



La jurisprudencia sobre “casos límite” en materia de pensión de invalidez: derrotabilidad normativa desde la Constitución*

Jesús José Fuentes Orozco^a

Resumen: Con el objetivo cardinal de analizar las implicaciones de la irrupción del neoconstitucionalismo en el sistema jurídico colombiano, en el presente escrito se analiza si la jurisprudencia constitucional sobre los “casos límite” en materia de pensión de invalidez goza de razón suficiente para justificar la no aplicación de los requisitos fijados por el legislador como condición para acceder al derecho prestacional indicado. Aplicando una metodología analítica, se abordaron elementos conceptuales que permiten estudiar, explicar y valorar la tensión subyacente entre la protección de los derechos fundamentales en situaciones concretas, y la legitimidad y eficacia de los mandatos legales. Considerando el papel de los jueces y la supremacía de la Constitución, se verá que la derrotabilidad de las leyes en situaciones concretas obedece a que la esencia misma de la Ley Mayor lleva al poder judicial a adoptar medidas concretas para superar los efectos inconstitucionales de la ley en casos específicos.

Palabras clave: pensión de invalidez; supremacía constitucional; derechos fundamentales; derrotabilidad de la ley; neoconstitucionalismo

Fecha de recepción: 1 de julio de 2018 **Fecha de evaluación:** 21 de octubre de 2018

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2019

Cómo citar: Fuentes Orozco, J. J. (2020). La jurisprudencia sobre “casos límite” en materia de pensión de invalidez: derrotabilidad normativa desde la Constitución. *Prolegómenos*, 23(45). <https://doi.org/10.18359/prole.3546>

-
- * Artículo de investigación producto del proyecto final entregado por el suscrito para evaluar la asignatura Derecho Constitucional, tomada en el marco de los cursos intensivos válidos para doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 - a Abogado, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; estudiante regular de los cursos intensivos para doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina; docente universitario en niveles de pregrado y posgrado; profesional máster de la Administradora Colombiana de Pensiones. correo electrónico: jfuentes@unal.edu.co

Case Law on “Borderline Cases” of Disability Pension: Defeasibility from the Constitution

Abstract: To analyze the implications of the emergence of neo-constitutionalism in the Colombian legal system, this paper discusses whether constitutional case law on “borderline cases” of disability pension is a good cause for the non-application of the requirements set out by the legislator to access the relevant benefits right. Using an analytical method, the research addresses conceptual elements to study, explain, and assess the underlying tension between the protection of fundamental rights in specific situations and the legitimacy and effectiveness of legal orders. Considering the role of judges and the supremacy of the Constitution, it is concluded that defeasibility in specific cases is because the very essence of the Constitution causes the judiciary to adopt concrete measures to overcome the unconstitutional effects of the law.

Keywords: Disability pension; constitutional supremacy; fundamental rights; defeasibility; neo-constitutionalism

A jurisprudência sobre “casos-limite” em matéria de aposentadoria por invalidez: derrotabilidade das normas a partir da Constituição

Resumo: Com o objetivo principal de analisar as implicações da irrupção do neoconstitucionalismo no sistema jurídico colombiano, neste texto, é analisado se a jurisprudência constitucional sobre os “casos-limite” em matéria de aposentadoria por invalidez é suficiente racional para justificar a não aplicação dos requisitos estabelecidos pelo legislador como condição para acessar o direito prestacional indicado. Aplicando uma metodologia analítica, foram abordados elementos conceituais que permitem estudar, explicar e avaliar a tensão subjacente entre a proteção dos direitos fundamentais em situações concretas e a legitimidade e eficácia dos mandatos legais. Considerando o papel dos juízes e da supremacia da Constituição, é visto que a derrotabilidade das normas em situações concretas obedece a que a essência em si da Lei Maior leva o poder judicial a adotar medidas concretas para superar os efeitos inconstitucionais da lei em casos específicos.

Palavras-chave: aposentadoria por invalidez; supremacia constitucional; direitos fundamentais; derrotabilidade da lei; neoconstitucionalismo

Introducción

Actualmente, la afirmación de que todo acto jurídico debe respetar tanto los postulados sustantivos como los procedimentales establecidos en la Constitución no admite discusión; lineamientos que, por lo demás, han sido introducidos en su texto con el objetivo de fijar un límite racional al ejercicio del poder (Ferreyra, 2015, p. 35). Entre una amplia gama de derechos, instituciones y procedimientos, la Carta Política colombiana consagró el derecho a la seguridad social; esto implica que todos los actos jurídicos inferiores que se dicten para su desarrollo y protección deban consultar necesariamente los lineamientos de la Ley Mayor relacionados con el derecho señalado.

Ahora bien, el Congreso de la República, como titular de la cláusula general de competencia legislativa, ha establecido en las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003 los requisitos en cuanto a pérdida de capacidad laboral y volumen de semanas de cotización que debe cumplir indefectiblemente toda persona que pretenda acceder a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social; más puntualmente, para efectos de nuestro estudio, a la pensión de invalidez por riesgo común.

A pesar de la fuerza vinculante inherente al dictado de la ley, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (CC) ha introducido la doctrina de los “casos límite”; según esta, al validar las circunstancias específicas del caso, y al encontrar generalmente que una persona tiene un porcentaje elevado de pérdida de su capacidad laboral, pero le falta un número mínimo para cumplir con las semanas de cotización necesarias, puede prescindirse del cumplimiento estricto de la densidad de cotizaciones requerida, si con ello se garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de la persona. Este panorama, en otros términos, nos muestra que bajo circunstancias excepcionales la Corte Constitucional ha dado prelación a la aplicación directa de los derechos fundamentales sobre el producto vinculante del debate democrático y deliberativo del Congreso de la República –la ley–, a pesar de que, en principio, esta no riñe con los dictados superiores.

Es a partir de lo anterior que en esta contribución se busca abordar, desde un ejemplo concreto, la derrotabilidad de la legislación a partir de la supremacía de la Carta Política. Como punto de partida, nos preguntaremos si los casos límite en materia de pensión de invalidez, presentes en la jurisprudencia constitucional colombiana, entrañan o no un menoscabo injustificado de la cláusula general de competencia legislativa que le asiste al Congreso de la República.

Como hipótesis de trabajo plantearemos que los desarrollos de la Corte Constitucional sobre los casos límite en materia de pensión de invalidez, efectivamente reflejan la derrotabilidad de la ley; este fenómeno se erige como una consecuencia inherente a las variaciones que la supremacía constitucional le introduce al paradigma decisorio clásico.

