



Contribución del principio constitucional de solidaridad, en el marco del Estado social y democrático de derecho, frente al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Estudiante:

Juan Felipe Díez Castaño

**Universidad Autónoma Latinoamericana
Maestría en Educación y Derechos Humanos
Medellín**

2019

Contribución del principio constitucional de solidaridad, en el marco del Estado social y democrático de derecho, frente al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

*Trabajo de Grado como requisito para optar al título de
magíster en Educación y Derechos Humanos*

Estudiante:

Juan Felipe Díez Castaño

Asesor:

Paul Chambers

**Universidad Autónoma Latinoamericana
Maestría en Educación y Derechos Humanos
Medellín**

Contenido

INTRODUCCIÓN

1. SEGURIDAD SOCIAL Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
 - 1.1 SEGURIDAD SOCIAL COMO HERRAMIENTA PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LA FINALIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
 - 1.2 PIVCA COMO SOLUCIÓN A LA NO MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA.
2. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.
 - 2.1 PRINCIPIOS COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO.
 - 2.2 CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.
3. PENSIÓN DE INVALIDEZ EN FAVOR DE VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO.
 - 3.1 ASPECTOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LA PIVCA
 - 3.2 PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PIVCA

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN:

El Estado social de Derecho se erige como una forma de organización política idónea para la protección de los derechos humanos. En este, las autoridades estatales han de velar por la satisfacción holística de los derechos de sus asociados, entendiendo por ejemplo que el Estado no cumple sus fines con solo garantizar el derecho a la vida, sino que debe aquel ofrecer medios suficientes para garantizar una vida digna. Para este cometido, cabe decir que el Estado social de Derecho integra principios -v.gr dignidad humana, pluralismo, solidaridad-, los cuales cumplen varias funciones dentro del ordenamiento, pero tienen como fin último encausar el proceder estatal dentro de parámetros garantistas. Así pues, si se parte de la idea de que los principios orientan el devenir de la actuación Estatal dentro un marco jurídico, vale la pena establecer si estos pueden ser base para la creación de una ley, o qué rol juegan dentro de la creación normativa.

En este orden de ideas, nace en Colombia en la década de los 90 una ley transitoria que reconoce un auxilio pensional a quienes han sido víctimas del conflicto armado y en razón de este sufrieron un menoscabo en su integridad física y por tanto se encuentran imposibilitados para seguir trabajando por su sustento y el de su familia. Esta prerrogativa, a pesar de hacer parte del sistema de seguridad social, no atiende al principio de contributividad, uno de los elementos tradicionales de aquel, toda vez que para su reconocimiento, no se requiere haber cotizado al sistema general de pensiones.

Se evidencia entonces que la ley que reconoce la pensión a las víctimas del conflicto armado como una extensión del sistema de seguridad social, la cual encuentra inspiración en un principio diferente al de contributividad y que en razón de sus presupuestos apunta a encontrar su fuente en el principio de solidaridad, por tanto, el presente escrito procurará determinar ¿Cuál es la contribución del principio de solidaridad en el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado?

En aras de responder este interrogante el presente escrito, utilizando como herramienta el rastreo documental y como metodología el análisis hermenéutico, desarrollará un estudio a través de tres capítulos.

En primera medida se caracterizará la figura del Estado social de Derecho y la seguridad social como derroteros idóneos para la garantía de los derechos humanos, delimitando además la necesidad de la figura de la PIVCA como imperativa en el contexto del Estado Colombiano.

El segundo capítulo caracterizará teóricamente el concepto de “principios” y su relación con los fines del Estado social y democrático de derecho, y también construirá un concepto acerca del “principio de solidaridad” dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Dando pie de esta manera a la comprensión del rol que juega el principio de solidaridad en el ordenamiento colombiano y determinando qué nivel de influencia puede llegar a tener en la creación de leyes o decretos.

En un tercer capítulo se estudiará el marco legal y jurisprudencial de la PIVCA, esto con la intención de comprender a fondo sus requisitos y bases para poder así, finalmente, interrelacionar esta con el principio de solidaridad, determinando así el nivel de influencia de dicho principio en su reconocimiento.

Toma relevancia desarrollar este estudio dentro de un ámbito académico, toda vez que este tipo de análisis, realizados en contextos de reflexión e investigación, puede servir de base para ayudar a proteger los derechos humanos, en la medida que, a través de la educación, dan a conocer los mecanismos expeditos para velar por la materialización de los mismos.

Como se verá en este escrito, el auxilio de la PIVCA ha sido desconocida por el ordenamiento, incluso algunas autoridades la suponían derogada. Tampoco ha tenido un desarrollo doctrinal, así que lo que se pretende es acrecentar su estudio y de esta manera coadyuvar a la creación de herramientas educativas que propicien el cumplimiento de los derechos humanos en la medida que permitan enseñar de una manera más elaborada aquellos mecanismos idóneos para su protección.

1. SEGURIDAD SOCIAL Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

1.1 RECONOCIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO BASE DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO:

El Estado social de derecho ha sido definido por la jurisprudencia Constitucional entre otras, en sentencia SU 747 de 1998, como un tipo de organización política que parte de la concepción del Estado de derecho liberal, que busca la limitación del poder para garantizarle a los ciudadanos los derechos civiles y políticos y las libertades individuales. Consagrando medios idóneos que limiten el ejercicio arbitrario del poder en favor de la población.

En adición a lo dicho, la inserción del elemento social al Estado de derecho clásico liberal produce una mutación en este tipo de organización, que a partir de este concepto procura la intervención en la sociedad para, con base en una serie de valores tales como la dignidad humana, el trabajo en condiciones dignas y justas, el principio de solidaridad y la prevalencia del interés general, dar pie a la materialización de los derechos económicos sociales y culturales.

En el Estado social de Derecho, los llamados derechos secundarios se convierten en un medio idóneo para la materialización de los derechos primarios sobre los cuales se fundamenta la concepción racional de Estado, no entendiéndose entonces que el Estado cumple su función simplemente con proteger la vida de sus asociados, sino también debe propender por la consagración de medios efectivos que garanticen una vida digna. Esto, a través del planteamiento de los llamados derechos de segunda generación. Al respecto, Luigi Ferrajoli afirma:

Los derechos de libertad serán tanto más efectivos cuanto más apuntalados estén a su vez por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, todavía más obviamente, del derecho a la educación y a la

información. Sin la satisfacción de estos derechos, no sólo los derechos políticos sino incluso los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel (Ferrajoli, 2013, p.12)

De lo anteriormente citado, puede entenderse también que la deontología frente a la interpretación del ordenamiento jurídico, dentro del marco de los Estados sociales de derecho, comporta una visión que privilegia la primacía del derecho sustancial sobre interpretaciones en exceso formalistas que no contribuyen a la materialización de los derechos tanto de primera -libertades civiles y políticas-, segunda -derechos económicos, sociales y culturales- o tercera generación -derechos de los pueblos y del medio ambiente sano-.

De este modo todas las autoridades que operan en esta clase de organización política tienen el deber de obrar conforme al principio *pro homine*, mediante el cual, al realizar cualquier análisis sobre una norma jurídica, se dará una preponderancia superior al bienestar del individuo que a la aplicación exegética del texto legal. De esta forma, cuando existen varias razones que lleven a aplicar las normas de distintos modos, las autoridades deben optar por aquellas razones que resulten más favorables a la persona humana.

Lo anterior se evidencia en la siguiente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual decide acerca de la cobertura por parte del sistema general de seguridad social en salud, de medicamentos, servicios y procedimientos con cargo al plan obligatorio de salud POS, que está financiado con recursos públicos:

En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio ‘pro homine’. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (A-410 de 2016)

A propósito del fallo atrás indicado, vale anotar que dentro de los Estados sociales de Derecho el reconocimiento de la seguridad social es génesis o pilar fundamental de su estructura, significando esto que la efectivización de esta garantía es en sí misma la

realización de esta forma de organización política de la sociedad, entendiendo por seguridad social lo que uno de sus padres, William Henry Beveridge¹ (2008), afirmaba sobre aquella.

En 1942, este economista, en un informe presentado al parlamento de su país, indicó que el Estado tenía que ocuparse de los cinco *gigantes malditos*:

También dirán algunos que el logro de la seguridad tal como se define en este Informe, es decir, como seguridad de ingresos, es un objetivo insuficiente. Esta opinión no solo está admitida, sino que queda constancia de ella en el mismo Informe. **El Plan de Seguridad Social ha de formar parte de un programa general de política social. Es sólo una parte de la lucha contra los cinco gigantes malditos: contra la Necesidad física**, que es a la que se refiere concretamente; **contra la Enfermedad**, que frecuentemente es causa de la Necesidad y tiene otro séquito de males; **contra la Ignorancia**, que ninguna democracia debe permitir entre sus ciudadanos; **contra la Miseria**, que obedece principalmente a la distribución caprichosa de las industrias y la masa de población; y **contra el Ocio**, que consume la salud y desmoraliza a los hombres. Con dar a la seguridad el sentido no solamente de lucha contra la necesidad física, sino contra todos estos males en todas sus formas, **y con la demostración de que la seguridad puede ser compatible con la libertad, el espíritu de iniciativa y el sentido de responsabilidad de cada individuo para desarrollar su propia vida, la comunidad británica y quienes en otros países han seguido las tradiciones de este pueblo habrán rendido un servicio vital al progreso humano.**” (Subrayas y negrilla fuera de texto). (Beveridge, 2008, p. 108)

Como puede observarse, el señor Beveridge abogaba por un plan de seguridad social como parte general de un programa de política social, que obviamente sería conducido por el Estado, lo que implica acciones de solidaridad del estado y desarrollo de la igualdad positiva para proteger a los más vulnerables. Sin embargo, en el aparte citado también puede verificarse otro planteamiento muy importante cuando en aquel se expresa que la seguridad social debe ser compatible con la libertad, el espíritu de iniciativa privada y el sentido de

¹ Sir William Beveridge economista de profesión, se considera como uno de los padres de la seguridad social en el mundo, en 1942 presentó un informe al congreso que se le había encargado por el Ministro de trabajo británico, donde le pedía que diera una serie de recomendaciones sobre el sistema de seguridad social. Se le considera igualmente responsable de las bases del “*Welfare state*” o Estado bienestar británico que se desarrolló con posterioridad a la segunda guerra mundial.

responsabilidad de cada individuo para desarrollar su propia vida, mostrando así, que aquella debe amalgamarse con las libertades individuales propias de los estados liberales.

Con base en la línea expuesta, se hace posible determinar el marco de las acciones positivas del Estado, que se desarrollan a raíz de los principios de solidaridad e igualdad en materia de seguridad social, pues esas acciones de trato especial con el fin de equiparar a los desiguales solo pueden estar dirigidas a grupos vulnerables, con el fin de no establecer sistemas de asistencialismo parasitario que afecten el crecimiento económico, la productividad de una nación, y la sostenibilidad fiscal, incluso para que no se tergiverse el sentido de la equidad y la justicia en una sociedad democrática.

A pesar de esto, dentro del paradigma colombiano se han presentado casos en que el sistema ha desatendido sus bases de equidad y sostenibilidad en sentido negativo. Esto se puede evidenciar en el régimen solidario de prima media -uno de los dos regímenes pensionales-, donde el 20% más rico de la población se apropia del 81% de los recursos del régimen de prima media, mientras que el 40% más pobre no llega ni al 20%². Es decir, del dinero que destina el Estado, y los mismos cotizantes para financiar las pensiones, se está apropiando una minoría que disfruta de pensiones privilegiadas, que no fueron diseñadas bajo parámetros de sostenibilidad fiscal cuando entraron en vigencia normativa, lo que se tradujo en cotizaciones de bajo monto³ a cambio de pensiones de alto valor.

Ahora bien, desde la óptica del derecho internacional, la seguridad social se encuentra definida en cuanto a su núcleo esencial, en varios instrumentos que coinciden en entregarle a la misma los siguientes caracteres comunes: i) la seguridad social es un derecho que protege a la persona de contingencias que afectan su calidad de vida y dignidad humana, ii) la seguridad social generalmente se ha concretizado como el derecho a la protección en contra

² Los datos referenciados aparecen en un informe de FEDESARROLLO, denominado *El sistema pensional en Colombia-Retos y alternativas para aumentar la cobertura*.

