde relación o regule un derecho constitucional, debe respetar su grado de protección expresamente reconocido, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad”.*

## Conclusiones generales línea principio de progresividad

- El principio de progresividad surge como una herramienta jurídica que busca proteger derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales dentro de los ordenamientos jurídicos de Colombia, Costa Rica, Ecuador y Argentina.
- La aplicación del principio de progresividad tiene una aplicación transversal dentro de los ordenamientos de Colombia, Costa Rica, Ecuador y Argentina, dado el carácter internacional de esta figura al encontrarse reconocido y consagrado dentro de instrumentos de aplicación universal, tal como lo constituye la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.
- El fin del principio de progresividad dentro de los ordenamientos jurídicos estudiados, busca que no se reduzca ni suprima la protección de un derecho de carácter social, económico o cultural.

El estudio se realiza con base en el análisis de las sentencias proferidas en los cuatro (4) países a través de las herramientas metodológicas propuestas consistentes en las fichas jurisprudenciales, las cuales por su extensión se anexan al presente estudio en un medio digital (CD). A continuación, se incorporan a título de ejemplo cuatro (4) fichas jurisprudenciales correspondientes a los cuatro países objeto de estudio: Argentina, Colombia, Costa Rica y Ecuador.

## Ejemplo de sentencia en Colombia.

Corporación	Consejo de estado
Sala o sección	Sección segunda
Tipo de providencia	Recurso de apelación
Radicación	25000-23-25-000-2006-075909-01-0112-09
Fecha de la providencia	4 de agosto de 2010
Magistrado ponente	Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila
Tema principal	Reliquidación pensión de jubilación
Subtemas	Principio de progresividad
Otros temas	N.A.
Norma fundamental de la decisión	N.A.
Hechos relevantes	<p>- Luis Mario Velandia, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos:</p> <p>Acto ficto negativo, producto de la falta de respuesta a la petición elevada por el actor a la entidad demandada el 22 de julio de 2005, mediante la cual solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados.</p> <p>Resolución No. 14421 de 28 de marzo de 2006, proferida por la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL, que desató el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto ficto, declarando su existencia y confirmando la decisión negativa contenida en el mismo. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:</p> <p>Reliquidarle su pensión de jubilación en cuantía de \$2.114.392.92, a partir del 1 de noviembre de 2002, teniendo en cuenta los siguientes factores devengados durante el último año de servicios: sueldo, alimentación, bonificación por servicios, bonificación por recreación, dominicales y festivos, horas extras, incremento de antigüedad, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones en dinero.</p> <p>- Ajustar la prestación reconocida con base en el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y con el principio de favorabilidad previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.</p> <p>- Efectuar los reajustes automáticos de Ley a que haya lugar, a partir de la fecha de adquisición del derecho.</p>

- Ajustar el valor de las condenas con base en el Índice de Precios al Consumidor, tal como lo establece el artículo 178 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. - Pagar los intereses moratorios previstos por el artículo 177 del C.C.A.

### Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

### Consideraciones

El principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado: "2.5.8.1. Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición prima facie de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C- 038 de 20049 , en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho.

Explicó el fallo que *"en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador 10, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad. (...)"*

Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005 11 antes citada y referente concretamente al derecho a la vivienda digna, la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia. (...)"

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestaciones. De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

Inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. Interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad. Principio de igualdad. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Sentencia de unificación). En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985,

tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

### Salvamento de voto- aclaración de voto

- Las razones que me llevan a disentir de la Sala son las siguientes:

1.) Como se expuso en la decisión de la que me aparto, la Sección Segunda, a través de los años, no ha tenido una posición uniforme en torno a la taxatividad de los factores incluidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Sin embargo, se encuentra que en múltiples casos se dispuso la aplicación de dicha taxatividad sin consideración a los demás conceptos salariales que hubieran sido devengados por el trabajador en el último año de servicios. En efecto, en sentencia de 28 de octubre de 1993<sup>18</sup>, la Sección manifestó que la Ley 33 de 1985 "(...) señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes (Art. 3o.) prescripción que luego fue modificada por el artículo 1o de la ley 62 del mismo año, con lo cual quedó derogado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978". Así mismo aclaró que lo anterior no resulta aplicable a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público que por un lapso de diez años o más hubieren laborado en dichas entidades, "pues teniendo entonces éstos un régimen especial, continúan con el derecho de disfrutar de una pensión igual, al *"75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios"* en las citadas actividades". Más adelante, en sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicación número: 25000-23- 25-000-1999-5763-01(3204-02).

Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, se dispuso expresamente que no pueden incluirse "la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de servicios, ni el quinquenio, por cuanto estos últimos no se consideran factores pensionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 (régimen general). Se anota que estos factores han sido computados, pero en regímenes pensionales especiales cuando ellos lo permiten". Con ponencia del mismo Consejero<sup>19</sup> la Sala de la Sección Segunda unificó la jurisprudencia exponiendo: "Para la Sala es claro que, si los factores que han de ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido NINGUN FACTOR DIFERENTE PUEDE SER VALIDAMENTE INCLUIDO, aun cuando el mismo haya sido objeto de idéntica gabela, pues esta circunstancia no es presupuesto al-



gundo de legalidad. En este orden de ideas, concluye la Sala que tuvo razón la entidad demandada al NEGAR LA INCLUSIÓN DE VIATICOS como factor para el cómputo de la pensión de jubilación” (el resaltado y las mayúsculas son propias del texto).

En sentencia del 20 de septiembre 2007, radicación número: 08001-23-31-000-2000-01858-01(7873-05) C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, se aclara que cuando no se tengan quince años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 33/85, “el régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985.

Así pues, en lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3 previó como factores la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. A su turno, el artículo 1 Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación. De la normativa transcrita, la Sala encuentra que las primas de navidad y exclusividad reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación. Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados” (se destaca).

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis de la taxatividad de los factores de liquidación pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985 ha sido estudiada y acogida por la Sección desde tiempo atrás y, se ha llegado a concluir que no es posible jurídicamente ampliar el listado previsto legalmente con todo lo devengado en el último año de servicios. Por excepción, cuando por criterios de favorabilidad resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se incluye lo devengado, pero durante todo el tiempo que le hiciera falta al afiliado para adquirir su derecho pensional.

- Así las cosas, si la caja de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en las precitadas leyes, dichos valores deben ser reembolsados al pensionado pues, aceptar lo contrario, sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración, situación que contraría los principios de equidad y proporcionalidad propios del sistema de seguridad social pensional.

- No se comparte tampoco la tesis de que la taxatividad trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia delante y no para interpretar regímenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores. Como ya lo he dicho otras veces, en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busque la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado y por ello, los requisitos para acceder a la prestación económica derivada de la vejez son cada vez mayores haciendo

que su disfrute sea más difícil sin que ello signifique, prima facie, que se disminuyan los logros alcanzados en materia de derechos sociales. Precisamente con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales en materia de seguridad social, se prevén los regímenes de transición, que le permiten al legislador salvaguardar incluso las expectativas legítimas de las personas que están próximas a pensionarse porque han cumplido determinada edad o tiempo de servicios, lo que corresponde a una política social que se adecua a los artículos 25 y 48 Superiores.

Magistrado que salva o aclara el voto

Gerardo Arenas Monsalve

Providencia de autoreferencia

Sentencia de 9 de Julio de 2009, Proferida por la Sección Segunda Corte Suprema de Justicia

Sentencia reiterativa

N.A.

Comentarios

N.A.

## Ejemplo de sentencia en Costa Rica.

Corporación

Corte Suprema de Justicia

Sala o sección

Sala Constitucional

Tipo de providencia

Acción de Inconstitucionalidad

Radicación

Expediente N° 08-007188-0007-CO

Fecha de la providencia

12 de Noviembre de 2008

Magistrado ponente

N.A.

Tema principal

Transgresión del artículo 3 del reglamento de invalidez, vejez y muerte al derecho a la seguridad social consagrado en el ordinal 73 de la Constitución Política, así como el principio de razonabilidad

Subtemas

Protección Constitucional E Internacional De Los Derechos Humanos De Las Personas Con Discapacidad

Otros temas

N.A.