Esta problemática y la hipótesis frente a ella pretenden 1) establecer si la jurisprudencia sobre casos límite en materia de pensión de invalidez constituye una afrenta injustificada al principio de legalidad; 2) si constitucionalmente resulta coherente la aplicación de dicha postura jurisprudencial, y 3) abordar la fundamentación de esta construcción desde la actividad del poder judicial en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

La metodología que se aplicará en el presente estudio será de carácter descriptivo y analítico, tomando como referencia principal las construcciones jurisprudenciales y doctrinales sobre las temáticas involucradas. En la ruta expositiva propia del estado del arte se revisarán 1) la cláusula general de competencia legislativa, 2) las generalidades de la pensión de invalidez en el ordenamiento colombiano y 3) la jurisprudencia constitucional sobre los casos límite. Luego, frente al marco teórico, se estudiarán 1) la supremacía constitucional, 2) el papel de los jueces como garantes de esa supremacía constitucional y 3) la derrotabilidad de la ley. Por último, se validará la hipótesis planteada y se presentarán las conclusiones de rigor.

A. La legislación sobre pensión de invalidez y la doctrina jurisprudencial de los casos límite

Premisa. la jurisprudencia constitucional ha sentado una doctrina en virtud de la que, según las particularidades del caso, es posible alejarse de la exigencia legal estricta de densidad de cotizaciones propia de la pensión de invalidez, para en su lugar reconocer dicha prestación y con ello garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afectado.

I. La cláusula general de competencia legislativa

Inicialmente, es preciso traer a colación la pertinencia política y jurídica que le asiste a la legislación, que constituye uno de los parámetros de regulación de las relaciones jurídicas de los asociados. Los pactos sociales, siguiendo a Rousseau, constituyen la herramienta a partir de la que nace todo cuerpo político. Sin embargo, esto por sí solo resulta insuficiente y debe avanzarse a una instancia mediante la que se le brinde movimiento y voluntad a la colectividad política; instancia que no es otra distinta a la de elaboración y puesta en marcha de la normatividad jurídica (Rousseau, 2017, p. 44). Esa instancia de formación de la ley, que dinamiza la existencia del ente político organizado, implica fijar unas condiciones que regirán la asociación civil, condiciones fijadas por el mismo pueblo en ejercicio de su soberanía (Rousseau, 2017, p. 47).

Naturalmente, esa legislación emanada del pueblo es obligatoria. La justificación filosófica de ese atributo yace en el carácter mutuamente vinculante que los mandatos derivados de la ley tienen para los asociados. Su observancia no generará beneficios exclusivamente de corte individual, sino también colectivo, y es así como el interés común será un factor de cohesión para la sociedad. Cada asociado se ve obligado a acatar la legislación, en la medida en que sus homólogos actúen en ese mismo sentido (Rousseau, 2017, pp. 38-39). Acatar la voluntad general implicaba obedecerse a sí mismo (García de Enterría, 1994, p. 31).

Ubicándonos ahora en el plano del régimen constitucional colombiano, tenemos que el artículo

113 de la Norma Superior acoge el principio de separación de poderes en un marco de colaboración armónica entre ellos, exigiendo con ello la identificación de los roles de cada rama y órgano estatal para que estos sean ejercidos de manera precisa. La independencia de cada uno de estos impide la injerencia de los demás poderes en el desarrollo de sus competencias constitucionales (cc, Sent. C-285/2016), sin desconocer que debe haber colaboración entre ellos para alcanzar propósitos que constitucional y legalmente los justifiquen.

Partiendo de allí, el Congreso de la República ejerce una serie de funciones encaminadas a materializar los fines esenciales para los que se edifica el Estado, precisados en el artículo 2° Superior¹. Para nuestro estudio, interesa su titularidad de la cláusula general de competencia legislativa, con la que se pone en marcha la actividad propia del cuerpo político nacido a partir del pluricitado pacto de asociación. Ese mismo Congreso de la República, como órgano de representación popular, es el llamado a crear la legislación, desarrollando aquellas materias que puedan ser objeto de discusión política. En el escenario deliberativo se exponen, valoran y discuten los elementos políticos, de conveniencia y oportunidad necesarios para alcanzar la mayor realización de los dictados constitucionales (cc, Sent. C-914/2013). A esa facultad de desarrollar la Constitución mediante la ley es a la que apunta la cláusula general de competencia (cc, Sent. C-247/2012).

1 La norma en comento aduce que: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Habíamos advertido que la Ley Mayor consagra en el inciso primero de su artículo 48 el derecho a la seguridad social, entendiéndola como un servicio público esencial dirigido y controlado por el Estado, regido por una serie de principios y condiciones que habrán de ser desarrolladas por la ley². Valiéndose de la cláusula general de competencia, el Congreso dictó la Ley 100 de 1993, regulatoria del Sistema de Seguridad Social, que entre otros aspectos fijó los requisitos bajo los cuales se accederá a las prestaciones propias de ese derecho. Los requisitos de ley, siguiendo la orientación filosófica arriba descrita, son vinculantes tanto para las autoridades públicas como para los particulares involucrados en la dinámica de ese sistema (CC, Sent. C-760/2004).

II. La pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones colombiano

Al revisar la normativa que desarrolla el artículo 48 Superior, encontramos que una de las prestaciones del Sistema General de Pensiones desarrollado por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones ulteriores, es la pensión de invalidez; esta consiste en una “prestación económica destinada a cubrir las contingencias generadas por la enfermedad común o el accidente de trabajo que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral” (CC, Sent. T-043/2007).

Para hacerse acreedor del derecho a esta prestación, es necesario determinar en qué momento se estructuró la invalidez³ del afiliado. Según las voces del artículo 38 de la norma citada acaece cuando la persona, por situaciones de origen no

profesional y no provocadas intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral⁴. Al calificar el daño sufrido, se tienen en cuenta la *deficiencia* —trastorno a nivel orgánico que representa hasta un 50 % para la calificación—, la *discapacidad*, o perturbación en el comportamiento, que puede llegar hasta un 30 % del total y la *minusvalía*, o consecuencias sociales y ambientales consecuentes a los tipos anteriores, por el 20 % restante. El marco normativo legitima a Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), las Empresas Promotoras de Servicios de Salud (EPS), las aseguradoras, y a las juntas de calificación de invalidez para adelantar esta actuación calificatoria (Arenas, 2011, pp. 357-358).

Además de este último requisito, es menester acreditar el volumen de semanas de cotización exigido por la ley, que puede variar dependiendo de la fecha en que se estructuró el estado de invalidez. Así, según el caso, puede tener que observarse, o lo dispuesto en el artículo 39 la Ley 100 de 1993, o la modificación que a este le introdujo el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

La primera de las normas invocadas dispone que el derecho a la pensión de invalidez se alcanzará cuando además de acreditar la calidad de inválido, el asegurado haya 1) cotizado 26 semanas dentro del año anterior a la fecha de estructuración si no estaba activo en el sistema, o 2) 26 semanas en cualquier tiempo si los pagos de los aportes se habían realizado oportunamente al momento de la

2 El citado inciso 1° del artículo 48 de la Constitución dispone que: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

3 La presente reflexión se efectúa al margen de la teoría de la condición más beneficiosa, desarrollada por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como por la del Tribunal Constitucional.