³ Inclusive existen pensiones de más de 16 SMLMV, que no fueron financiadas en lo más mínimo, simplemente obteniéndose la prestación económica por el tiempo de servicios, como en la mayoría de casos del sector público antes de la ley 100 de 1993, norma que finalmente vino a establecer la obligación general a este sector, de cotizar al sistema de seguridad social integral.

de la desocupación, la vejez, la muerte y la incapacidad física o mental que imposibilitan al individuo para procurarse unos medios de subsistencia digna.⁴

Con base en lo argumentado es posible afirmar que la seguridad social es un pilar fundamental para los estados sociales de derecho, así lo ha considerado la Corte Constitucional de Colombia, quien ha sostenido:

Por otra parte, caber recordar brevemente que el surgimiento y consolidación del Estado social de derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, **entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social**, de manera tal que la actualización periódica de las mesadas pensionales sería una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en materia de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional. (C- 862 de 2006). (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En Colombia, la relación entre seguridad social y Estado social de Derecho es de importancia plena, toda vez que se muestra la primera como un instrumento adecuado para lograr un orden social y económico justo, en la medida de que esta lo que busca es la protección de la población en cuanto a ese núcleo esencial de contingencias el cual se señaló atrás - desocupación, vejez, muerte e invalidez-, máxime si se tiene en cuenta que según el último informe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, sobre el índice multidimensional de pobreza, en Colombia aquella fue del 19,6% para el total nacional, mientras que en 2016, fue del 17,8%, por lo que según esta cifra la misma va en aumento.

Factores como la desocupación, la vejez, la muerte y la invalidez están estrechamente ligados a un fenómeno como la pobreza, pues suponen retos para que las personas puedan procurarse los medios de subsistencia dignos. Es por lo anterior que la seguridad social, al amparar estos riesgos, contribuye a una de las finalidades del Estado social de derecho, que ha sido definido por la Corte Constitucional como *cláusula de eliminación de las injusticias presentes*, entre

⁴ La presente información ha sido extractada de los siguientes instrumentos internacionales: Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales PIDESC de 1966, Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988.

las que se encuentra la pobreza, por ser fuente de toda violación de derechos humanos. A este respecto, esa Alta Corporación señaló:

De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los **derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población** -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado **cláusula de erradicación de las injusticias presentes** (T-319 de 2009). (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Entonces, en resumen, la seguridad social se erige como una herramienta indispensable para el Estado social de Derecho, organización política a quien le corresponde remover todo obstáculo que impida a los seres humanos disponer de los medios económicos y las oportunidades que les permitan tener la libertad de desarrollar un proyecto de vida digno. En términos de Amartya Sen, citado por Adela Cortina (2017):

Siguiendo la bien acreditada tradición de la teoría de las Necesidades, lo primero es atender a las necesidades básicas, liberarse de la necesidad. Pero si no es ese el caso, y yendo a la raíz de un concepto más amplio de pobreza esta supone para quien la padece falta de libertad, imposibilidad de llevar adelante los planes de vida que tiene razones para valorar. (p. 130)

Es que el mandato de erradicación de las injusticias presentes convoca al Estado Social de Derecho a fomentar la idea de justicia como capacidad, esto es, a entender que existen obstáculos que, como la pobreza, afectan la idea de libertad. Así lo entiende Cortina (2017):

El derecho a una vida sin pobreza es un derecho de las personas al que corresponde el deber de las sociedades de procurarles los medios para satisfacerlo. Esto es lo que se sigue del reconocimiento de que los seres humanos tienen dignidad y no un simple precio. Es verdad que proteger este derecho tiene también repercusiones positivas para la paz social, y eso es una excelente noticia, pero ayudar a salir de la trampa de la pobreza corresponde al derecho de las personas a vivir una vida en libertad. (p. 142).

Esta garantía se debe procurar atendiendo a factores ontológicos que permitan una lectura acertada de las realidades acontecidas dentro del complejo devenir de un país como

Colombia, pudiendo así dar pie a poder otorgar un trato diferente a quien lo necesite, o revistiendo de acciones efectivas a la población para poder materializar sus derechos.

1.2 PIVCA COMO SOLUCIÓN A LA NO MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO.

En este orden de ideas, luego de este giro del Estado respecto a la concepción de los derechos, en el que se procura su desarrollo a través de concepciones evolucionadas de estos, buscando su trascendencia más allá de su enunciación a través de la creación de medios de garantía efectivos para su protección, surge la problemática de que dicho fin no puede satisfacerse con un nivel de inmediatez irreal; por el contrario, se parte de este parámetro como un fin y se procuran herramientas para que, escalonadamente, los fines estatales sean una realidad.

En razón de lo anterior, en la concepción de Estado social de Derecho se parte de un desarrollo progresivo por medio del cual si bien se tiene como horizonte la creación de medios políticos, reglamentarios y técnicos que permitan alcanzar un escenario de reconocimiento pleno de los postulados de carácter axiológico sobre los cuales se erige esta forma de organización, esta es una pretensión la cual no podrá verse materializada con una inmediatez utópica, sino más bien atendiendo a prepuestos fácticos y ontológicos que se desarrollan teniendo en cuenta la regla de sostenibilidad fiscal. Al respecto el Tribunal Constitucional Colombiano ha manifestado:

De otro lado, las reglas de responsabilidad fiscal dirigidas a la promoción de la sostenibilidad financiera, en tanto son útiles para asegurar la realización sostenible de los derechos fundamentales, también deben ser tenidas como una herramienta al servicio de los principios y fines del Estado Social de Derecho. (C- 258/13)

Con lo anterior es posible afirmar que el Estado no puede lanzarse ciegamente a la aplicación de políticas en extremo asistencialistas que desconozcan la realidad financiera sobre la cual se sustenta, sino que debe respetar parámetros propios que procuren equilibrar tanto la garantía de los derechos, como su perpetuación económica en el tiempo.

Aún con esto, no puede el Estado desatender su fin último, sino que debe procurar una armonía entre los preceptos necesarios para seguir en funcionamiento, sin perjuicio de que los medios de garantía sean idóneos para la satisfacción de los derechos de sus asociados. Esta situación se ejemplifica en una providencia del año 2013, en donde el Máximo Tribunal

Constitucional se refirió al principio de sostenibilidad fiscal, al reducir los elevados montos pensionales de los que gozaban los congresistas colombianos, aduciendo que el ahorro generado de esta decisión se debería destinar a una ampliación del sistema de seguridad social.

El principio de sostenibilidad fiscal sólo es relevante en cuanto justifica que el ahorro generado por esta providencia sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho. (C-258/13)

Con lo anterior se quiere decir que si bien se debe propender por la construcción de políticas, leyes y actuaciones judiciales que busquen una satisfacción absoluta de los fines sobre los cuales se apoya el discurso constitucional moderno, no se puede esperar que con su sola declaración el paradigma de la realidad mute y se entiendan satisfechos todos los derechos de los integrantes del Estado. Esto, entre otras cosas, por dos motivos fundamentales: i) La sostenibilidad fiscal como se planteó anteriormente y ii) Que al legislador le es imposible prever todas las situaciones fácticas que pueden ocurrir dentro de las dinámicas propias del ser humano.

Siguiendo esta línea, se debe tener en cuenta que los planteamientos legales del Estado emanan de la naturaleza deontológica del ordenamiento jurídico, que procura el cumplimiento de los fines a través de sus actuaciones. En este sentido, el ente legislador de todo Estado debe intentar prever las situaciones fácticas que pueden ocurrir en la realidad y formular consecuencias jurídicas que vayan en armonía con los fines que el orden constitucional persigue. Es decir, debe partir de paradigmas hipotéticos al momento de propalar el tenor de la norma.

A pesar de lo anterior, resulta imposible pensar que el Estado a través de las leyes va a poder abarcar de manera específica todas las situaciones que pueden ocurrir en la realidad; por esto es posible que escapen de la previsión del legislador situaciones o hechos que acontecen en razón del trasegar propio de las acciones humanas, las cuales pueden colocar en riesgo manifiesto o causar un daño directo a los derechos de quienes forman parte del Estado, imposibilitando la garantía completa de los derechos a través de la aplicación exegética de las normas.

La existencia de un ordenamiento jurídico que solo atienda criterios generales, sin tener en cuenta realidades extraordinarias es injusta: Así lo enuncia Hernán Valencia (2007), citando a Aristóteles:

(...) La ley necesariamente siempre es general y que hay ciertos objetos que no pueden ser regulados convenientemente por disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones que no pueden ser regulados convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley, por esto, no es menos buena; la falta no está en ella, tampoco en el legislador que la dicta; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta precisamente es la condición de todas las cosas prácticas. *Por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar como él mismo lo haría, si estuviera presente, es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata.*” (p. 129)

Esta cuestión implica para las autoridades estatales el deber de mantener una permanente acción tendiente a darle aplicación a parámetros que velen por el trato especial a favor de las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta, cuya realidad produce los casos extraordinarios, identificando con atención dichas problemáticas que representan un óbice para la verificación del valor justicia que está relacionado con la *cláusula de erradicación de las injusticias presentes*, propia del Estado social de derecho y de la que ya se habló con anterioridad.

Por consiguiente, se puede afirmar que el legislador no puede pronosticar todo lo que puede acontecer en la realidad, y que las normas creadas en determinado momento se verán como insuficientes para la satisfacción de los fines del Estado si estas carecen de medios que las dinamicen con los fenómenos sociales que ocurren en el mundo del ser.

Un claro ejemplo de esta imprevisibilidad del Estado se evidencia en cuanto a la protección del derecho a la seguridad social de los trabajadores del sector rural⁵ en Colombia.

⁵ A escala internacional no existe una definición estándar del término «rural» que sea aplicable a todos los países, pero el tamaño de la localidad o la división civil más pequeña de un país es lo que se utiliza en

Entendiendo como este, aquella persona que encuentra su sustento mediante el desempeño de actividades agrícolas, realizadas dentro de zonas geográficas alejadas de las grandes urbes. Es decir, trabajadores que dependen de sus capacidades físicas para el sostenimiento suyo y de sus familias.

Este tipo de trabajadores se ven enfrentados a derroteros que dificultan de una manera no prevista de base, por el régimen de seguridad social en Colombia, el acceso efectivo a la protección de los derechos que el régimen constitucional procura salvaguardar. Esto debido principalmente a dos motivos: i) Las condiciones de informalidad propias de su trabajo ii) La situación de violencia acontecida dentro del territorio nacional.

Respecto al primer motivo, vale mencionar que en razón de las dinámicas propias del trabajo en el campo en Colombia este tipo de trabajadores se desempeñan en la mayoría de los casos como jornaleros, recibiendo a cambio de su trabajo un salario por parte de sus empleadores, sin que el empleador procure la afiliación del jornalero al sistema de seguridad social integral -sistema de salud, pensión y riesgos laborales-. Así se evidencia en el estudio de Quemba (2018):

De otro lado, no hay una estadística o una investigación que mida la informalidad rural en Colombia, por lo que se ha desarrollado una metodología propia que permita calcular este fenómeno. Esta se basa en dos supuestos: primero, que todo aquel que cotiza a pensión obligatoriamente aporta a salud y, segundo, que no importa si el individuo es de régimen contributivo o subsidiado en el sistema de salud, lo importante es que pertenezca al sistema de salud. Teniendo en cuenta esas dos aclaraciones se mira el nivel de pensiones en el sector rural calculado por el DANE y se obtiene que, **para el 2017, que el 85% de la población rural ocupada es informal.** (p.36).

Las negrillas en la cita anterior son propias, y con base en esto se puede afirmar que la mayoría de los trabajadores del sector rural, al estar empleados de manera informal, no cotizan al sistema de seguridad social integral, causando con esto la imposibilidad de atender al principio de contributividad, elemento sustancial del sistema general de pensiones. En

general para establecer esta definición. Por consiguiente, las zonas urbanas se definen a menudo como localidades con una población de 2.000 o más habitantes, y las zonas rurales como localidades con una población de menos de 2.000 habitantes y zonas muy poco pobladas. Según el Informe IV de la conferencia internacional del trabajo (OIT) 2008

razón de esto no tendrían la expectativa de poder consolidar un derecho pensional conforme a este sistema.

Siguiendo esta línea de argumentación se puede afirmar que quedará desprotegido el trabajador rural del sistema de seguridad social, pues no tendrá acceso al pago de prestaciones económicas como las incapacidades médicas, y mucho menos el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen común, pues por ejemplo, para acceder al pago de este último derecho prestacional se requiere, según el artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 860 de 2003, que el afiliado acredite 50 semanas cotizadas a pensión en los 3 años anteriores a la fecha del accidente, requisito casi imposible de cumplir si se toma en cuenta el nivel de informalidad en el sector rural anteriormente enunciado.