Normas fundamento de la decisión

Reglamento de invalidez, vejez y muerte

Artículo 73 de la Constitución Política

Hechos relevantes

El accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3 del "Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte" de la Caja Costarricense de Seguro Social, específicamente en cuanto señala. "En el caso de pensiones por invalidez o sobrevivientes, proceden las mismas siempre y cuando el asegurado o

*beneficiarios no tengan trámite ni reciban pago de prestaciones en dinero en virtud de incapacidades, ya sean temporales o permanentes o bien rentas, producto de su cobertura en el seguro de riesgos profesionales, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 4, 18 y 193 del Código de Trabajo, así como cuando se trate de un accidente de tránsito regulado por la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, la contingencia de la invalidez será asumida por la Caja una vez que se agote el monto de la póliza correspondiente; aspectos que serán demostrados por documento oficial emitido por el Instituto Nacional de Seguros. Lo anterior con fundamento en el artículo 73 de la Constitución Política de la República”.*

En criterio del accionante, la norma impugnada violenta el derecho a la seguridad social, el principio de razonabilidad, la dignidad humana y excede la potestad reglamentaria de la CCSS al establecer una limitación al acceso a la pensión por invalidez, afectando a personas discapacitadas que cumplan con todos los requisitos establecidos, pero que reciben indemnización por seguros de riesgos profesionales o seguros en materia de tránsito, en cuanto indica que se debe agotar la póliza correspondiente para que la CCSS proceda a brindar la pensión por invalidez.

## Consideraciones

La Sala coincide con el criterio brindado por la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la norma impugnada es efectivamente inconstitucional. El tema del origen y características del régimen costarricense de seguridad social ha sido desarrollado en múltiples sentencias de la Sala, en las que se ha dicho que:

*“El propósito del constituyente al diseñar el sistema de seguridad social en nuestro país fue garantizar a todos los ciudadanos que el Estado, a través de la Caja Costarricense de Seguro Social, les otorgaría al menos los servicios indispensables en caso de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte. El artículo 73 de la Constitución Política, interpretado armónicamente con el artículo 50 ídem, consagra el Derecho de la Seguridad Social. Este derecho supone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos de manera que garantice la asistencia y brinde las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad para preservar la salud y la vida.*

*El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la seguridad social incorpora el principio de universalidad, pues se extiende a todos los ciudadanos, con carácter de obligatoriedad.*

*El ámbito objetivo parte del principio de generalidad, en tanto protege situaciones de necesidad, no en la medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente. Además, incorpora los principios de suficiencia de la protección, según módulos cuantitativos y cualitativos y de automaticidad protectora, lo que se traduce en la adecuada e inmediata protección en materia de enfermedad, invalidez, vejez y muerte.*

*Los artículos 50 y 73 de la Constitución Política, 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretados de manera armónica, establecen el derecho a la seguridad social en beneficio de todos los trabajadores, informado en los principios de universalidad, generalidad, y suficiencia de la protección. Evidentemente, la prestación de tales servicios está condicionada a la existencia de algunos requisitos mínimos, pero básicos y necesarios para la subsistencia del sistema, los que, sin embargo, deben ser coherentes con los principios antes mencionados.*

*El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, reconocido por el Estado costarricense cuando el constituyente derivado incorporó en la Constitución Política de 1871, el capítulo de las Garantías Sociales, que posteriormente fue confirmado en el proceso constituyente de mil novecientos cuarenta y nueve. El respeto a este derecho impide a la Caja Costarricense de Seguro Social hacer exclusiones arbitrarias en relación con la cobertura del seguro de salud, pues cualquier tipo de discriminación en ese sentido, significaría desconocer los principios que integran el Derecho a la Seguridad Social, y vaciarlo de su contenido mínimo”.*

(Sentencia número 2004-08013 de las 16:23 horas del 21 de julio del 2004.)