4 El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 dispone que: “Para los efectos del presente capítulo se considerará inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral”.

estructuración⁵. Por su parte, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 dispuso que se accedería a la pensión por invalidez siempre que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, el

afiliado hubiere cotizado un mínimo de 50 semanas⁶, principalmente.

Sobre lo anterior, vale destacar que el aumento en el volumen de cotizaciones exigido por la ley se soporta en el alto costo de esta prestación para el sistema, cuando el afiliado ha efectuado los aportes por un período breve (Arenas, 2011, p. 362). Adicionalmente, es menester anotar que en relación con el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el requisito denominado “fidelidad”, presente en el texto normativo original y que consistía en haber cotizado un 20 % del total del tiempo transcurrido entre el momento en que se cumplieron 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de la invalidez, fue retirado del ordenamiento jurídico por la

5 El artículo 39 de la Ley 100 establece que: “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”.

6 El artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, dispone que: “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 y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20 %) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

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, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20 %) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75 % de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

Corte Constitucional. Sobre el punto, esa corporación concluyó que:

[...] No se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma. (cc, Sent. C-429/2009)

Es así como al analizar la relación costo-beneficio de la introducción del requisito de fidelidad como condición para acceder a la pensión de invalidez, la Corte Constitucional encontró que este implicaba un mayor sacrificio de derechos constitucionales con respecto a las ventajas que pretendía generar. Allí se finca la decisión de expulsar del ordenamiento jurídico el precepto comentado.

De otra parte, *prima facie*⁷ es importante anotar que el dictamen médico legal establece la fecha en la que se estructuró la condición de invalidez. Si esta fecha es anterior al 29 de diciembre de 2003, el solicitante deberá acreditar cuando menos 26 semanas de aportes en cualquier tiempo si estaba cotizando al Sistema, o 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la estructuración si se encontraba inactivo frente a aquel; en caso contrario, si la estructuración ocurre luego de la fecha mencionada, el afiliado deberá acreditar 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez. La aplicación de una u otra norma dependerá de la fecha en la que se estructuró el riesgo que venimos estudiando (cc, Sent. T-053/2018).

Bajo estas condiciones generales se efectúa el análisis del cumplimiento de los requisitos de ley para precisar si existe o no la posibilidad de adjudicar al asegurado el derecho a la pensión por invalidez. Empero, como veremos, la Corte Constitucional ha relativizado para ciertos casos la

aplicación estricta de los requisitos antedichos, tal y como pasa a explicarse.

III. La jurisprudencia constitucional sobre los casos límite en pensión de invalidez

Como resaltamos, el legislador, haciendo uso de la facultad de configuración que le asiste, fijó unos requisitos que habrían de cumplirse necesariamente si se pretende acceder a la pensión de invalidez. Sin embargo, la Corte Constitucional ha introducido, por vía de su jurisprudencia, una excepción a la observancia imperativa de las pautas legales para acceder a la prestación en comento.

Para ilustrar la dogmática sobre los casos límite de pensión de invalidez, el Tribunal Constitucional abordó la demanda de tutela de una mujer cuya pérdida de capacidad laboral alcanzó un 52,96 %, pero que solo había cotizado un total de 47,14 semanas al sistema pensional. Esta persona deprecó del juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales, aduciendo que no podía trabajar y no contaba con un ingreso que le permitiera garantizar su subsistencia en condiciones dignas. En el sentir de esa corporación, en casos como el descrito, salta a la vista la importancia de analizar la situación específica del peticionario, dejando de lado la aplicación mecánica de las disposiciones legales que regulan los requisitos propios de la pensión de invalidez. Así se evita el menoscabo de los derechos fundamentales del accionante.

Los llamados casos límite implican una tensión entre la necesidad de proteger por mandato constitucional a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta y de asegurar el derecho a la seguridad social, y los principios de igualdad formal, de sostenibilidad financiera del sistema pensional y el principio democrático. Este último legitima al Congreso para regular las condiciones de acceso a la pensión de invalidez (cc, Sent. T-503/2017). Desde allí, el Tribunal Constitucional ha señalado que en los casos límite de pensión de invalidez, el juez de tutela debe llevar a cabo:

- (i) Una evaluación formal, que implica un análisis de los requisitos establecidos por la norma para acceder a la pensión de invalidez; y acto seguido, realizar
- (ii) una valoración de principios

7 Nuevamente, es importante aclarar que la jurisprudencia constitucional ha introducido algunas pautas que relativizan nuestro aserto. Así por ejemplo, la ya mencionada condición más beneficiosa, o los eventos de enfermedades degenerativas o congénitas, entre otros, imponen parámetros diferentes para establecer el punto desde el que habrá de validarse el cumplimiento del requisito de densidad de semanas cotizadas.

constitucionales y derechos fundamentales, que permite analizar con cierto grado de flexibilidad aquellos casos extremos en los que faltan pocas semanas para cumplir el requisito de densidad de semanas. (cc, Sala Cuarta de Revisión, Sent. T-503 del 4 de agosto de 2017)

Esta pauta valorativa fijada por el máximo juez de los derechos fundamentales aparece justificada en el resultado de la ponderación de los principios en conflicto, señalados *ut supra*. Para la Corte Constitucional, al aplicar este método de argumentación constitucional (Cepeda, 2007, pp. 283-288), se encuentra que:

- En cuanto a la *finalidad* de la norma, es claro que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 busca garantizar el equilibrio financiero del Sistema Pensional, aunado a que reafirma la competencia del legislador para regular el acceso a la pensión de invalidez. De allí que esa disposición entrañe un desarrollo de principios ligados a un objetivo constitucionalmente legítimo.
- Analizando la *necesidad* de la medida legislativa adoptada, se destacó que el aumento en el número de semanas de cotización, de la Ley 100 de 1993 a la Ley 860 de 2003, obedece al imperativo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, cumpliendo satisfactoriamente con este requisito.
- Por último, al revisar la *proporcionalidad strictu sensu*, la Corte consideró que darle prevalencia a la sostenibilidad del Sistema y al principio de legalidad sobre los derechos del afiliado, implica generar una afectación desproporcionada a personas que se encuentran en situación de discapacidad, desequilibrando negativamente la relación jurídica de costo-beneficio (cc, Sent. T-503/2017).

Por ello, en el caso específico de la Sentencia T-503 del 4 de agosto de 2017 el Tribunal Constitucional encontró que exigir el cumplimiento pleno de los requisitos fijados por la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez resultaba desproporcionado y nugatorio de los derechos fundamentales de la accionante; máxime si esta se encontraba cerca del cumplimiento del requisito de densidad de semanas de cotización, pues alcanzó un total de 47,14 semanas. Por esta razón, y al constatar que se trataba de un caso límite, revocó

las decisiones de los jueces de instancia y ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por la actora.