Sumado a la problemática anterior, se debe tener en cuenta la situación de conflicto armado interno vivida dentro del territorio Colombiano, la cual ha causado la muerte de al menos 220.000 personas entre los años 1958 y 2012⁶. Esta problemática ha supuesto un reto a la materialización y protección efectiva de los derechos por parte del Estado, pues en razón de este se presentan óbices que impiden la consolidación efectiva de los derechos, eventos tales como el desplazamiento forzado, la desaparición forzada y las lesiones físicas sufridas por la población.

Así pues, es precisamente el riesgo de lesión que puede sufrir un ser humano el derrotero que vale la pena recalcar en esta línea de argumentación, pues el trabajador del sector rural se encuentra en una situación de vulnerabilidad mayor a este riesgo, esto en razón de que es en el campo donde se concentran los mayores índices de violencia, como así lo han reconocido Entidades Gubernamentales:

Ver la violencia desde la perspectiva de la tierra y los territorios revela otro rasgo distintivo de su historia: la guerra se ha librado mayoritariamente en el campo colombiano, en los caseríos, veredas y municipios, lejanos y apartados del país central o de las grandes ciudades. (Centro de memoria histórica, 2016)

Dentro del universo de las víctimas del conflicto armado existe un grupo que ha sufrido lesiones en su integridad física, y que han sido de tal magnitud que provocan consecuencias

⁶ Información extraída del informe titulado *¡BASTA YA! COLOMBIA: MEMORIAS DE GUERRA Y DIGNIDAD*. Emitido por el Centro de Memoria histórica en el año 2016.

perjudiciales en la dimensión económica de sus proyectos de vida. No es errado afirmar que la discapacidad acarrea consecuencias graves para la economía familiar, pues el individuo que la sufre constituirá una carga económica, que no necesariamente moral, para los miembros de la familia. Se propone como ejemplo hipotético un caso donde el padre cabeza de familia es víctima de una mina antipersonal, quedando altamente afectado en su cuerpo, con secuelas tan intensas que lo privan de poder laborar y, así, de poder procurar en su hogar los elementos materiales de existencia dignos.

Este estado de cosas puede generar dificultades mayores ante escenarios donde la víctima del conflicto es un trabajador rural, que va a ser privado de su derecho humano y fundamental a procurarse el mínimo vital, pues a raíz de las consecuencias que el conflicto armado puede acarrearle en su integridad física se encontrará inhabilitado para por sí mismo satisfacerlo.

Del mismo modo quedaría desatendido de la tutela estatal respecto a ese derecho, pues del estudio de los requisitos señalados en primera instancia por el legislador para acceder a una pensión de invalidez de origen común, este tipo de pensión no le sería reconocida en caso de que este quede inhabilitado para laborar en razón de una lesión sufrida con ocasión del conflicto, toda vez que como ya se dijo, él no ha cotizado al sistema.

En consecuencia, abordando esta problemática bajo la óptica tradicional de un sistema de seguridad social Bismarkiano⁷ que está cimentado en el principio de la *contributividad* (Arenas, 2011), por el cual solo quien cotiza puede recibir a cambio la protección ante los riesgos de IVM -(invalidez, vejez y muerte-, la población víctima del conflicto armado estaría ubicada, por una causa dual, en una posición dramática de negación del derecho a vivir en condiciones de dignidad.

En resumen, esta causa dual hace referencia a: i) la no cobertura del sistema de seguridad social tradicional por la informalidad laboral en el sector rural, que no ha sido superada en la República de Colombia y que no le permite a esa población acceder a las prestaciones económicas del sistema ante los riesgos de IVM que afectan su derecho fundamental y humano al mínimo vital, y ii) el hecho de haber sido víctimas del conflicto armado, con secuelas fisiológicas y psicológicas graves en el área ocupacional, que los incapacitan o

⁷ Nombre con el que también se denomina el modelo de seguridad social Alemán (Arenas, 2011), liderado en su implementación a finales del siglo XIX en ese país, por el canciller alemán Otto Von Bismark.

inhabilitan para trabajar en los oficios que realizan, lo que los priva de obtener la posibilidad de satisfacer, no solo sus necesidades materiales, sino también las de sus familias.

En adición, cabe resaltar que el principio de contributividad tiene actualmente un raigambre constitucional, pues el artículo 48 de la Constitución nacional lo ordena aplicar al sistema de seguridad social, al afirmar que no se puede causar ninguna clase de derecho pensional sin acreditar tiempo de servicio, tiempo de cotización o el capital necesario para consolidarla, lo que refleja una más la alta probabilidad de que las víctimas del conflicto armado sean desconocidas como sujetos de derechos ante prestaciones económicas como en efecto lo son las pensiones de invalidez.

Una solución a esta problemática no vislumbrada en primera medida por el legislador al momento de emitir las leyes generales que desarrollan el sistema general de pensiones la constituye la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado -en adelante la PIVCA-, que fue creada mediante la ley 418 de 1997, y que a pesar de estar vigente ha sido ampliamente desconocida, no solo entre las víctimas, sino también por parte de las autoridades estatales.

Este desconocimiento fue reconocido por la Corte Constitucional, y a través de providencia del año 2015 ordenó a Colpensiones, entidad encargada de administrar el régimen solidario de prima media dentro del sistema general de pensiones, informar de una manera efectiva a las víctimas de daños producto del conflicto interno armado la posibilidad de auxilio que existe en virtud de esta ley:

En línea con lo anterior, se le ordenará a Colpensiones, que en adelante informe a los ciudadanos víctimas de la violencia, que soliciten el reconocimiento y pago de una pensión por invalidez y que no tengan alguna otra posibilidad de pensionarse, sobre la decisión adoptada en este fallo y la posibilidad de acceder a la pensión consagrada en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997. (T-074/2015)

Partiendo de lo dicho anteriormente, se hace evidente que la PIVCA se configura como una prestación económica la cual emana del sistema de seguridad social, y que esta se encuentra cimentada especialmente en un principio y valor constitucional distinto al principio de contributividad, que lo anula y lo supera a la hora de permitir el reconocimiento de ese derecho pensional.

Cómo se dijo anteriormente, el sistema general de pensiones, al igual que cualquier sistema jurídico, está cimentado en una serie de principios que sirven para guiar la interpretación del mismo, pero además estos preceptos son utilizados como factor inspirador para la creación de normas jurídicas que buscan hacer frente a los retos que las diversas realidades de la sociedad le plantean a un sistema de pensiones, entre los cuales se encuentran la baja cobertura⁸, la pobreza⁹, el desempleo, la informalidad¹⁰, la intermitencia en las cotizaciones, la evasión de aportes al sistema de seguridad social, y otros fenómenos que sin duda alguna constituyen fuertes problemáticas para su materialización efectiva y para la satisfacción de muchos derechos fundamentales que dependen de él, como el derecho fundamental al mínimo vital.

En este orden de ideas, es posible afirmar que la PIVCA emana de la seguridad social como protección a la contingencia humana de la invalidez. Sin embargo, esta no atiende al principio de contributividad, separándose así del Sistema General de pensiones establecido por la ley 100 de 1993, constituyéndose esta como un desarrollo directo de los derechos humanos. Así lo ha afirmado la Corte:

En efecto, tal y como lo han sostenido las Sentencias T- 463 de 2012 y T-469 de 2013 la fuente jurídica de la prestación ahora analizada, “no se encuentra en el Régimen General de Pensiones, sino en el marco de los derechos humanos y de los deberes constitucionales del Estado colombiano, razón por la cual la prestación estudiada es de naturaleza especial, fundamentada en una situación generalizada de violencia, con efectos tangibles, reales, actuales y cuantificables, producto del conflicto armado interno.” En este orden de ideas, el objeto de la prestación estipulada en la Ley 418 de 1997, fue mitigar los impactos producidos en el marco del conflicto armado interno, hecho distinto a las contingencias que cubre las prestaciones de la Ley 100 de 1993, las cuales benefician a los trabajadores activos, que

⁸ Según FEDESARROLLO, Bajo los parámetros del sistema de pensiones que regirán a partir del 2015, solo el 1,6% de la población sin educación superior que cotiza al régimen solidario de prima media obtendría su pensión, mientras el 37,5% de los que tienen educación superior accederían a ella. Una situación similar ocurriría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde el 1,4% de las personas sin educación superior obtendrían una pensión, mientras que el 47,9% de los que tienen educación superior accederían a ella.

⁹ El último boletín técnico del DANE que midió la pobreza monetaria en Colombia, en el periodo Junio de 2013-junio de 2014, señaló que en el país el 29,3% de la población vive en situación de pobreza, y el 8,4% de la población vive en situación de pobreza.

¹⁰ Solo el 30% de la población trabajadora en Colombia se encuentra en empleos formales. Fuente: FEDESARROLLO, *Ibidem*.

efectuaron aportes al sistema, y que se generan a partir de una relación de carácter laboral (C-767/14)

Por tanto, se muestra que la PIVCA es una herramienta del Estado que busca mitigar en cierta medida los daños causados por esta situación fáctica extraordinaria que no fue prevista por el legislador al momento de configurar las reglas que regirían el sistema pensional, la cual encuentra su fuente en el principio de solidaridad. Para desarrollar esta afirmación se propondrá en los dos capítulos siguientes un estudio a fondo del principio de solidaridad dentro del Estado social y democrático de derecho y un análisis detallado del marco legal y jurisprudencial de la Pensión de invalidez en favor de las víctimas del conflicto armado en Colombia en aras de poder caracterizar el nivel de contribución de este principio en el reconocimiento de esta prestación por parte del Estado.

2. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

2.1 Principios como mandatos de optimización en el Estado social de derecho colombiano.

Los principios jurídicos son el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico dentro de los Estados sociales de derecho. Es así como la carta política de 1991, desde su primer título, ya resalta la valía de los principios al atribuirles la cualidad de *fundamentales*, es decir, reconoce el papel trascendental que aquellos representan dentro de todo el andamiaje constitucional.

La ubicación temprana de los principios dentro de todo el articulado de la carta política no tiene una distribución caprichosa o ajena a una finalidad, sino que, por el contrario, fue la

voluntad del constituyente en consagrar en primera medida estos conceptos denominados principios, otorgándoles así el carácter fundante de la organización política que pretendió establecer para Colombia, constituyéndola como Estado social de derecho.

Al reflexionar acerca de la definición del concepto principios, se parte en primera medida de la concepción aristotélica a estos relacionada. Aristóteles (1970) manifiesta que “*A todos los principios es común ser lo primero desde lo cual algo es, o se hace o se conoce*”. En ese sentido, los principios definen la naturaleza de lo que son las cosas de la cual ellos hacen referencia, por medio de ellos se conoce su esencia, y se hace posible comprenderlas (p.1-16).

La definición Aristotélica quizá refleje de manera palmaria y práctica el significado del concepto de principio. Sin embargo, para plantear una visión propia del derecho, el profesor Hernán Valencia Restrepo (2007) refiere que la naturaleza jurídica de los principios es la siguiente: i) Ser normas jurídicas ii) Ser imperativos, c) Implícita o explícitamente positivos d) Que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico (p. 6).

En este orden de ideas, es posible afirmar que los principios son normas jurídicas, pues son verdaderamente coercibles y vinculantes o imperativos. Siguiendo lo dicho por el profesor Carlos Gaviria (2014), una de las características de las normas jurídicas es que aquellas son coercibles, es decir que gozan de exigibilidad ante la autoridad estatal y no se encuentran meramente en el terreno de la autonomía del obligado a cumplirlas (p.43). Esto denota que el Estado reviste a sus asociados de herramientas efectivas para que a través del órgano judicial se fuerce el cumplimiento de dicho mandato legal.

Respecto a la coercibilidad y fuerza vinculante de los principios, ha manifestado el tribunal constitucional, al referirse al preámbulo de la carta magna, que consagra algunos de aquellos:

Esta Corporación viene afirmando que: “El Preámbulo da cuenta del sentido político y jurídico que el pueblo de Colombia le imprimió a la formulación de la Carta Política de 1991; es decir, **indica los principios que la orientan** y los fines a cuya realización se dirige y por ello no sólo hace parte de ésta como sistema normativo **sino que además tiene efecto vinculante** sobre los actos de la legislación la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control de procesos de constitucionalidad.” (C-477/05) (subrayas y negrillas fuera de texto.)