Por su parte, refiriéndose concretamente al tema de la protección especial que ameritan las personas que sufren de alguna clase de discapacidad, se ha dicho también:

#### **“IV.- PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

*Nuestra Constitución Política en su artículo 51 le manda a los poderes públicos brindarle una protección especial a los enfermos desvalidos, obligación que, obviamente, debe traducirse en prestaciones efectivas implementadas y desarrolladas progresivamente. (...). En el plano del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Voto No. 11550-04 de las 11:46 hrs. de 15 de octubre de 2004, este Tribunal Constitucional, con redacción del Magistrado ponente:*

#### **“VII.- PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

*En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existen diversos instrumentos, incluso rubricados por nuestro País, tendentes a proteger a las personas con alguna discapacidad tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1975, resolución 3447 (XXX), la cual establece, entre otros derechos de este grupo en desventaja, los siguientes: ‘3. El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana (...) el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible; ‘5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible; ‘7. El impedido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso (...) y ‘9. El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia (...): La Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las personas con discapacidad en el Área Iberoamericana del 30 de octubre de 1992, establece, de forma clara y contundente, que toda política integral y coherente para personas con discapacidad debe aminorar sus consecuencias socioeconómicas y que las personas con discapacidad tienen derecho a su seguridad económica, un nivel de vida digno y a vivir, preferentemente, en el seno de su familia (Punto 1 objetivos). Esta declaración regional, en el aparte relativo a la Protección económica y social, estatuye lo siguiente las personas discapacitadas tienen derecho a la seguridad económica, a la atención de sus necesidades sociales y a un nivel de vida digno. La garantía de estos derechos es una responsabilidad irrenunciable del Estado (...).*

*La protección económica y social tiene por objeto garantizar a las personas con discapacidades el disfrute de un nivel digno de calidad de vida y la cobertura de sus necesidades básica y específicas, por medio de ayudas económicas y de servicios sociales. Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, aprobadas en la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993, estatuyen en el artículo 8, relativo al 'Mantenimiento de los ingresos y seguridad social', párrafo 3, que 'Los Estados deben velar asimismo por que las personas que se dediquen a cuidar a una persona con discapacidad tengan un ingreso asegurado o gocen de la protección de la seguridad social, "el numeral 9 referente a la Vida en familia e integridad personal, dispone que 1. Las personas con discapacidad deben estar en condiciones de vivir con sus familias (...): Por último, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad del 7 de junio de 1999, en su Artículo I, entiende por discriminación a una persona con discapacidad cualquier exclusión que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad; de la misma forma, en su Artículo III preceptúa que para lograr los objetivos, los Estados parte –dentro de los cuales figura Costa Rica- deben suministrar a las personas con discapacidad los servicios globales para asegurarles un nivel óptimo de calidad de vida. Es evidente, que tales garantías y mecanismos de protección establecidos en el concierto internacional se refuerzan cuando se trata de personas que padecen de una discapacidad profunda o aguda.*

*A los instrumentos internacionales señalados en el Voto No. 11550-04 de este Tribunal, es menester agregar la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su protocolo (aprobada por la Resolución de la Asamblea General 61/106 de 13 de diciembre de 2006), abierta a firmas a partir del 30 de marzo de 2007. En el preámbulo (punto l) de ese instrumento se reconoce la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo, destaca (punto t) (...) la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad' y estima (punto x) (...) que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones. Dentro de los principios de la Convención se enuncia en el artículo 3, inciso a), 'El respeto de la dignidad inherente' a las personas con discapacidad. Finalmente, el artículo 28 referido al 'Nivel de vida adecuado y protección social, establece en su párrafo 1° que 'Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuada para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad'. Por su parte, el párrafo 2°, incisos a) y c), del numeral supracitado señalan que, entre las medidas para proteger el derecho de las personas discapacitadas a la protección social, se debe asegurar el acceso (...) a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza y a estas personas y sus familias, que vivan en situaciones de pobreza, (...) a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad (...):'*

Salvamento de voto- Aclaración de voto	N.A.
Magistrado que aclara el voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	N.A.
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.