A pesar de las bondades y de la concreción del componente social del Estado (Valadés, 2011, pp. 24-28) que denotan la decisión comentada, esta no estuvo exenta de controversia, por una serie de inconsistencias puestas de presente por el magistrado disidente⁸. Una primera crítica se centra en la forma en la que se totalizaron las semanas cotizadas por la accionante, pues en la providencia *sub examine* se adujo que contaba con un total de 47,14. Sin embargo, el reporte oficial de cotizaciones daba cuenta de 44,86 semanas sobre las que se aportó, a las cuales se agregaron 2,28 que aparecían en la historia de cotizaciones en salud. El magistrado que emitió el voto particular anotó que no era coherente desatender el total señalado en la historia laboral de la accionante, más aún si los aportes en salud no necesariamente implican que se hayan efectuado las cotizaciones al sistema pensional (cc, voto particular a la Sent. T-503/2017).

Dos cuestiones adicionales representan fuertes objeciones contra lo considerado y resuelto en la Sentencia T-503 de 2017. En primer lugar, en el salvamento se advirtió que en las decisiones que la Corte invoca como precedentes se tuvo en cuenta las siguientes situaciones sobre cotizaciones y porcentaje de pérdida de capacidad laboral:

- (i) La T-777 de 2009, en la que se le reconoció esta prestación a una joven de 23 años de edad, calificada con una pérdida de capacidad laboral del 76,45 %, que solo había cotizado 34 semanas;
- (ii) la T-138 de 2012, que amparó los derechos de una persona con VIH/sida, calificada con una pérdida de capacidad laboral del 61 %, que había cotizado 49 semanas;
- (iii) la T-670 de 2013, en la que se le negó la prestación a una persona calificada con una pérdida de capacidad laboral del 72,25 %, que cotizó 43,14 semanas;
- (iv) la T-915 de 2014, que le concedió la pensión de invalidez a una persona calificada con pérdida de capacidad laboral del 79,03 %, quien cotizó 49,72 semanas, y
- (v) la T-235 de 2015, en la que se acumularon y resolvieron casos diversos relacionados con

8 Carlos Bernal Pulido.

el reconocimiento de la pensión de invalidez, entre ellos el de una persona con una pérdida de capacidad laboral del 67,47 %, que cotizó 48 semanas, y a quien la Corte le reconoció dicha prestación. (cc, voto particular a la Sent. T-503/2017)

De esta consideración nacen las dos objeciones a las que aludimos: la primera, que apunta a que las decisiones invocadas como precedente versan sobre casos en los que la pérdida de capacidad laboral superaba en su mayoría el 60 %; por ello, se trata de situaciones mucho más gravosas que la de la accionante en la sentencia desglosada. Adicionalmente, el manejo que le ha dado la jurisprudencia constitucional al punto relacionado con la densidad de cotizaciones bajo las que se trataría de un *caso límite* no es claro (cc, voto particular a la Sent. T-503/2017); así, nada obstaría para que en el futuro, por razones de justicia, se vaya disminuyendo el número de semanas cotizadas que tiene en cuenta el Tribunal Constitucional, anulando los requisitos fijados por el legislador para acceder a la pensión de invalidez.

Desde una óptica positivista, García Amado (2006) ha puesto de presente el problema relacionado con la dificultad inherente a establecer cuándo nos encontramos ante un escenario de injusticia, al advertir que:

Por otro, cuando la ley no declarada inconstitucional, o, incluso, previamente declarada constitucional, proporcione para el caso una solución que no le haga justicia a este, habrá que hacer dejación de tal ley y resolver dicho caso desde lo que para él disponga la Justicia; o cualquier otro valor constitucional que venga al caso. Naturalmente, siempre queda pendiente la cuestión epistemológica: puesto que en una sociedad plural y de libertades con toda legitimidad rigen socialmente múltiples y muy variadas concepciones sobre qué sea lo justo, a qué obliga la solidaridad o en qué consiste el desarrollo libre de una auténtica personalidad. (p. 167)

De acuerdo con todo lo expuesto hasta ahora, cabe preguntarse: ¿es justificable que la jurisprudencia constitucional desatienda expresamente una norma sobre la cual no hay reproche jurídico alguno? ¿Cómo entender la anulación para el caso concreto de una norma válidamente expedida por

el legislador? Sobre estas cuestiones nos enfocaremos enseguida.

B. El impacto de la supremacía constitucional en algunos aspectos de la actividad judicial

Premisa. la supremacía de la Constitución proyecta una serie de efectos relevantes tanto en los referentes decisorios como en el papel que los jueces deben adoptar para asegurar la realización de los dictados de la Ley Mayor.

I. La supremacía constitucional como producto del neoconstitucionalismo

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la concepción positivista del Derecho, según la cual la separación entre este y la moral era un presupuesto necesario de la ciencia jurídica (Kelsen, 2009, pp. 71-80), se vio cuestionada por una proposición que comenzó a tomar como referente primigenio de estructuración ya no el dictado de la ley, sino el carácter imperativo de los derechos fundamentales, la fuerza vinculante de los principios y la garantía de la Constitución, fenómeno al que se ha llamado *neoconstitucionalismo* (Suárez, 2014, p. 320).

Entre las diversas características que identifican esta corriente, aparecen i) la atribución de carácter material a la Constitución; ii) su garantía en cabeza de los jueces; iii) su omnipresencia, apreciable en las repercusiones de los derechos fundamentales en todo el espectro jurídico; iv) la presentación de una regulación principista y abierta que lleva a que v) la Constitución se aplique siguiendo el método de la ponderación; vi) la ausencia de división entre las materias privativas del legislador y del poder judicial; y vii) la existencia de modelos argumentativos que no separen la Norma Superior de la ley (Bernal, 2009, p. 80). Para efectos de nuestro análisis, haremos hincapié en el carácter material y superior de la Constitución, la indeterminación de sus contenidos y la existencia de instrumentos enfocados en su garantía.

Afirmar que la Constitución es la norma de más alta jerarquía apunta a superar su concepción como compilación política estrictamente declarativa para reconocerle naturaleza normativa

(Suárez, 2014, pp. 322-323). Predicar la supremacía constitucional implica avalar un estado de cosas en el que a) la Carta Constitucional, desde una óptica material, es el fundamento esencial del orden jurídico político del Estado, y b) en el que, desde una arista formal, dicho instrumento obliga a que toda norma jurídica estatal guarde congruencia y compatibilidad con sus disposiciones (Bidart, 2016, p. 23), salvaguardando desde allí la unidad del ordenamiento jurídico.

Pasando a otra de las características bajo examen, para comprender a qué apunta la garantía de la Constitución, debemos partir de que la supremacía constitucional sin herramientas enfocadas en su aseguramiento haría inocuo este atributo. Es menester asegurar realmente la efectividad de sus mandatos para afianzar el respeto a lo establecido en el contrato político original. Las garantías constitucionales apuntan a permitir que esas decisiones políticas y la actividad comunitaria estén fundadas en lo prescrito por la Constitución (Ferreyra, 2015, p. 246). Si la función de la Constitución no es otra que fijar límites de naturaleza jurídica al ejercicio del poder, esas garantías aseguran que los límites trazados por la Ley Mayor no serán desconocidos (Kelsen, 1995, p. 5)⁹ por ningún detentador del poder.