Igualmente, los principios hacen parte del ordenamiento jurídico positivo, bien sea como normas explícitas o implícitas, lo que quiere decir que se pueden encontrar expresamente consagrados en un artículo de la constitución o la ley, *verbi gratia* el principio de solidaridad, que aparece consagrado en el artículo primero de la Carta magna de 1991 así:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Como se dijo, los principios también pueden no estar expresamente señalados en una norma, pero pueden inferirse de una interpretación sistemática de una o varias normas jurídicas. Por ejemplo, el principio de *no causar daño a otro* puede extraerse de los artículos del código penal -ley 599 de 2000- que consagran el delito de homicidio, lesiones personales, hurto, entre otros.

En cuanto a las funciones creadora, interpretadora e integradora de los principios, estas se desarrollan en los siguientes términos:

i) La función creadora: Los principios jurídicos inspiran la creación de otras normas jurídicas por parte de los órganos del Estado que tienen atribuida esa función. No se podría entender de otro modo, pues la fuerza vinculante de los principios constitucionales del Estado social de derecho, de la que se habló con anterioridad, también imprimen una coercibilidad a la autoridad competente a la hora de crear las normas. De lo contrario se desnaturalizaría la obligatoriedad de los principios, pues dichas normas podrían apartarse de su contenido axiológico, despojándolo de su carácter deontológico.

ii) La función interpretadora: Esta función tiene por finalidad buscar la garantía efectiva respecto a la teleología propia de los principios, toda vez que estos se materializan dentro de las dinámicas jurídicas de los estados sociales de derecho, obrando como cauces o criterios guías del cómo los operadores jurídicos deben comprender el derecho para su aplicación, como quiera que de la lectura de una norma jurídica pueden emanar distintas tesis respecto de su significado. A este respecto el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional manifestó:

Los principios fundamentales del Estado son una **pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental.** (C-574/92)

(Subrayas y negrilla fuera de texto.)

iii) *Función integradora:* En razón de esta función, los principios toman el papel de armonizar y cohesionar el ordenamiento jurídico para darle sentido como un todo revestido de coherencia, unificándolo, evitando así las antinomias o contradicciones y vacíos que den pie a la creación de islas en el derecho donde puedan existir planteamientos legales que vayan en contra de los contenidos axiológicos propios de los principios, prosperando en dichas zonas aisladas.

A modo de ejemplo, el contrato que en la obra de William Shakespeare titulada *El mercader de Venecia*, celebra el judío *Shylock* con *Antonio*, estaría revestido de validez jurídica en la actualidad, si en un área como el derecho patrimonial, tan ajena *prima facie* al principio de dignidad humana, aquel no estuviera presente.

El contrato en mención consistía que, en caso de incumplimiento del pago de un préstamo de 300 ducados, *Shylock* se cobraría con una libra de la carne a su elección, del cuerpo de *Antonio*. Al ser la dignidad humana un principio, y al no admitir aquellas esferas del derecho blindadas a su influencia, el derecho patrimonial moderno no podría actuar aisladamente del ordenamiento constitucional, y al verse permeada por este principio la consecuencia jurídica no sería otra que la nulidad del contrato por objeto ilícito, toda vez que afecta una de las dimensiones de la dignidad humana, la que consiste en que nadie debe ser sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes.

Por otro lado, Robert Alexy (1993), en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, plantea la idea acerca de que los principios son *mandatos de optimización*, entendidos estos como normas jurídicas abstractas que ordenan que un criterio axiológico contenido en una disposición del derecho “*sea realizado en la mayor medida posible*” (p. 86). Esta idea refleja que los principios establecen un *deber ser* específico, un escenario de llegada frente al cumplimiento de un valor constitucional; por ejemplo, el principio de igualdad plasmado en el artículo 13 de la Carta Mayor traza una pretensión de llegada frente a un escenario de real igualdad de las personas en su mayor grado de paroxismo.

Así mismo, operan otros principios como el de protección a la vida humana que se encuentra en el artículo 11 de la Constitución, que señala un mandato de llegada para todo ordenamiento jurídico, buscando que este salvaguarde ese elemento axiológico a través del más alto grado de cumplimiento.

La Corte Constitucional ha abrazado la concepción de Alexy sobre los principios, citándolo así:

“(...) Los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas.” (C-1287 de 2001).

Los principios como mandatos de optimización tienen una validez y eficacia propia, pero es necesario que estén respaldados de reglas jurídicas para poder efectivizar su contenido axiológico de una forma óptima dentro del ordenamiento jurídico. Las reglas jurídicas se diferencian de los principios, pues estas últimas tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

Así las cosas, la siguiente disposición: *el que matare a otro, incurrirá en pena de prisión de 30 a 40 años*, contiene un supuesto de hecho que es *matar a otro* y una consecuencia jurídica que es la *pena de prisión*. Tal estructura da cuenta que la descripción normativa atrás esbozada es una regla.

Sin embargo, las reglas sin los principios rebajarían el sistema jurídico a un concepto que la Corte Suprema de Justicia ha dado en llamar *miseria del derecho*, pues unas reglas sin principios, que solo atiendan a la validez formal, esto es, a que la ley es válida solo si ha sido sometida a los procedimientos formales de producción, como sostiene el positivismo jurídico, aún desprovista de contenidos axiológicos, fue lo que llevó a que normas claramente atentatorias de la dignidad humana como las leyes de Núremberg¹¹, aprobadas en 1935 durante el régimen de la Alemania Nazi, se entendieran como válidas.

¹¹ Al respecto de las leyes de Núremberg, Müller (2009) la referencia del siguiente modo:

Así pues, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 2009, M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, indicó:

El punto de inflexión que llevó a verdaderas disquisiciones sobre los principios pudo tener origen en las leyes que establecieron la solución final y permitieron el holocausto, pues ellas, desde el punto de vista formal, no merecían reparo en cuanto a su expedición; no obstante, la crisis del derecho positivo se expresó en que muchos crímenes se cometieron al amparo de leyes expedidas mediante el procedimiento previamente establecido y por los órganos competentes. Se clamó, entonces, por los principios generales, los cuales, por su textura abierta, dejan un campo feraz para la creación judicial; así, se produce una asociación explícita o implícita entre el derecho natural y el derecho por principios. (Corte Suprema de Justicia, 2009).

De lo expuesto en todo este capítulo queda entonces claro que los principios y las reglas tienen una estrecha relación en el ordenamiento constitucional vigente, y que las segundas no pueden entenderse sin los primeros. Los principios entonces, al ser parte de la Constitución, son normas constitucionales y en ese sentido son vinculantes para todas las autoridades públicas, situación que se encuentra respaldada en el artículo 4 de la Carta Magna que expresa que la Constitución es norma de normas, invocando una supremacía sobre el resto de las disposiciones jurídicas que integran el derecho en Colombia. Citando al ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Marco Gerardo Monroy Cabra (2018),: *“En el Estado social de derecho los principios se han incorporado a la Constitución. Así mismo, la Constitución, incluyendo principios y valores, tiene el valor de norma jurídica directamente aplicable.”* (p.281)

A manera de conclusión de este apartado, se debe manifestar que los principios mediante sus tres funciones: *creadora, interpretadora, e integradora*, permiten crear reglas jurídicas, interpretarlas e integrarlas en un ordenamiento jurídico armónico que gira en torno a los mismos principios a manera de mandatos de optimización que buscan alcanzar, en el mayor

“Leyes de Núremberg: la ley de la bandera del Reich, que disponía que la bandera con la cruz gamada (esvástica) sería el emblema del Reich y la bandera nacional; la ley de ciudadanía, que privaba de sus derechos como ciudadanos a todos aquellos que no tuvieran sangre alemana; y la ley para la protección de la sangre alemana y del honor Alemán. Esta última ley -Tal como se había deseado- prohibía los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín, así como las relaciones sexuales fuera del matrimonio.” (p. 145)

grado posible, elementos axiológicos que el constituyente primario quiso plasmar en la carta de 1991, entre otros, la solidaridad.

Así mismo, de modo más concreto, es correcto afirmar que con base en los principios constitucionales pueden emitirse leyes, que estén orientadas a dar una respuesta, a modo de solución a casos extraordinarios no previstos por el ordenamiento jurídico generalmente aplicable.

2.2 CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

A lo largo de la historia se logra observar como la solidaridad aparece dentro de los textos no solo como un valor abstracto que marca la virtud de un sujeto, sino también como un presupuesto fundamental para la construcción del Estado y la sociedad. No se entiende así la solidaridad como la mera caridad si no como la cesión consiente de un bien, ya sea jurídico o material, en favor de otro en persecución de fines altruistas o egoístas, pero siempre en razón del bienestar.

En consecuencia, la solidaridad antes incluso de su planteamiento dentro de los ordenamientos jurídicos en la primera mitad del siglo XX, ya formaba parte de las construcciones de cohorte político y filosófico de diferentes corrientes y se consideraba como algo intrínseco al humano que vive en sociedad.

La solidaridad es un principio al que puede atribuírsele un significado dual. El primero se refiere a la cooperación de las personas que integran una sociedad para alcanzar un fin; ser solidario implica ser opuesto al egoísmo. El segundo significado de la solidaridad hace referencia a que al más fuerte se debe soportar una carga mayor que el débil. Un ejemplo de ello sería el denominado sistema tributario progresivo¹², donde los individuos que tienen más ingresos tienen a su vez un deber de solidaridad mayor, pagando más impuestos, con el fin

¹² Al respecto del sistema tributario progresivo, se parte de lo expuesto por Plazas (2017) en su texto sobre derecho tributario. En donde sostiene que: “*La progresividad (...) se refiere a que el mayor peso en cuanto al deber de contribuir debe recaer sobre aquellos que tienen más capacidad económica*” (p.388)

de redistribuir la riqueza entre los sectores más vulnerables de la población, generando procesos que permitan materializar la igualdad de oportunidades para prosperar en sociedad.

Con la intención de abordar la noción de solidaridad, dentro del marco del Estado social de derecho, se debe indicar que aquél es heredero del Estado de derecho liberal decimonónico, todo lo anterior porque el primero no pierde el elemento central que caracteriza al segundo: los deberes de abstención para la garantía de los derechos humanos llamados de primera generación -libertad de expresión, de prensa, de información, de tránsito, de empresa, de cultos, conciencia y pensamiento, la igualdad formal ante la ley, etc-. En tal sentido, el Estado social de derecho no rechaza la noción construida en el marco de las revoluciones liberales del siglo XVIII, que indica que para garantizar los referidos derechos es necesario establecer límites a la intervención del órgano público en la esfera privada. Se mantiene de esta forma una separación entre lo público y lo privado, siendo el ordenamiento jurídico una salvaguarda que señala deberes negativos de no intervención, que de cumplirse permiten la materialización del conjunto de garantías ius fundamentales que en el devenir histórico la burguesía consolidó positivamente.

Así las cosas, si el Estado se abstiene de censurar la prensa, garantiza el derecho a la libertad de prensa, si se abstiene de proscribir una filosofía, culto o pensamiento político, garantiza la libertad de conciencia, religión y de pensamiento y si omite incluir en las normas jurídicas categorías sospechosas de discriminación, como el género, la raza, el origen nacional o familiar etc., garantiza el trato igual ante la ley.

Hasta este punto de la construcción teórica, puede afirmarse que la existencia de un principio de solidaridad en un Estado que se denomine de derecho es incompatible con la filosofía de la cual emana, puesto que el sacralizado deber de no intervención del *leviatán* en la sociedad impide que se pueda erigir una visión de este que, a través de acciones o deberes positivos, pueda lograr márgenes de igualdad material o efectiva que permitan a las personas gozar realmente de los derechos económicos sociales y culturales, que son los que están profundamente relacionados con una noción de *dignidad humana*, entendida como el derecho de todo individuo a tener unos elementos materiales de existencia digna¹³ -vivir bien-.