## Ejemplo de sentencia en Argentina.

Corporación	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Sala o sección	N.A.
Tipo de providencia	Recurso Ordinario
Radicación	N.A.
Fecha de la providencia	17 de mayo de 2005
Magistrado ponente	N.A.
Tema principal	Movilidad de la Ley 18037
Subtemas	N.A.
Otros temas	N.A.
Normas fundamental de la decisión	Ley 23 De 928
Hechos relevantes	<p>-Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó las pautas establecidas por el fallo de primera instancia para la movilidad de los haberes y desestimó los planteos de inconstitucionalidad formulados por la actora, las partes dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 de la ley 24.463.</p> <p>-Que los planteos de la demandante que se refieren a que la entrada en vigencia de la ley 23.928 no afectó la movilidad establecida por la ley 18.037, suscitan la consideración de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas en las disidencias de los jueces Petracchi, Belluscio, Bossert y Fayt en el precedente publicado en Fallos: 319:3241 ("Chocobar"), a cuyas consideraciones corresponde remitirse por razón de brevedad.</p>



-Que, sin perjuicio de ello, resulta pertinente agregar que esta Corte ratifica los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar *“jubilaciones y pensiones móviles”*, según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos.

-Que la Constitución Nacional exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles, aunque no establece un sistema o mecanismo especial para hacer efectiva dicha exigencia, por lo que es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de esa garantía teniendo en cuenta la protección especial que ha otorgado la Ley Fundamental al conjunto de los derechos sociales. Una inteligencia sistemática de sus cláusulas acorde con los grandes objetivos de justicia social que persigue el art. 14 bis, obsta a una conclusión que, a la postre, convalide un despojo a los pasivos privando al haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral.

-Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad.

## Problema Jurídico

N.A.

## Consideraciones

A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el art. 9 el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar “de la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...”. A tales efectos, el art. 1 de dicho protocolo dispone la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el documento.

La norma indicada encuentra su correlato en el art. 19 del protocolo, en el cual el principio de progresividad se encuentra protegido mediante la estipulación de informes periódicos que den cuenta de las medidas adoptadas.

Salvamento de voto- Aclaración de voto	Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte guardan sustancial analogía con las debatidas y resueltas en el precedente de Fallos: 319:3241 en la causa “Chocobar”, voto del juez Boggiano, a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad. Por ello, se resuelve: I. Declarar desierto el recurso de la demandada por no haber expresado agravios en tiempo y forma; II. Se declara procedente el recurso ordinario interpuesto por la actora y se confirma la sentencia. Notifíquese y devuélvase.
Magistrado salva o aclara el voto	Antonio Boggiano
Providencia de autoreferencia	N.A.
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.
<b>Ejemplo de sentencia en Ecuador.</b>	
Corporación	Corte Constitucional del Ecuador
Sala o sección	N.A.
Tipo de providencia	N.A.
Radicación	Caso N° 0018-13-AN
Fecha de la providencia	11 de febrero de 2015
Magistrado ponente	N.A.
Tema principal	Acción por incumplimiento de los artículos 83 y 85 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, artículos 8 y 33 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Seguridad Policial y las Reglas 2 literal b y 9 de las políticas para la administración de pensiones dictadas por el Consejo Superior del ISSPOL, aprobada mediante resolución N. 0 05 1 -CS-S0-06-20 1 1
Subtemas	Principio de progresividad
Otros temas	N.A.
Normas fundamento de la decisión	Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional
Hechos relevantes	El 17 de abril de 2013, Tamara Gabriela Viteri Vi Llacís, por sus propios derechos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución de la República y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presentó ante la Corte Constitucional una demanda de acción por incumplimiento de los artículos 83 y 85 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, artículos 8 y 33 del Reglamento

de Aplicación a la Ley de Seguridad Policial y las Reglas 2 literal by 9 de las políticas para la administración de pensiones dictadas por el Consejo Superior del ISSPOL, aprobada mediante resolución N. 0 05 1 -CS-S0-06-20 1 1. El 17 de abril de 20 1 3, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el secretario general de la Corte Constitucional del Ecuador certificó que en referencia a la acción N.0 00 1 8- 1 3-AN, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción. Mediante auto del 4 de julio de 20 13, la Sala de Admisión, integrada por los jueces constitucionales Tatiana Ordeñana Sierra, Ruth Seni Pinoargote y Manuel Viteri Olvera, admitió a trámite la causa por considerar que la misma cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria del 07 de agosto de 2013, correspondió la sustanciación de la presente causa al juez constitucional Marcelo Jaramillo Villa, quien mediante auto del 06 de mayo de 2014, avocó conocimiento de la acción y dispuso, en lo principal, la notificación de dicho auto acompañando copias simples de la demanda