Dentro del espectro de las garantías constitucionales, encontramos en primer lugar la de los derechos fundamentales. Esta categoría de derechos recoge aquellos que “[...] significan una línea de acción para el desarrollo de la fuerza del Estado. Implican, por ende, en su fundamentalidad, una condición primera o marco de referencia inexcusable, que de otra forma vaciaría a la libertad” (Ferreyra, 2015, p. 233). Su garantía permite hacerlos efectivos de manera reactiva: es a partir de la amenaza o afectación a esos derechos de primer grado que se reclaman y adoptan las medidas necesarias

9 En esta obra se presentan elementos desde los cuales el jurista austríaco refuta los planteamientos de Carl Schmitt, para quien nadie distinto al presidente del Reich debía ser el defensor de la Constitución; empero, Kelsen proponía un sistema de garantías alejado del componente político inherente a este funcionario, y proponía que la defensa de la Carta fuera ejercida por un tribunal judicial constituido para el efecto.

para restablecer la vigencia de lo consagrado en la Norma Superior en materia de derechos civiles y políticos (Ferreyra, 2015, pp. 248-294).

Además de la anterior, aparece la garantía jurisdiccional de la Constitución. Esta apunta a que la Carta siga siendo la norma mayor del ordenamiento jurídico, pues el deber del juez se contrae al hacer real y efectiva su ubicación superior dentro de la organización escalonada de las normas. Este control jurisdiccional puede abordarse como una garantía general, pero también como una garantía propia de los derechos fundamentales, frente a la que el funcionario competente decide sobre su posible violación (Ferreyra, 2015, p. 248).

Para asegurar la garantía jurisdiccional, es indispensable contar con un “defensor de la Constitución”, con un órgano encargado de salvaguardarla ante situaciones en que, por acción u omisión, se atenta contra sus mandatos. Ha habido diversas posiciones sobre el particular, pues por ejemplo Schmitt planteó la idea de que la Constitución fuera defendida por la cabeza del Reich, mientras que Kelsen advirtió que esa tarea debería asumirla un tribunal constitucional independiente, de naturaleza jurisdiccional (Kelsen, 1995, p. 5; Vita, 2014, pp. 87-96)¹⁰. Colombia se decantó por esta última opción, función ejercida de modo primigenio por la Corte Suprema de Justicia, y desde 1991 por la Corte Constitucional.

Finalmente, cuando se alude a la indeterminación de los contenidos constitucionales, atributo que la aleja de la ley en tanto en cuanto esta última aborda una materia precisa y concreta, encontramos que esa característica de sus contenidos y del lenguaje en ellos empleado facilita la tarea de desarrollar los mandatos superiores en diversos grados (Suárez, 2014, pp. 322-323). Adicionalmente, esa misma indeterminación facilita la interpretación de su texto, en aras de desentrañar y precisar el sentido de su contenido (Bidart, 2016, p. 19).

Empero, esas connotaciones del constitucionalismo plantean una tensión con el lugar de la

10 Tal y como advertimos, a lo largo de la obra referida Kelsen refuta los planteamientos schmittianos, que fincaban en el presidente del Reich la defensa de la Constitución.

legislación y el paradigma jurídico decisional anteriormente vigente, cuyo eje se encontraba en el acatamiento absoluto de la ley por parte del operador jurídico, ayudado por la ausencia de fuerza vinculante para la Constitución (Arrieta, 2009, p. 65).

II. Ruptura con el paradigma tradicional de decisión judicial

La necesidad contemporánea de asegurar la supremacía de la Constitución, a través de las garantías fijadas para ello, conlleva readecuar la forma en la que se venía aplicando la normatividad para absolver casos particulares. Las disposiciones constitucionales y el precedente surgido desde su interpretación, gradualmente se han erigido como el fundamento esencial de las decisiones que los jueces adoptan en cada uno de sus ámbitos competenciales (Arrieta, 2009, p. 67).

Para desarrollar el tema propuesto, analizaremos algunas particularidades del proceso de decisión judicial antes de la Carta de 1991, que cobijaba la actividad de las cortes preconstitucionales¹¹. Tomando como referente la Corte de Casación francesa, cuya naturaleza se asemeja a la función que sobre el particular ejerce la Corte Suprema de Justicia colombiana, encontramos que aquella no tenía como objeto velar por el respeto de los derechos que les asisten a los asociados. Más bien, era el de asegurar la supremacía de la ley en un litigio específico; protegía al legislador mas no a la persona en sus derechos (Martínez, 2009, 104).

Pero, ¿bajo qué parámetros actuaba la Corte Suprema de Justicia colombiana cuando fungía como juez de casación? Contrariamente a lo que se pudiera pensar, la decisión judicial no seguía el modelo legalista liberal basado en el textualismo interpretativo y en el silogismo perfecto, que partía de la norma como premisa mayor, tomaba los hechos del caso como premisa menor y llegaba a una conclusión a la luz de la consecuencia que la norma fijaba. Incluso los seguidores de la escuela de la exégesis tenían presente que la interpretación

de la norma era una necesidad ineludible (López, 2004, p. 189).

La decisión del juez tenía en cuenta el tenor literal de la norma, pero acudía también al conceptualismo alemán, al elemento sistemático de interpretación (García Amado, 2006, pp. 153-156). Con ello se lograba dotar de coherencia al sistema jurídico y salvar eventuales lagunas o antinomias normativas (López, 2004, p. 190).

Bajo estas pautas se estructuró la decisión judicial que imperó en las cortes preconstitucionales, aunque debemos mencionar el importante interregno que en la década de 1930 brindó la llamada “Corte de Oro”. En este período, la Corte Suprema de Justicia colombiana criticó duramente el excesivo formalismo de la ley y los códigos (López, 2009, p. 285), creando una jurisprudencia modernista que evidenciaba las siguientes características:

- Insistencia en una serie de nuevas circunstancias sociales, económicas e ideológicas que derivaban en una concepción antiformalista del Derecho.
- Se criticaba con dureza la separación entre el Derecho y la moral, ayudando a relativizar los derechos particulares, tener una concepción solidarista y a proyectar cambios en el ámbito de las políticas públicas (López, 2004, pp. 306-307).
- Las doctrinas de la “Corte de Oro” no partían de la literalidad de los textos legales, sino de la comprensión antiformalista del Derecho encaminada a la concreción de la justicia material (López, 2004, p. 308).