¹³ Esta construcción de dignidad humana ha sido trabajada por la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la sentencia T-888 de 2001, M.P Dr. Eduardo Montealegre Lynnett, la H. Corte afirmó: "Ello deja ver otra

Pese a lo afirmado atrás, y aunque parezca contradictorio, hay que decir que dentro del seno del pensamiento liberal clásico hay elementos más que interesantes frente a la noción de solidaridad. Así, en su texto de 1759, denominado *Teoría de los sentimientos morales* -escrito inclusive antes que *La Riqueza de las Naciones* del año 1776-, Adam Smith (2013), a quien la más abundante doctrina considera el padre del egoísmo liberal, afirmó:

Sin embargo, la simpatía no puede, en modo alguno, considerarse un principio egoísta. Cuando simpatizo con vuestra aflicción o vuestra indignación, puede sostenerse, ciertamente, que mi emoción se funda en amor a mí mismo, porque surge de ese hacer mío vuestro caso, de ese ponerme en vuestra situación y de ahí concebir lo que sentiría en tales circunstancias. Empero, aunque con mucha propiedad se dice que la simpatía surge de un cambio imaginario de situaciones con la persona principalmente afectada, con todo, tal cambio imaginario no se supone que me acontezca a mí, en mi propia persona y carácter, sino en la persona con quien simpatizo. Cuando me conduelo de la muerte de tu hijo, no considero, a fin de poder compartir tu aflicción, lo que yo, persona determinada por mi carácter y profesión, sufriría si tuviese un hijo, sino que considero lo que sufriría si en verdad yo fuera tú, y no solamente cambio contigo de circunstancias, sino de personas y sujetos. Mi aflicción, pues, es enteramente por tu causa y en absoluto por la mía. Por lo tanto, no es en nada egoísta. ¿Cómo puede considerarse que sea pasión egoísta aquella que no responde a algo que ni siquiera en la imaginación me ha acontecido ni que se refiera a mí en mi propia persona y carácter, sino que en todo atañe a lo que a ti concierne? Un hombre muy bien puede simpatizar con una parturienta, aunque es imposible que se imagine sufriendo en su persona los dolores del parto. De cualquier modo, esta doctrina de la naturaleza humana que deriva todos los sentimientos y afectos del amor a sí mismo, y que tanto ruido ha metido en el mundo, pero que, hasta donde alcanzo, jamás ha sido cabal y distintamente explicada, me parece que ha salido de una confusa y falsa interpretación del mecanismo de la simpatía. (p. 75, 76).

De lo visto puede verse como, para Smith, existe un elemento de la naturaleza humana denominado simpatía, que no tiene nada que ver con el egoísmo. De tal manera que el reconocimiento de aquel sentimiento como un aspecto inexorable del *homo sapiens*, por

vulneración grave a entidades constitucionales como el derecho a la dignidad, en la medida en que tratándose de una persona que no cuenta con ninguna fuente de ingresos y que no tiene la capacidad de operar en el mercado laboral, negarle una pensión de invalidez, equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía."

quien es considerado como el padre del liberalismo económico, deja ver con claridad que realmente esta doctrina en modo alguno niega esa dimensión.

Para Smith, la simpatía surge de la capacidad de sentir la situación del otro, de ponerse en el lugar del otro, aspecto que en últimas es el elemento que impulsa la solidaridad, pues una vez comprendida la realidad que afecta a un semejante, el ser humano es capaz de reconocer que aquél necesita de ayuda y esto provoca el impulso de proveerla.

En la *Idea de la Justicia*, Amartya Sen (2011), denuncia la tergiversación que en especial en el neoliberalismo ha realizado frente al pensamiento de Smith, cuando indica:

La interpretación de Smith ha sido un auténtico campo de batalla. A pesar de su frecuente discusión sobre la importancia de las motivaciones distintas del interés propio, de alguna manera adquirió la reputación de ser un campeón de la búsqueda única del interés propio por todos los seres humanos. Por ejemplo, en dos ensayos muy conocidos y bien sustentados, el famoso economista George Stigler de Chicago ha presentado su «teoría del interés propio» (que incluye la creencia según la cual «el interés propio domina a la mayoría de los hombres») como «de estirpe smithiana». Stigler no es idiosincrásico en este diagnóstico: ésta es, en efecto, la visión dominante de Smith que ha sido vigorosamente promovida por muchos autores que lo invocan de manera constante para sustentar su propia visión de la sociedad. (p. 216, 217).

Sen también resume magistralmente la tesis de Smith, frente a lo que el denomina las motivaciones distintas al interés propio: un conjunto de virtudes útiles más que al individuo, a los otros:

Simpatía («las acciones más humanas no requieren abnegación, ni autocontrol, ni gran ejercicio del sentido de prioridad» y «consisten tan sólo en hacer lo que esta exquisita simpatía nos impulsaría espontáneamente a hacer»);

Generosidad («es por otra parte con generosidad», cuando «sacrificamos cierto grande e importante interés propio a un interés igual de un amigo o un superior»);

Espíritu público («cuando él compara esos dos objetos entre sí, no los ve a la luz en la que se le aparecen naturalmente, sino como aparecen a la nación por la que lucha»). (p. 216).

De lo enunciado, es prístina la conexión entre las tres virtudes referidas arriba y la noción de solidaridad, pues todas entrañan lo opuesto al egoísmo, una conducta realizada con base o

bien en la conciencia de lo que el otro padece -simpatía-, ora en el sacrificio -generosidad- o en la renuncia al interés propio en beneficio de un interés general -espíritu público-.

Sin embargo, si *prima facie* se aceptara la tesis errada de que en el pensamiento Smithiano, solo tiene cabida el egoísmo como fuente de la conducta humana, sería acertada la demoledora crítica planteada por Marcal (2012):

Adam Smith logró responder la pregunta fundamental de la economía solo a medias. Si tenía asegurada la comida no era solo porque los comerciantes sirvieran a sus intereses propios por medio del comercio. Adam Smith la tenía también asegurada porque su madre se encargaba de ponérsela en la mesa todos los días.

Hoy en día se señala a veces que la economía no solo se cimienta sobre una «mano invisible», sino también sobre un «corazón invisible». Es quizá una visión demasiado idealizada de los deberes que la sociedad ha asignado históricamente a las mujeres. No sabemos por qué la madre de Adam Smith cuidó de su hijo. Solo sabemos que, efectivamente, cuidó de él. (p 18).

La tesis de Marcal parte del hecho de que Smith durante su vida nunca se casó, siempre vivió con su progenitora, y se centra en denunciar como, cuando Smith comía su cena, no solo estaba presente el egoísmo del vendedor de los productos que tenía sobre su mesa. Allí también estaba presente el abnegado amor, desprovisto de remuneración, de su madre, quien no le preparaba su comida basada -ella- en su interés individual, sino producto de un sentimiento moral ajeno a esta idea. Lo mismo podría decirse del sentimiento que impulsó a Smith a convertirse en el *solterón vocacional* que fue: no abandonar a su madre, renunciando al interés individual de construir su propio hogar y proveyéndole a aquella un cuidado afectuoso hasta el día de su muerte. Sin duda esta conducta está basada en otra noción, que refleja la misma motivación que impulsa la solidaridad: la simpatía.

En la misma línea anterior, Sen (2011) afirma también que David Hume -otro de los filósofos que aportaron a la construcción del liberalismo clásico-, reconoció que no solo es el egoísmo racional el exclusivo factor que determina la conducta humana, sino los sentimientos:

Smith puede no haber ido tan lejos como David Hume al afirmar que «la razón y el sentimiento concurren en casi todas las determinaciones y conclusiones morales», pero ambos consideraban el razonamiento y el sentimiento como actividades profundamente

interrelacionadas. Tanto Hume como Smith eran, por supuesto, «autores ilustrados» por antonomasia, no menos que Diderot o Kant.

Pero la necesidad del escrutinio razonado de las actitudes psicológicas no desaparece aun después de reconocer el poder de las emociones y celebrar el papel positivo de muchas reacciones instintivas (como la aversión a la crueldad). Smith en particular, incluso tal vez más que Hume, otorgó a la razón un enorme papel en la evaluación de nuestros sentimientos y afanes psicológicos. En efecto, para Hume, la pasión parece ser a veces más poderosa que la razón. Como dice Thomas Nagel en su poderosa defensa de la razón en *The Last Word*: «Es sabido que Hume creía que como una “pasión” inmune a la evaluación racional subyace a cada motivación, no hay tal cosa como la razón práctica o la razón moral». Smith no era de esta opinión, aunque, como Hume, consideraba importantes e influyentes las emociones y sostenía que nuestra «primera percepción» de lo justo y lo injusto «no puede ser objeto de la razón, sino de los sentidos y de los sentimientos». Pero Smith también alegaba que aun estas reacciones instintivas al comportamiento concreto no pueden más que descansar, así sea implícitamente, en nuestra razonada comprensión de las conexiones causales entre conducta y consecuencias en «una vasta variedad de instancias».(p. 79).

Resulta importante abordar la idea anterior pues, la solidaridad como concepto implica un perjuicio material, luego calculable racionalmente, a quien desde el punto de vista moral actúa de tal modo. Quien se priva de parte de sus alimentos, para brindárselos a quien padece necesidad, sufre un detrimento material que entiende muy bien y sin embargo aquello no es óbice para que actúe de esta forma.

Ahora bien, lo desarrollado hasta este momento evidencia una contradicción fundamental relacionada con la tradicional mutilación que un radicalismo de la libertad ha procurado construir, a modo de tergiversación, de pensadores que como Adam Smith o David Hume, jamás le hicieron un culto vano al egoísmo, sino que entendieron muy bien la existencia de otras dimensiones de la condición humana, tales como la simpatía -al margen del origen de aquella, racional o emocional- que son la base de la solidaridad.

En ese contexto, el Estado social de derecho, entendido como producto político de la social democracia, no reniega de su tradición liberal, pero supera sin duda alguna la visión según la cual el papel de la organización política es de corte negativo -deberes de abstención del Estado- y pasa a reconocer un papel activo de aquél para procurar la satisfacción de derechos

como la seguridad social, la educación pública, la vivienda barata para la clase obrera, que lo que en suma permiten es el logro de márgenes necesarios de justicia ante demandas urgentes de la sociedad, que si de este modo no se alcanzan, pueden provocar procesos de violencia de clase.

Se retoma entonces una visión del liberalismo de la cuál puede dar cuenta tempranamente un discurso del presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, que es citado y parafraseado por Harvey (2007):

En su mensaje anual al Congreso en 1935, el presidente Roosevelt dejó clara su opinión de que en la raíz de los problemas económicos y sociales de la Depresión de la década de 1930 se encontraba una excesiva libertad de mercado. «Estadounidenses —dijo— debéis renunciar a esa concepción de la adquisición de riqueza que, a través de beneficios excesivos, crea un indebido poder privado». Los hombres necesitados no son hombres libres. En todos los lugares, sostenía, la justicia social se había convertido en un auténtico objetivo y no en un lejano ideal. La primera obligación del Estado y de su sociedad civil era utilizar sus poderes y distribuir sus recursos para erradicar la pobreza y el hambre, y para garantizar la seguridad de un medio de vida, la seguridad frente a contingencias imprevistas y frente a las vicisitudes de la vida, y la seguridad de un hogar decente. (p. 201)

La Corte Constitucional de Colombia, frente a las ideas plasmadas en los dos párrafos anteriores, señaló:

La descripción de los fines del ESDD, que prefiguran la actividad de los poderes públicos y encausa el ejercicio de los derechos y potestades de los particulares, son consagrados por la misma Constitución. Como se indicó en la sentencia C-776/03, que declaró la inexequibilidad de la tarifa de algunos tributos a la venta de bienes de primera necesidad, “... el Estado Social de Derecho ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; 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; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.). (C-288 de 2012.)

En el papel activo del Estado para alcanzar la realización de derechos de corte económico y social -deberes prestacionales de la organización política-, cobra entonces importancia la noción de solidaridad, que no es extraña, como se vio en la tradición liberal. Por ende, en el Estado social y democrático de derecho, se relleva un aspecto que parecía ausente en esta doctrina, y se le inserta para que ocupe un papel fundamental en la construcción de un orden justo.

Sentado lo anterior, se debe manifestar que la solidaridad es un principio constitucional que tiene una profunda relación con la idea del Estado social y democrático de derecho, pues en este tipo de organización social se plantea la necesidad de que cada individuo asuma una autorresponsabilidad con su proyecto de vida. Sin embargo, la sociedad estará para respaldar a aquellos que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad. Esta visión de solidaridad tiene alta compatibilidad con la idea de un liberalismo de la solidaridad defendido por Rawls. El profesor Tabra (2017), analizando a dicho autor, lo explica así:

La noción liberal en Rawls es “un liberalismo de la solidaridad”, consistente en una teoría ético-política que justifica la intervención en la economía para garantizar equitativamente la “igualdad de oportunidades”; lo cual implica la obligación de los más favorecidos de “mirar” por las necesidades de los menos favorecidos, por lo menos mientras no peligre la producción de bienes. (p. 69)

Esa teoría ético-política de la justicia, que fundamenta la necesidad de intervención en la economía para buscar la igualdad de oportunidades, asignando el deber de solidaridad a quienes están mejor posicionados dentro de la arbitraria lotería de la repartición de los bienes, está incrustada en la idea misma de Estado social de derecho.