### Problema Jurídico

N.A.

### Consideraciones

Así mismo, la representante del procurador general del Estado manifiesta que la actora pretende beneficiarse del montepío solamente por mantener el estado civil de soltera, desconociendo que la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional establece otros requisitos para perder la calidad de beneficiaria, como lo es haber perdido la condición de estudiante y sobrepasar la mayoría de edad. Respecto a la alegación de regresividad formulada, hace referencia a un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se establece que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues el concepto de progresividad no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga en la norma ciertas restricciones al ejercicio de los derechos. Sostiene que el análisis de regresividad implica un estudio en cuanto a la afectación colectiva de la medida, por lo que no puede simplemente considerarse que toda restricción constituye una regresión. Afirma entonces que la accionante entiende erróneamente que el beneficio de montepío es vitalicio y sostiene que la inclusión de nuevas causales para la pérdida de este derecho son legítimas, especialmente porque buscan sostener el sistema financiero de la seguridad social de la Policía Nacional y garantizar el principio de eficiencia que rige el sistema de seguridad social. Por tanto, afirma que, en ese sentido, cumplir con la ley de la materia no puede ser considerado como afectación a sus derechos constitucionales, sino que al contrario, con ello el ISSPOL está garantizando la seguridad jurídica. Finalmente, solicita el rechazo de la demanda por no cumplir con los requisitos para su procedencia.

Salvamento de voto- Aclaración de voto	N.A.
Magistrado que salava o aclara voto	N.A.
Providencia de autoreferencia	N.A.
Sentencia reiterativa	N.A.
Comentarios	N.A.

## Conclusiones generales

- Los sistemas jurídicos Iberoamericanos, en las últimas décadas, han tenido procesos de constitucionalización de la seguridad social y los esquemas de protección de las personas previstos en las constituciones y las leyes han sido complementados por la jurisprudencia y las reglas de derecho en ella contenidas.
  - Los sistemas de control de constitucionalidad vigentes en el mundo occidental (concentrado, difuso y mixto), han ocupado un papel protagónico en la protección efectiva de los derechos sociales y de la seguridad social en Iberoamérica a través de múltiples decisiones judiciales que han permitido la realización eficaz de los derechos fundamentales y de los derechos sociales.
  - La producción jurisprudencial por los Tribunales y Cortes Constitucionales en Iberoamérica exige la implementación de herramientas que permitan organizar, sistematizar y comprender los diferentes pronunciamientos judiciales, a través de metodologías que evidencien los elementos comunes y diferentes de cada uno de los sistemas jurídicos.
  - Las líneas jurisprudenciales son herramientas metodológicas que permiten la reconstrucción de la jurisprudencia, la sistematización de las reglas jurídicas contenidas en las sentencias y la comparación de los pronunciamientos de los jueces, facilitando el entendimiento de las instituciones propias de los procesos de constitucionalización de la seguridad social.
- El modelo de líneas jurisprudenciales de seguridad social contenida en el presente estudio es aplicable a diferentes sistemas jurídicos, y permite la comparación de las sentencias judiciales de los diferentes países, facilitando el estudio sistemático, organizado y coherente de los diferentes sistemas de protección de riesgos en Iberoamérica.









## **Organización Iberoamericana de Seguridad Social**

Secretaría General  
C/Velázquez 105. 1ª planta  
28006 Madrid · España  
[sec.general@oiss.org](mailto:sec.general@oiss.org)  
[www.oiss.org](http://www.oiss.org)