Sin embargo, la nueva tendencia jurisprudencial se agotó al finalizar la década de 1930, pasando a un modelo supuestamente basado en la teoría kelseniana, que facilitó el arraigo de la concepción clásica mencionada. Siguiendo a López (2004), se dio un proceso de “adecuación metodológica” que partió de la fusión del modelo decisorio clásico y la forma en que la doctrina de Kelsen fue acogida

¹¹ Bajo este nomen agrupamos a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, corporaciones judiciales anteriores a la expedición de la Carta Política de 1991.

en Colombia (p. 399)¹². El anclaje del modelo decisorio clásico de los jueces se apreciaba en todos los ámbitos de la disciplina jurídica —administrativo, civil, laboral y penal— favorecido por la codificación de la mayor parte de la normatividad aplicable en cada una de ellas. Así se explicaría el arraigo del legalismo en el ejercicio de la actividad de las cortes preconstitucionales (López, 2004, p. 438).

En síntesis, la constante en el ejercicio de la función judicial fue la decisión con apego estricto a las disposiciones legales, combinando la exégesis y la interpretación sistemática, junto con la estabilidad propia de las normas que integraban el marco de decisión de las cortes preconstitucionales (Suárez, 2014, pp. 333-334).

A pesar de lo anterior, no podía perderse de vista la transformación jurídica acaecida simultáneamente en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial. En ese momento la justicia constitucional se abrió paso no solo para controlar la validez de las leyes, sino también para otorgar eficacia jurídica a la Norma Fundamental, específicamente en cuanto a los derechos y la soberanía popular (Martínez, 2009, p. 103). Sería cuestión de tiempo que este neoconstitucionalismo llegara a Colombia.

Y así fue. A partir de la expedición de la Carta de 1991, la Corte Constitucional se convirtió en un organismo receptor, adaptador y legitimador de nuevas formas de entender el Derecho. Su función implicaba acudir a teorías que permitieran racionalizar aquellas áreas del Derecho por explorar, como la de los derechos fundamentales (López, 2004, p. 435), y que necesariamente debían ser abordadas por la Corte en su calidad de juez de constitucionalidad y de revisión de tutela.

Para apartarse del formalismo imperante y, paulatinamente, lograr que su jurisprudencia permeara la actividad de las cortes preconstitucionales,

fue necesario acudir a teorías y metodologías que propiciaran el desarrollo de principios y derechos fundamentales; ello facilitó la ruptura con el formalismo clásico a partir de fundamentos jurídicos objetivos y progresistas (López, 2004, pp. 456-457)¹³.

III. El activismo judicial: consecuencia del paradigma neoconstitucional

Guardando coherencia con el problema propuesto, interesa tratar de generar una aproximación al concepto de activismo, derivado de la actividad del poder judicial. Siguiendo a Castaño Peña (2013), tenemos que el activismo judicial se presenta cuando el juez profiere una decisión que trasciende la aplicación estricta de la ley; sin embargo, también ha sido concebido como una figura en virtud de la que el juzgador contiene a los otros poderes públicos de acuerdo con los preceptos materiales y procedimentales de la Constitución, asegurando con sus sentencias la protección de libertades individuales (pp. 119-160). De estas conceptualizaciones surge la posibilidad de entender el activismo judicial de diversas maneras.

Históricamente, por ejemplo, se puede apreciar algún activismo en la decisión que en 1954 tomó la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown vs. Topeka Board of Education*, que proscribió la segregación racial en el sistema educativo norteamericano. Esa corporación intervino a partir de las disposiciones constitucionales en una cuestión con un tinte político, pero que tenía serias repercusiones en la órbita de los derechos de los afrodescendientes (Maraniello, 2008, p. 126). La posibilidad de presentar entendimientos alternativos de una norma o política pública desde los mandatos de la Constitución Política nos muestra un tipo de juez alejado de una actitud pasiva, cuya

12 El profesor cuya obra se trajo a colación enseña que: “La recepción local del positivismo kelseniano produjo la estabilización del clasicismo como forma básica de conciencia jurídica local. En el ‘derecho civil’ de Arturo Valencia Zea se da una fusión cultural entre el clasicismo y kelsenianismo; el kelsenianismo será visto como un proceso de actuación metodológica del derecho civil clásico”.

13 El autor explica el efecto de soporte teórico y metodológico que las teorías de Hart, Dworkin y Alexy le brindaron a la jurisprudencia de la primera Corte Constitucional (1992-2000), ayudando a presentarla como una Corporación progresista y vanguardista en materia de protección de derechos.

función esencial será asegurar la realización de la justicia material como fin último de su actividad.

Empero, el activismo es un concepto que generalmente se utiliza de manera despectiva, pero que puede tener aristas positivas y negativas. En el primer caso, facilita la creación de derechos o la ampliación de estos por vía jurisprudencial, así como la exhortación a las autoridades competentes para generar variaciones normativas requeridas a la luz de la Constitución. Sin embargo, también podría terminar avalando el proceder de las autoridades cuando este conlleva excesos o desviaciones en el ejercicio del poder.

Así por ejemplo, en el ya invocado caso *Brown vs. Topeka Board of Education* se presenta un activismo positivo que motivó transformaciones sociales al comenzar a forjar el camino para procurar eliminar la discriminación racial. Mientras en la Alemania nazi los jueces se convirtieron en legitimadores del régimen, al punto de que la Corte Suprema del Reich acogió la defensa de Estado como criterio para justificar el homicidio (Marianello, 2008, pp. 129-131); esto tan solo por evocar un par de ejemplos que ilustran que el activismo judicial es un concepto neutro, cuyo contenido se delimita a partir de cada caso concreto. Es así como las disposiciones jurídicas necesariamente están acompañadas de las circunstancias políticas que las rodean (Zaffaroni, 2017, p. 286).

Vale anotar que la noción comentada encuentra su punto de apoyo en la supremacía constitucional. Como vimos, la concepción actual del Derecho no solo lleva a que la Constitución sea tomada como la norma de normas, ubicada en la cúspide de la jerarquía normativa, sino a que desde ella las autoridades públicas determinen la forma y el contenido de sus actos. La textura abierta de los mandatos constitucionales ha llevado a que los tribunales se vuelvan protagonistas mediante la adopción de decisiones que se apartan del formalismo riguroso propio de la aplicación mecánica de la ley (Marianello, 2008, p. 126).

Ubicados en la jurisprudencia nacional, en un amplio número de decisiones de la Corte Constitucional podemos advertir una tensión entre la protección de derechos fundamentales y las competencias de las diversas ramas del poder público.

Basta recordar, por ejemplo, las decisiones de esa corporación relacionadas con el estado de cosas inconstitucional, en las que a partir de la constatación de la violación sistemática de derechos fundamentales a un grupo poblacional determinado, se adoptan decisiones que impactan políticas públicas, con un mayor compromiso presupuestal frente al inicialmente determinado¹⁴. Igualmente, denotan activismo judicial las determinaciones en las que la Corte Constitucional entra a subsanar algún déficit de protección iusfundamental de grupos concretos. Este es un caso en el que se produce una tensión con las competencias que constitucional y legalmente le asisten al Congreso de la República¹⁵.

Recogiendo lo expuesto, el activismo judicial implica la existencia de un modelo organizacional en el que el juez cobra un papel dinámico y protagónico en la realización de diversos objetivos a partir de lo dispuesto en la Norma Superior. Ese papel, sin embargo, puede llenarse con decisiones tanto benévolas como lesivas para los derechos y la organización estatal en general.