El modelo económico del Estado social de derecho es incompatible con el sistema clásico liberal, donde el aparato estatal se divorcia de la realidad económica, dejando el desenvolvimiento de las relaciones de producción y consumo al libre arbitrio de los particulares; dicho modelo durante el siglo XIX mostró graves inconvenientes, ya que provocó enormes desigualdades económicas en la sociedad que afectaban intensamente a la generalidad de la población y no permitía dar respuesta a las demandas de equilibrio en dichas

relaciones intersubjetivas.¹⁴ Igualmente el modelo económico del Estado social de derecho es incompatible con un sistema de intervención absoluta del Estado en la economía, donde los medios de producción se encuentran en poder absoluto de aquél, ahogando la iniciativa individual; este último modelo también generó efectos negativos en la economía como la escasez de bienes y servicios, o tendencias totalitarias como las que se verificaron durante la existencia de la URSS.

La idea sostenida en el párrafo anterior milita en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, corporación que en reciente providencia señaló:

En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribió la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. (C-032 de 2017).

Como bien lo expresa la tesis arriba referida, la libertad económica es limitada con miras a proteger el interés general, y en ese orden de ideas la solidaridad se enmarca dentro de ese interés, pues no solo está consagrada como un principio fundamental del Estado Social de Derecho, sino que busca cumplir uno de los fines globales del Estado, dirigido a corregir las desigualdades que afectan a los seres humanos en las economías de libre mercado. De este modo es de interés general para el Estado la utilización de una herramienta como la solidaridad, pues al asignarle cargas económicas a los más fuertes, en favor de los más vulnerables, se allana el camino para la eliminación de las injusticias presentes.¹⁵

¹⁴ Dichas demandas de equilibrio estaban centradas en la necesidad de una mejoría de las condiciones laborales, del acceso al derecho a la seguridad social, a la educación y a la vivienda, entre otros, para la naciente clase obrera.

¹⁵ Como ya se dijo en el capítulo 1 de este escrito, el Estado social de Derecho consagrado en la constitución del 91, estableció desde el preámbulo, el mandato para las autoridades y los particulares de crear un orden social

En la carta política del 91, el Constituyente primario consagró la solidaridad como un principio constitucional. Dicho principio está consagrado en el artículo 1, e igualmente se menciona de manera posterior en el numeral 2 del artículo 95. En este último artículo, la solidaridad aparece como un deber de toda persona, atribuyendo la responsabilidad a estas de obrar conforme a aquel.

Para definir el principio de solidaridad en el marco del Estado social y democrático de derecho, se debe acudir a la máxima interprete de la constitución, autorizada por el constituyente primario, esto es, a la Corte Constitucional.

A la Corte Constitucional, según el artículo 241 de la Carta fundamental, se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, es por eso que Cifuentes Muñoz (2002), citando a la propia Corte Constitucional, señala que: *“En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel”*. Esta última afirmación implica que cuando la Corte Constitucional habla a través de sus fallos, es como si la misma Constitución estuviese hablando y por tanto se genera una unidad entre el texto constitucional y las consideraciones que se encuentran plasmadas en las providencias del alto tribunal.

Teniendo como punto de partida lo atrás visto, y con base en que la carta política de 1991 señala en el artículo 1 que Colombia es un Estado social de Derecho, se debe entonces acudir a la Corte Constitucional para buscar en sus pronunciamientos cual es el concepto de solidaridad que ha considerado propio de este tipo de organización política.

En esa comprensión, la Corte Constitucional ha definido el principio de solidaridad dentro del Estado Constitucional en los siguientes términos:

La Corte ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer

y económico justo. Este mandato se ha definido en la jurisprudencia constitucional como *cláusula de erradicación de todas las injusticias presentes*.

efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”. (C-767-14)

La anterior acepción tiene conceptos clave que definen la solidaridad. Expresiones como *vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros, coadyuvancia a los congéneres, y personas en situación de debilidad manifiesta*, son criterios lingüísticos que permiten comprender qué es la solidaridad dentro del marco de los Estados sociales de Derecho, noción que emerge de la combinación de las anteriores expresiones como un deber que implica para el individuo que vive en sociedad el involucrarse en los proyectos ajenos, sobre todo si aquellas personas no pueden desarrollar sus planes de vida por estar en situación de vulnerabilidad.

Según lo visto, para la Corte Constitucional esta definición está enfocada al deber de solidaridad de las personas entre sí. Esta visión, podría alegarse, no incorpora el deber de solidaridad del Estado hacia los particulares; sin embargo, esa misma Corporación judicial ha indicado que el deber de solidaridad está en primer lugar fincado en el Estado:

En esta dimensión el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley. (C-459-04).

No puede perderse de vista una afirmación relevante que aparece en la cita anterior: *El deber de solidaridad en cabeza del Estado social de Derecho es inherente a su existencia*. (C-459-04). En consecuencia, no se puede concebir el Estado social de derecho sin solidaridad, es uno de sus elementos definitorios.

Vale decir que la idea sostenida en el párrafo anterior tiene una íntima conexión con el concepto de solidaridad que plantea la filósofa española Adela Cortina. Al respecto el profesor Tabra (2017), refiriéndose a aquella, indica que:

El rol del Estado en el marco de una comunidad política no es otro que el garantizar la autonomía y la solidaridad de la persona así como el respeto a la misma. De hecho, una educación para la solidaridad implicaría incentivar el voluntarismo de los hombres. El derecho, según el pensamiento de Cortina, tiene como misión objetiva promover y facilitar la libertad y solidaridad de la comunidad. **Esta última solidaridad es usada incluso como criterio legislador. La creación de leyes debe tomar como regla general el situarse “en la posición más precaria que pueda ocupar una persona en el proyecto que se comparte”.** (p. 75) (subrayas y negrilla fuera de texto.)

Y es que en el Estado social de Derecho los principios constitucionales aparecen irrigados en el ordenamiento legal -función integradora -. Puede verse como, por ejemplo, en el literal c del artículo 2 de la ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema general de seguridad social, la solidaridad aparece como un principio dentro del cuerpo legal, definiéndola este como: *“la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.”*

La anterior cuestión da cuenta efectivamente que en los Estados sociales de Derecho como el colombiano, el ordenamiento jurídico debe entenderse como un todo armónico, sin islas, y que la solidaridad, establecida en la Constitución Nacional, llega a todas las esferas del derecho, entre ellas la de la ley.

Ha quedado visto entonces como se entiende el principio de solidaridad en el marco de los Estados sociales de Derecho, y su especial conexión con la identidad misma de esa clase de organización política. También se dijo hasta aquí como el principio de solidaridad consagrado en la Constitución irriga las demás normas del ordenamiento jurídico. Ahora se pasa a mostrar cómo dicho principio sirve como base para la interpretación de las demás normas jurídicas, pues en los Estados sociales de Derecho la solidaridad no es una mera declaración de buenas intenciones, sino que puede llevar a que la ley tenga que ceder camino ante la preponderancia y jerarquía de aquella.

Es así como en concreto a veces la ley tiene una interpretación *prima facie*, pero impregnada por el principio de solidaridad aquella se altera ostensiblemente en beneficio de fines constitucionales como la protección al más vulnerable.

Un ejemplo de ello sería lo establecido por el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, norma que permite al empleador despedir al trabajador sin justa causa, pagando una indemnización en dinero establecida en dicha norma. Si no integrásemos el principio de solidaridad a esta disposición, sería perfectamente viable que un empleador pudiese despedir sin justa causa a un trabajador en condición de discapacidad, previo pago de la mencionada indemnización.

No obstante lo anterior, la interpretación de la norma cambia transversalmente, si para comprenderla utilizamos el principio de solidaridad constitucional. Es con base en dicha integración que el Máximo Tribunal Constitucional ha señalado que, a raíz de este principio, el empleador no puede despedir al trabajador en situación de discapacidad, aunque haya pagado la indemnización legal establecida en el código sustantivo del trabajo, pues a aquél le corresponde obrar conforme el deber de solidaridad. En este sentido, la Corte en sentencia T-417 de 2017, afirmó:

La jurisprudencia ha determinado que cuando la autorización de despido por parte del Ministerio no ha sido solicitada por el empleador, debe presumirse que su decisión radicó en las especiales condiciones del trabajador. **También se ha señalado que el pago de la correspondiente indemnización por el despido injustificado no subsana la violación a la protección de estabilidad reforzada**, por el contrario, dicho pago corresponde a una medida sancionatoria que no desobliga al empleador a reintegrar al trabajador a su puesto. Así lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000, al señalar que de conformidad con **los principios** de respeto a la dignidad humana, **a la solidaridad** y a la igualdad (Arts. 2o. y 13, CP.), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para las personas con discapacidad física, sensorial o síquica (T-417/17)

Se manifiesta para finalizar que, de la reconstrucción epistemológica del principio de solidaridad se logra evidenciar su función integradora e interpretadora. Con relación a la función creadora propia de la solidaridad en tanto principio, aquella se abordará a fondo en el capítulo siguiente, pues en aquel se buscará categorizar el nivel de contribución que tiene la solidaridad frente al establecimiento de la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado, dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

3. PENSIÓN DE INVALIDEZ EN FAVOR DE VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO.

3.1 PIVCA COMO MUESTRA DE LA FUNCIÓN CREADORA DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Teniendo en cuenta las funciones propias de los principios y la definición del principio de solidaridad, es posible afirmar entonces que la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado atiende en su génesis a la función creadora del principio de solidaridad. El legislador en concordancia con este principio dispuso crear una prestación no contributiva, dirigida a un grupo vulnerable de la población en Colombia, como en razón lo son las víctimas de la violencia que ha vivido el país durante más de sesenta años y en la que estas han sido las más afectadas. El fundamento de la PIVCA no encuentra sustento sino en la solidaridad, de otro modo no podría explicarse por qué en el ordenamiento jurídico colombiano se consagra una prestación pensional ajena a las necesarias contribuciones individuales para financiar los derechos pensionales.

La pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado entonces guarda relación con la solidaridad en el marco de los Estados sociales de Derecho, en tanto que aquella se creó para ser causada sin tener en cuenta si el beneficiario ha hecho o no un aporte al sistema pensional para consolidar un derecho, desatendiendo la contributividad y procurando la garantía efectiva de los postulados constitucionales de la población afectada y en mayor riesgo, con base en los recursos del Estado.

En este entendido, la misma Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las disposiciones que consagraron la PIVCA, utilizó el principio de solidaridad para fundamentar su decisión de declarar la exequibilidad -conformidad con la constitución- de dichas normas:

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha manifestado **que este principio de solidaridad se concreta en una serie de obligaciones exigidas a los distintos componentes de la sociedad**, orientadas hacia la consecución de los fines esenciales de la organización política consagrados en el artículo 2 constitucional. Además, ha establecido que “este principio se traduce en la exigencia dirigida **especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos**. (C-767-14) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Es claro que para la Corte existe un deber frente a los miembros de la sociedad de ser solidarios con las personas que se encuentran ubicados en un escenario de vulnerabilidad, y esa situación es la que precisamente alienta la permanencia en el ordenamiento jurídico de un derecho como el de la PIVCA, de tal suerte que sin la integración del principio de solidaridad esta no sería posible. Lo contrario a la solidaridad sería el individualismo extremo, donde nadie tendría el deber de preocuparse por los problemas de los demás, aun cuando estos presenten condiciones especiales que los hacen más sensibles a contingencias intolerables en una sociedad basada en el reconocimiento de los derechos humanos, como en efecto lo son el derecho al mínimo vital (art. 3 DDHH), y a la seguridad social (art. 22 DDHH).

Cabe anotar que el hecho de que la Alta Corporación Judicial haya hecho uso del principio de solidaridad como fundamento para mantener vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano la PIVCA, no evidencia sino nuevamente la importancia de la contribución de este principio en la existencia de esta prestación pensional, pues en el debate de constitucionalidad que se resolvió con la sentencia C-767-14 la Corte constitucional bien podía haber declarado la inexecutable -no conformidad de las normas que consagran la PIVCA con la constitución- de esta prestación humanitaria, con base en el artículo 48 de la Constitución nacional, reformado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, que establece la necesidad de que toda pensión se cause por tiempo de servicio, o semanas efectivamente cotizadas -contributividad. Sin embargo, al margen de esto último, la Corte puso por encima a la solidaridad como un elemento de mayor envergadura que debía primar sobre otras consideraciones de índole fiscal.

Así las cosas, si se parte de la idea de la triple función cumplida por los principios ya desarrollada en este escrito con anterioridad, es posible afirmar que el principio de solidaridad no sólo se integra al ordenamiento y sirve como criterio de interpretación, sino que también es fuente de inspiración para la creación de normas. Siendo más específicos, el principio de solidaridad sirvió como base para el nacimiento y perpetuación de la PIVCA dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

3.2 ASPECTOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ A FAVOR DE VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO.

Al comprender entonces que la PIVCA emana como resultado de la función creadora del principio de solidaridad, se vuelve relevante construir un desarrollo teórico con base en la ley y la jurisprudencia al respecto, no solo en aras de desarrollar el concepto, sino con la finalidad de, con base en la comprensión clara del estado actual de dicha prerrogativa, visibilizar la influencia de este principio en su reconocimiento.

En principio se afirmará entonces que Colombia como Estado social de Derecho ha procurado durante su evolución el desarrollo de mecanismos necesarios para la materialización de los fines que persigue. Por ende, como se enunció con anterioridad, las garantías de seguridad social para sus asociados constituyen la base para su correcto funcionamiento. Dentro del esquema de seguridad social se encuentra el sistema general de pensiones, el cual se muestra cimentado, entre otros, en el principio de la contributividad, como se explicó en el primer capítulo.

Lo anterior se hace evidente en diversas normas como el artículo 17 y 20 de la ley 100 de 1993, las cuales establecen la obligatoriedad de las cotizaciones al mismo, tanto para los trabajadores dependientes como para los trabajadores independientes. De la lectura de todas las pensiones consagradas en el mencionado sistema, ninguna escapa a la necesidad de cotizar para obtener una contraprestación.

De este modo, por ejemplo, el artículo 33 de la ley 100 de 1993 exige 1300 semanas y 62 años de edad si se es hombre, o 57 años de edad si se es mujer, para obtener la pensión de vejez en el régimen solidario de prima media con prestación definida -RPM-, que es el administrado por el Estado a través de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

A su vez, en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS -, se exige que el afiliado cuente con un ahorro que le permita financiar, a una edad escogida por aquél, una pensión que actualmente debe ser de como mínimo el salario mínimo legal mensual vigente, por el resto de su vida probable, elemento que debe ser determinado conforme la resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda, mediante una ecuación en la que se deben tener en

cuenta como variables la vida probable del cónyuge o compañero(a) permanente del afiliado, y de los hijos menores de 25 años de aquel, o discapacitados.

Igual situación sucede, por ejemplo, con las pensiones de invalidez o sobrevivientes de origen común, que para poder ser otorgadas a los beneficiarios de un afiliado en cualquiera de los dos regímenes -RPM y RAIS-, el causante debe acreditar 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha del accidente que le produce la invalidez, o a la fecha de estructuración de la enfermedad, o si se trata de fallecimiento, esa misma densidad de semanas, al momento de la muerte.

Así las cosas, resulta llamativa en cuanto a la coherencia política, económica y jurídica con que se ha consagrado en el sistema de pensiones en Colombia la existencia de una pensión que no implique haber cotizado al mismo. El legislador en el año 1993, a través de la ley 104 del mismo año, motivado por los efectos de la conflagración interna que vivía el país con diversos grupos armados al margen de la ley, y principalmente debido a los daños sufridos en la integridad física por parte de la población rural, quiso consagrar una prestación pensional que consistiese en un salario mínimo para quienes en razón del conflicto hubiesen tenido una pérdida de capacidad laboral del 66% o superior, siempre y cuando no tuvieran otro tipo de ingresos.

Consecutivamente, a través de la ley 241 del año 1995 se redujo el porcentaje de incapacidad a un 50%, manteniéndose los requisitos de no tener otro tipo de ingresos económicos y haber padecido la lesión a causa del conflicto interno armado, sin importar los aportes a seguridad social realizados por el solicitante de dicha prestación.

Con posterioridad, esta prerrogativa pensional y los conceptos que a ella se refieren fueron desarrollados por el legislador dos años después, consagrando dicha prestación en el artículo 46 de la ley 418 de 1997, disposición que señala lo siguiente:

Artículo 46. Modificado por la Ley 782 de 2002, artículo 18. En cumplimiento de su objeto y en desarrollo de sus facultades, la Red de Solidaridad Social atenderá gratuitamente y sin intermediarios a las víctimas de actos a que se refiere el artículo 15, en los términos previstos en los artículos 20 y 23 de la presente ley, los gastos funerarios de las mismas, para proteger a los habitantes contra las consecuencias de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, subsidiará las líneas de crédito a que se refiere el presente título, de

conformidad con las reglamentaciones que adopte su Junta Directiva. Igualmente, podrá cofinanciar los programas que adelanten entidades sin ánimo de lucro, celebrando para este último efecto los contratos a que se refiere el artículo 355 de la Constitución Política y las normas que lo reglamentan, todo en función de la protección y ayuda a los damnificados.

Las víctimas que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Unico para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con lo contemplado en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud, la que será cubierta por el Fondo de Solidaridad Pensional a que se refiere el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 y reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, o la entidad de naturaleza oficial señalada por el Gobierno Nacional.

Los pagos que deban hacerse por razón de los seguros que se contraten se harán con cargo a los recursos de la Red de Solidaridad Social.” (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Se verifica de lo anterior que en cuanto a los requisitos mencionados por la norma, para que opere esa garantía pensional se exigen los siguientes: i) que se trate de una víctima del conflicto armado, ii) que cuente con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más, iii) que no cuente con otras posibilidades pensionales y iv) que no cuente con otras posibilidades de atención en salud. Entonces, partiendo los requisitos vistos atrás, refulge incontestable la ausencia de una densidad de semanas cotizadas que se le exija al beneficiario de esta pensión especial de invalidez, lo que deja claro que la misma no se encuentra cimentada, como ya se ha manifestado, en el principio de contributividad.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que dicha ley ostentaba un carácter transitorio de solamente dos años. Sin embargo, esta recibió varias prórrogas a través de leyes como la 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010. Es decir, el reconocimiento de esta continuó vigente a través de los años y el legislador mantuvo esta vigencia por medio de la expedición de leyes.

Aún con esto, el Máximo Tribunal Constitucional encontró que el Estado incurrió en un error al no prorrogar directamente el artículo 46 de la ley 418 de 1997, presentándose así una omisión normativa y una violación al principio de progresividad. En palabras del tribunal:

En otros términos, el referido vacío se produce por la omisión del legislador de no haber prorrogado la vigencia de la prestación de las víctimas de la violencia del conflicto armado, en los artículos 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 14 21 de 2010. La Sala encontró que se encontraban acreditados los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que pueda considerarse que se produjo una omisión legislativa relativa (C-767-2014)

En dicha providencia el Máximo Tribunal Constitucional recalca que por parte del Estado en cabeza del ente legislativo no hubo el interés de mantener vigente una prerrogativa que optaba por proteger en cierta medida los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de ciertas personas víctimas del conflicto armado, no atendiendo, como ya se ha demostrado, a los criterios de sostenibilidad o contributividad, sino más bien a la materialización de los fines del Estado a través de la solidaridad; dando primacía con su actuar a intereses económicos por encima de los postulados sociales del Estado.

Así las cosas, al intentar el órgano legislativo restar vigencia a una actuación Estatal protectora de derechos en declive de intereses económicos, por la no existencia de un ingreso directo que financie la protección individual de cada víctima, sino que el Estado se ve forzado a destinar recursos de otros recaudos, dio pie a la generación de un conflicto entre, por un lado, los principios sociales que esgrime la Constitución del 91 y, por otro lado, las políticas de carácter neoliberal que sostenían e impartían el gobierno y el propio legislador de turno.

Lo anterior en razón de que ya por las fechas en que el Congreso de la República incurrió en dicha omisión, el paradigma a nivel mundial y en enorme medida en el contexto colombiano, era de carácter netamente neoliberal, toda vez que las políticas de los Estados tendían a materializar una protección a un supuesto crecimiento económico, desatendiendo las políticas de protección social. Sin embargo, esta incursión del neoliberalismo en el contexto colombiano no fue del todo voluntaria, sino que se debió a una serie de factores de índole global.

Siguiendo a David Harvey (2007) en aras de responder por el origen del neoliberalismo, es necesario acudir a una visión retrospectiva de los movimientos sociales y políticos que se dieron en el mundo en los años comprendidos entre 1978 y 1980. Deng Xiaoping aborda en 1978 los primeros pasos decisivos hacia la liberalización de una economía comunista en China, lo que arrojó resultados dos décadas después, pues este país que según datos

demográficos que integra la quinta parte de la población mundial, pasó de ser un área atrasada y cerrada del mundo, a un centro de dinamismo capitalista con una tasa de crecimiento considerable y sin precedentes hasta ese entonces en la esfera mundial.

Un año después, en circunstancias sociales, temporales y espaciales completamente diferentes aparece en el ámbito occidental Paul Volcker, quien en pocos meses ejecutó una drástica transformación de la política monetaria norteamericana, haciéndole frente a la inflación. Siguiendo la misma línea temporal, es decir, en 1979, es elegida como primera ministra de Gran Bretaña Margaret Thatcher *con el compromiso de domeñar el poder de los sindicalistas y de acabar con el deplorable estancamiento inflacionario en el que había permanecido sumido el país durante la década anterior* (p.5).

Del mismo modo, hacia la década de los 80 Ronald Reagan fue elegido presidente de los Estados Unidos en el rumbo de la revitalización de su economía, apoyando las acciones de Paul Volcker en la Reserva Federal, esto es, un proyecto de continuación de las políticas económicas que se habían iniciado en el mundo desde el año 1978 y en Estados Unidos en 1979, donde se permitió que el presidente electo *añadiera sus propias políticas para socavar el poder de los trabajadores, desregular la industria, la agricultura y la extracción de recursos, y suprimir las trabas que pesaban sobre los poderes financieros tanto internamente como a escala mundial* (p.6).

Según la lectura histórica de este autor, Deng Xiaoping, Volcker, Thatcher y Reagan optaron por utilizar, todos ellos, discursos minoritarios que estaban en circulación desde hacía largo tiempo y los tornaron mayoritarios -aunque en ningún caso sin ninguna dilatada lucha-. Por ejemplo, en Estados Unidos, Ronald Reagan hizo revivir una tradición minoritaria dentro del Partido Republicano. Deng era testigo del vertiginoso aumento de riqueza y de influencia experimentado por Japón, Taiwán, Hong Kong, Singapur y Corea del Sur y para salvaguardar y promover los intereses del Estado chino, resolvió movilizar un socialismo de mercado en lugar de una planificación central. A su vez, tanto Volcker como Thatcher rescataron de las sombras de relativa oscuridad en que se encontraba, una singular doctrina, a la que llamaban neoliberalismo, y la transformaron en el principio rector de la gestión y el pensamiento económicos.

Del estudio histórico y político realizado por Harvey (2007), es posible extraer una definición de lo que es el fenómeno del neoliberalismo, la cual es útil en esta argumentación para la comprensión del paradigma de la solidaridad dentro de las construcciones políticas de carácter neoliberal:

El neoliberalismo es, ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio, en ese escenario, el papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de esas prácticas. Por ejemplo, tiene que garantizar la calidad y la integridad del dinero. Igualmente, debe disponer las funciones y estructuras militares, defensivas, policiales y legales que son necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, en caso necesario mediante el uso de la fuerza, el correcto funcionamiento de los mercados. (p.6)

El Estado al adherirse a políticas tendientes a posibilitar la materialización del neoliberalismo debe movilizar toda su maquinaria en defensa de los principios y de las reglas económicas que permean aquél como una práctica que magnifica la propiedad privada y reduce a la mínima expresión la intervención estatal, poniendo como teleología primordial el bienestar del ser humano entendido como bienestar económico, dejando de lado un alto intervencionismo por parte del Estado, en asuntos diferentes a las dinámicas del mercado:

En pro de ese discurso se afirma que en las áreas sustraídas de la dinámica del mercado (como la tierra, el agua, la educación, la atención sanitaria, la seguridad social o la contaminación medioambiental) el Estado no debe aventurarse más allá de lo que prescriban las tareas. La intervención estatal en los mercados debe ser mínima porque, de acuerdo con esta teoría, el Estado no puede en modo alguno obtener la información necesaria para anticiparse a las señales del mercado (los precios) y porque es inevitable que poderosos grupos de interés distorsionen y condicionen estas intervenciones estatales (en particular en los sistemas democráticos) atendiendo a su propio beneficio. (p.6)

Ahora, respecto a la incursión del neoliberalismo en Latinoamérica, este puede verificarse desde el llamado Consenso de Washington, que fue un encuentro citado por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, en el que participaron el Departamento de

Estado de los Estados Unidos de América, los Ministros de Finanzas de los países desarrollados, presidentes de los bancos internacionales y economistas.