C. La derrotabilidad de la ley como consecuencia de la supremacía de la Carta

Premisa. El neoconstitucionalismo aleja la materialización de los derechos de su consagración legal. La derrotabilidad de la ley es, entonces, una consecuencia de la doble naturaleza —jurídica y moral— que actualmente le asiste al Derecho.

En las líneas que anteceden presentamos una serie de aproximaciones conceptuales; ellas, en conjunto, nos muestran que el régimen constitucional colombiano faculta al Congreso de la República, como órgano titular de la cláusula general de competencia legislativa, para que entre otras cosas regule las condiciones bajo las que habrá de hacerse efectivo el derecho a la pensión de invalidez. Sobre

14 En esta perspectiva, ver por ejemplo Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013, MP María Victoria Calle Correa.

15 Sobre el particular, ver Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016, MP Alberto Rojas Ríos.

este último particular, la Corte Constitucional ha trazado una línea jurisprudencial en virtud de la que es posible acceder a esa prestación a pesar de no cumplirse con el requisito de semanas cotizadas fijado en la Ley 100 de 1993 o en la 860 de 2003, siempre que las particularidades del caso denoten la afectación grave de derechos fundamentales.

De igual manera, destacamos que entre las consecuencias que el llamado neoconstitucionalismo ha tenido en la actualidad, aparece la del entender la Constitución como la *norma normarum* del ordenamiento jurídico, asegurando coherencia desde sus dictados hacia los demás componentes de aquel. Igualmente, presenciamos la ruptura del paradigma decisorio judicial debido a que la subsunción estricta del caso en los dictados de la ley emanada del Congreso ha sido morigerada desde la inclusión de los principios como referente decisorio. Por último, estas situaciones han permitido el abandono de la concepción del juez como mero aplicador de la ley, para permitirle ejercer un papel activo que dinamiza el Derecho y lo habilita para que su actuar se apegue más a la consumación de la justicia.

Visto lo anterior, es necesario establecer si a la luz de esas consideraciones se puede explicar la anulación en casos específicos de los mandatos legales, desconociendo la legitimación democrática al producto de la actividad del Congreso de la República, bajo la premisa de aplicar directamente la Constitución en busca de la garantía de los derechos fundamentales.

Comencemos por recordar que el sistema jurídico actualmente integra tanto reglas como principios que, a pesar de coincidir en cuanto al atributo de la fuerza normativa, presentan diferencias relevantes. En efecto, los principios son mandatos de optimización que buscan que el bien jurídico que consagran sea realizado en la mayor medida, según lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas; estas últimas consideran tanto los principios como las reglas antagónicas. Empero, las reglas demandan el cumplimiento cabal de su dictado, de tal modo que únicamente contienen determinaciones que pueden o no ser alcanzadas (Alexy, 2016, p. 17).

Esas reglas, aclarando que existen diversas maneras a partir de las que pueden estructurarse, pueden ser *condicionales*, lo que significa que contienen un antecedente o supuesto de hecho que, de realizarse, implicará necesariamente la producción de una consecuencia jurídica (García Yzaguirre, 2012, p. 466). Ante esta clase de estructuras, es posible que se apliquen los postulados de la lógica monotónica o de la no monotónica. Veamos.

Luego de construir un argumento basado en normas condicionales, existe la posibilidad de que, de agregar algún tipo de información a él, no exista variación en cuanto a la conclusión a la que se arribó; en estos casos, estaremos ante la presencia de la lógica monotónica. *A contrario sensu*, si la conclusión a la que se llegó al estructurar el argumento se ve alterada por premisas adicionales, estaremos ante una situación en la que se aplica la lógica no monotónica (León, 2013, pp. 4-5).

Es claro que en el caso pluricitado de las normas condicionales, la ocurrencia de su supuesto de hecho marca la pauta para llegar indefectiblemente a una conclusión. Sin embargo, esta consecuencia es dable *prima facie*, ya que, de cumplirse con una carga argumentativa sólida a partir de los principios del ordenamiento jurídico, será posible menogar o suspender la realización de la consecuencia propia de la norma (García Yzaguirre, 2012, pp. 465-466). El resultado alcanzado a partir de la existencia de prioridades *prima facie*, no es otro distinto a la existencia de órdenes ligadas a la carga de argumentación propia de cada caso particular, que impiden predicar tajantemente la existencia de una determinación definitiva (Alexy, 2016, p. 21).

Aparece entonces la derrotabilidad de las normas jurídicas, entendiendo por esto último el fenómeno en el que, a pesar de cumplirse con el supuesto de hecho propio de un enunciado jurídico, no se aplican las consecuencias inherentes a él (García Yzaguirre, 2012, pp. 471-472); esto porque la intervención de un principio constitucional o derecho fundamental así lo impone. Si recogemos la noción presentada sobre la lógica no monotónica, se podría afirmar que la derrotabilidad sucede cuando la conclusión inmersa en un argumento jurídico cambia al introducir en este un principio o derecho fundamental que resulta ajeno a

aquellos comunes en la norma condicional (León, 2013, p. 6-7).

Es más, podemos conceptualizar la derrotabilidad de la norma jurídica como la exclusión de la consecuencia jurídica propia de la regla pertinente a un caso concreto, en la medida en que aparecen principios que minan el soporte de aquella en una situación específica. Estimamos viable afirmar que la derrotabilidad de las normas es resultado de la introducción de los principios en la estructura argumentativa edificada para solucionar casos concretos. Ello refleja la doble naturaleza que Alexy (2016) le atribuye a la disciplina jurídica, contentiva de una dimensión real y fáctica —definitoria de lo legal—, y de una ideal o crítica —ligada a su corrección moral—. Este último es un elemento que se erige como un atributo necesario de las normas jurídicas, alejándolo de la concepción del positivismo (Alexy, 2016, p. 25).

Todo lo anterior puede apreciarse en la jurisprudencia constitucional sobre los casos límite en materia de pensión de invalidez. Prima facie, existe una norma que, como condiciones de acceso a la pensión de sobrevivientes, establece un porcentaje de pérdida de capacidad laboral y número de semanas cotizadas dentro de cierto lapso. La conclusión a la que se llegue en cada caso concreto en que se depreque el reconocimiento prestacional, dependerá del cumplimiento fiel a esas exigencias establecidas previamente por el legislador. O lo que es igual, el derecho a la pensión de invalidez dependerá, en principio, de una conclusión afirmativa en un argumento estructurado a partir de 1) los requisitos de pérdida de capacidad laboral y semanas de cotización derivados de la norma aplicable al caso concreto, y 2) su cumplimiento por parte del afiliado al sistema pensional.

Empero, si la conclusión en el argumento es negativa porque no se reúne el número de semanas cotizadas; si al seguir las pautas de la lógica no monotónica introducimos la necesidad de salvaguardar el mínimo vital, o la de proteger a quienes por su condición física se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, es posible que esta cambie y se concluya que se debe reconocer la pensión en comento a pesar de la ausencia de uno de los requisitos de ley.

La norma legal que regula las condiciones de acceso a la pensión de invalidez resultará derrotada por la inclusión en la estructura argumentativa —aplicación directa— de los principios o derechos fundamentales. Si bien es cierto las condiciones de ley, prima facie, señalan los requisitos para adjudicar el derecho a la pensión de invalidez, los principios se traducirán en excepciones implícitas a aquellos, las que habrán de validarse según las condiciones de cada caso concreto.

Por ende, la derrotabilidad de las normas jurídicas es una consecuencia de la coexistencia de estas con los principios y derechos fundamentales al interior del sistema jurídico; y se traduce en que estos últimos introducen unas excepciones implícitas a los dictados de la ley sobre pensión de invalidez, que habrán de revisarse en cada situación particular. Como lo destaca López (2015):

Los principios por su carácter de norma general y abstracta serían el “gran depósito de condiciones implícitas que pudieran alterar la correlación entre el caso genérico y la solución normativa”. Un tipo de normas cuyas condiciones de aplicación no pueden ser determinadas *ex ante*, ya que solo aparecen como determinables. (p. 60)

Es así como el neoconstitucionalismo, en casos como el objeto de análisis, prohija que, al momento de decidir un caso, el juez también tenga en cuenta, además de las razones que giran alrededor del contenido del derecho cuya aplicación se reivindica, toda consideración ligada a otros derechos y bienes jurídicos relevantes propios del problema jurídico a resolver (Bernal, 2008, p. 53).

El iuspositivismo resta validez a todo aquello que se encuentra por fuera de su radio de acción. Pero el constitucionalismo moderno impone incluso la limitación de algunas potestades del Estado si con ello se aseguran los derechos fundamentales de la persona. Más puntualmente, “[n]ada de esto puede alcanzar medida y eficacia si quedamos prendidos a la discrecionalidad del voluntarismo normativo” (Bidart, 2007, p. 39). La jurisprudencia sobre casos límite en pensión de invalidez, si bien puede demandar algunos ajustes enfocados en la precisión de sus condiciones de aplicación, demuestra el papel de la Constitución, del juez y de

las estructuras argumentativas de la decisión para darle prelación a los derechos fundamentales sobre el voluntarismo normativo.

D. Conclusión

Luego de revisados algunos y articulados los conceptos clave, podemos presentar una conclusión de carácter general y otras específicas, a saber:

Como conclusión general, tenemos que la derrotableidad de las normas de rango legal, si bien sí constituye un menoscabo al producto de la actividad del Congreso, la ley, se explica desde la presencia de derechos fundamentales y principios en la norma superior del ordenamiento jurídico; derechos y principios que implícitamente pueden generar excepciones *ex post* a la consecuencia jurídica dispuesta por la legislación. El neoconstitucionalismo, con algunas de sus características como la supremacía constitucional o el papel activo y dinámico del juez, apareja necesariamente que las normas jurídicas en casos concretos puedan verse anuladas para darle prelación aplicativa a los dictados de la Ley Mayor.

Específicamente, las consideraciones esgrimidas con anterioridad nos permiten concluir que:

i. La jurisprudencia sobre casos límite en el ámbito de la pensión de invalidez encuentra asidero en la concepción alexiana sobre el Derecho, ciencia a la que le atribuye una esfera positiva, pero igualmente sujeta a cierto contenido moral. De allí que se considere la situación particular de quien reclama amparo constitucional, y desde allí se establezca la viabilidad de protección a la luz de los derechos fundamentales.

ii. La doctrina que sirvió de referente base a este análisis nos muestra un evento argumentativo de lógica no monotónica, en la medida que la conclusión a la que se llega luego del análisis del cumplimiento en el caso particular de los requisitos legales para la pensión de invalidez, puede verse alterada si se incluyen en el análisis las incidencias de los principios y los derechos fundamentales. La subsunción estricta se ve, entonces, cuestionada.

El papel activo del juez de tutela, quien analiza cada caso concreto desde el contenido y alcance de los derechos fundamentales y se encarga de

velar por la real supremacía de la Constitución. Al hacerlo así, queda habilitado para contravenir el texto legal cuando ese proceder anule principios y derechos fundamentales.

Para finalizar, es pertinente recordar lo planteado por el profesor Bidart (2007): “Lo que al constitucionalismo le importa es el ‘título’ *extrapositivo* de los derechos porque así elimina su dependencia respecto de las formulaciones normativas, sin otra dimensión que la de positividad” (p. 39). La Corte Constitucional, con esta doctrina, ha sentado que la subsistencia de quienes se encuentran en un grado significativo de invalidez y les faltaban pocas semanas para cumplir la exigencia legal sobre el particular, es un asunto de la mayor pertinencia constitucional, incluso llevándolo a escapar de la dimensión de la positividad.

Referencias

- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Arenas, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Editorial Temis.
- Arrieta, V. (2009). La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, 2, 65-69.
- Bernal, C. (2008). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bidart, G. (2007). *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart, G. (2016). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Castaño Peña, J. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (31), 119-160.
- Cepeda, M. (2003). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-760/2004 (MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes), 10 de agosto.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-043/2007 (MP: Jaime Córdoba Triviño), 1º de febrero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-429/2009 (MP: María Victoria Calle), 1º de julio.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-247/2012 (MP: Álvaro Tafur Galvis), 9 de abril.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-914/2013 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva), 4 de diciembre.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-503/2017 (MP: Alberto Rojas Ríos), 4 de agosto.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-053/2018 (MP: Alberto Rojas Ríos), 22 de febrero.
- Ferreira, R. (2015). *Fundamentos constitucionales*. Buenos Aires: Ediar.
- García Amado, J. (2006). ¿Existe la discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría*, (35), 151-172.
- García de Enterría, E. (1994). La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Recuperado de http://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf
- García Yzaguirre, J. (2012). La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas. *Dikaion*, (21), 459-487.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- León, M. (Noviembre de 2013). El concepto de derrotabilidad en H. L. A. Hart. Un punto de vista lógico. Recuperado de <file:///C:/Users/DiegoFelipe/Downloads/ElconceptodederrotabilidadenH.L.A.Hart.Unpunto-devistalógico.MiguelLen.pdf>
- López, D. (2004). *Teoría impura del Derecho*. Bogotá: Editorial Legis.
- López, D. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- López, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? *Revista de Derecho*, (23), 53-67.
- Maraniello, P. (27 de junio de 2008). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>
- Martínez, M. (2009). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rousseau, J. (2017). *El contrato social*. Bogotá: Editorial Taurus.
- Suárez, W. (2014). La constitucionalización del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, (129), 317-351.
- Valadés, D. (2011). *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Vita, L. (2014). *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Buenos Aires: Eudeba.
- Zaffaroni, E. (2017). *Doctrina penal nazi*. Buenos Aires: Ediar. [14]