Este consenso constituye un prontuario de políticas concretas dentro de las cuales están: la disminución del gasto público, mantenimiento de un tipo de cambio competitivo, privatización de las empresas públicas, entre otras reglas concretas que crearon los escenarios propicios para el inicio del neoliberalismo latinoamericano. No en vano preceptúa Cruz (2010) cuando afirma que la función del Consenso de Washington estuvo encaminada a debilitar al Estado mediante la aplicación de políticas de reestructuración y reivindicación de las entidades privadas, sin la oportunidad de encontrar una condición socialmente justa para la población; en virtud de que son estructuras en las que el ciudadano normal no puede exigir nada y los ciudadanos dejan de serlo para convertirse en clientes o consumidores.

Colombia no fue ajena a las transformaciones que se dieron a nivel mundial, específicamente en China, Estados Unidos y Gran Bretaña y en América Latina una vez se desarrolla históricamente el Consenso de Washington. Ingresó el país suramericano a ejecutar transformaciones en la estructura económica y en las políticas estatales. Desde mediados de los años ochenta y con mayor fuerza a comienzos de los años noventa con lo que se denominó “la apertura económica” adoptada por el entonces Presidente de la República César Gaviria, Colombia ha ingresado en la dinámica neoliberal, o en lo que muchos autores denominan genéricamente “globalización”, buscando una liberalización del mercado que establezca la economía Nacional –macroeconomía-; dicha apertura económica se hizo con un propósito fundamental que consistía en:

Obtener un crecimiento económico requerido no inferior al 5%, a partir de 1990 empieza un proceso de desgravación arancelaria y de desmonte de las restricciones cuantitativas al comercio, es decir, una transformación estructural por medio de un programa de apertura y de desregulación de la economía, búsqueda de eficiencia, eliminación del sesgo antiexportador, reasignación de recursos hacia aquellas actividades con mayor ventaja comparativa y capacidad competitiva en los mercados externos. (Corchuelo, 1994. Citado por López, 2006).

Ahora bien, adherirse a estas políticas, que como devenir lógico generan consecuencias, ha suscitado críticas, muestra de ello lo preceptuado por Cruz (2010), cuya crítica gravita

fundamentalmente en que el Estado ha permanecido sometido a continuas reformas y se ha logrado implementar un nuevo modelo económico como respuesta política a las exigencias de la elite, basado en la acumulación y en la expansión del aparato productivo y de la transformación del mercado interno, dando pie a un nuevo estadio o fase de la globalización capitalista. En este proceso de construcción del modelo neoliberal, está involucrada toda la vida económica, social y política del país.

La construcción del modelo -inclusive la construcción del país desde unas nuevas perspectivas económicas con repercusiones sociales y culturales- ha sido objeto de análisis que arrojan como resultado la imperiosa necesidad de establecer un orden jurídico-económico que dirija toda una política de mercado, la nueva estructura en cuanto al mercado de la fuerza laboral, el mercado de bienes y servicios, el mercado de capitales, las telecomunicaciones, los límites de intervención del Estado en lo económico como forma de regular las facultades otorgadas por el neoliberalismo, la concreción de tratados de libre comercio, las políticas de privatizaciones, entre otros aspectos que quedaron consagrados en la Constitución Política de 1991.

La Carta Magna de 1991 se da en un momento de la historia colombiana que afronta varias crisis como el fortalecimiento de grupos armados al margen de la ley, el narcotráfico, brotes de paramilitarismo, entre otras, pero el país no debe abordar la creación de una nueva norma superior atendiendo solo a las problemáticas internas, sino que específicamente en materia económica, debió atender las disposiciones dadas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial e instituciones de carácter monetario y comercial del orden global, que buscaban imponer su visión político-económica.

Esto se afirma debido a que históricamente se puede establecer que para finales de los años 80 las instituciones mencionadas anteriormente -Fondo Monetario, Banco Mundial, entre otras- encargadas de manejar la economía internacional, integraron el Consenso de Washington como parte de su política de desarrollo, y obligaban a que los países prestamistas aplicaran las reformas que fuesen necesarias para poner en marcha el neoliberalismo, esgrimiendo como argumento fundamental que todos los países encontrarían beneficios posibles para su crecimiento, implementando un libre mercado y acudiendo a una disciplina fiscal que materializara elementos esenciales en pro de esta empresa.

El ejercicio de la Asamblea Nacional Constituyente que tenía la función de crear una Constitución diversa y multicultural obedeciendo a las realidades del país, en materia económica se vio avocada a la planificación del mercado con una injerencia internacional; no en vano afirma Cruz (2010) que el recetario y su inmersión en la actual Constitución es el reflejo de la aplicación de un Constitucionalismo aparente –calificativo que este autor utiliza– y refleja también el programa de una élite dominante que deja por fuera a una parte de ella y a los demás sectores sociales del país. Allí están los intereses particulares o de grupos cerrados, donde salen ganando los más conservadores que se identifiquen con la dinámica de la transnacionalización económica, y es por eso que algunos académicos afirman que no hay Constitución más neoliberal que la Constitución de 1991, porque elevó a la categoría de Carta Magna la apertura económica.

Sin embargo, a pesar de que esta Constitución puede ser la que más se acomoda a las disposiciones neoliberales en comparación con las Constituciones anteriores respecto a sus postulados económicos y de mercado, ésta proscribía el desinterés por la materialización de los derechos fundamentales; por el contrario, el andamiaje axiológico sobre el cual se funda está revestido de tal relevancia que dentro de la jerarquía nomoárquica, el intérprete constitucional ha tendido siempre, no sin profundas contradicciones, a darle mayor peso a los derechos humanos de segunda generación –que son los más amenazados por esta doctrina de un liberalismo extremo y radical que promulga un culto al mercado salvaje–.

Así entonces, las reformas estructurales impuestas por el neoliberalismo que son conocidas en América Latina como “reformas de mercado” intentaron reducir el papel del Estado en la economía, asignarle el protagonismo a los mercados y favorecer la estabilidad macroeconómica, reformas que fueron acogidas en la gran mayoría de países latinoamericanos como una forma de potencializar –elevar a su máxima expresión– la propiedad privada, cambio que generaría una cooperación entre el sector público y el privado, unión sinérgica que impulsaría el mercado y posibilitaría la superación de déficits o problemas fiscales, sociales e inclusive culturales, en virtud del entusiasmo con que se adoptó el modelo neoliberal en el contexto Latinoamericano, que permeado por diversas luchas y opciones posibilitó que este fuera el ámbito original donde surgió el capitalismo

moderno/colonial. Es en dicho territorio donde el modelo político-económico tuvo su momento fundacional.

En este entendido, vale acotar que si bien el neoliberalismo emerge luego de varios fenómenos a nivel global, encuentra su apogeo en Colombia con la llegada al poder del expresidente Álvaro Uribe en el 2002, quien abiertamente sostenía que la mejor manera de salvar del fracaso a Colombia como Estado era la implementación de políticas que incentivaran la inversión extranjera generando así un mayor flujo de capital en el Estado, sin importar las consecuencias a nivel social que podría traer el desatender la ayuda estatal a las poblaciones vulnerables.

En vista de lo anterior, es posible afirmar que, si la base de las políticas neoliberales es la protección de intereses económicos por encima de los postulados sociales o asistencialistas, y que el Estado Colombiano, a través del Congreso de la República –ente encargado de emitir las leyes y determinar su vigencia- desprotegió la guarda de un derecho fundamental a través de una omisión legislativa, la misma sin duda no se debió a un error infortunado del cuerpo encargado de producción legal, sino que obedeció a un actuar encaminado a materializar los postulados de ataque al principio de solidaridad, propios de la doctrina del libre mercado neoliberal.

Aún con esto, fue gracias en primera medida a la tridivisión de poderes propia de los Estados de Derecho y al mismo tiempo a los mecanismos de protección Constitucional reconocidos en la Carta Mayor del 91, que pudo pervivir la figura de la PIVCA dentro del ordenamiento, esto en razón de que la Corte Constitucional, guardiana de la Carta Política, logró que, al menos desde la óptica del ordenamiento jurídico positivo, primaran los postulados del Estado social de Derecho, frente a la fuerte disposición de las tendencias neoliberales del momento, ordenando al Congreso que mantuviera vigente esta ayuda, evitando así que en razón de un aparente “error” se desprotegieran los derechos de cierta población desfavorecida, por atender a criterios económicos como el de la sostenibilidad fiscal.

Así pues, años después de este pronunciamiento el Estado Colombiano reglamentó el proceso para el reconocimiento de la PIVCA a través del decreto 600 de 2017, dejando claro quién es el responsable del reconocimiento de dicha prestación, cuáles son sus condiciones de

acceso, el procedimiento operativo y las fuentes de recursos para la allí denominada “prestación humanitaria”.

De esta reglamentación llama la atención en primera medida el hecho de que se le deja de dar el nombre de pensión a dicha prestación, siendo categorizada como “prestación humanitaria” por parte del ejecutivo, esto con base en lo expresado por la Corte Constitucional en la misma sentencia anteriormente referenciada:

La prestación económica de la cual se trata no puede considerarse en modo alguno una pensión de vejez o invalidez estrictamente hablando pues carece de los requisitos y características propias del régimen de pensiones, debiendo entenderse como un estímulo de otra naturaleza. (C-767/14)

En este entendido es posible afirmar que, si bien el Estado no considera de manera formal la PIVCA como parte del sistema de pensiones, sí reconoce que es un estímulo o prestación que busca desarrollar los postulados del Estado social de Derecho en tanto a la garantía de los derechos de las personas en situaciones de riesgo especiales, en este caso el trabajador rural víctima de una lesión en razón del conflicto armado interno.

Al reconocer el Estado la necesidad de una garantía efectiva que tendiera a proteger los derechos de esta población sujeto especial protección, operó de forma armónica conforme a sus postulados y consagró este beneficio como un desarrollo de los derechos humanos, inspirado en la solidaridad, pues procuró que a través de la misma ayuda de la población se diera pie a poder suplir esta necesidad.

Lo anterior se ve materializado en cierta medida en la Artículo 2.2.9.5.7. del mencionado decreto, toda vez que en este el ejecutivo reitera que los recursos para el pago de esta prestación provienen del Presupuesto General de Nación delegando al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Trabajo la responsabilidad de realizar los procedimientos administrativos para la obtención de estos recursos.

No toma relevancia para el Estado los aportes que quienes han sido víctimas del conflicto hayan podido realizar como garantía para un eventual suceso que los inhabilite para poder seguir trabajando por el sostenimiento propio y el de su familia; vela el Estado por la protección de estas prerrogativas y en su desarrollo acudiendo a los recursos comunes por él

administrados, a los cuales, como ya se expuso, todo nacional colombiano contribuye en la medida de su capacidad económica.

Partiendo de lo anteriormente enunciado, se comprende que la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado cuenta con cuatro elementos necesarios para la configuración del derecho. Dichos elementos han sido desarrollados legal y jurisprudencialmente, dejando claro los criterios dentro de los cuales estos pueden ser tomados como causales legítimas para poder reclamar al Estado la prestación en cuestión.

i) Ser víctima del conflicto armado:

En primera medida se estipula como necesario el haber padecido la lesión en razón del conflicto armado interno vivido por el país. Sin embargo, la condición de víctima del conflicto armado en el ordenamiento jurídico colombiano no es una noción arbitraria; esta característica ha sido definida por el legislador y desarrollada por los pronunciamientos de las altas Cortes. Así, se acude en primera medida al artículo 3 de la ley 1448 de 2011, conocida comúnmente como “ley de víctimas”.

En dicha disposición se estipula que serán considerados víctimas para efectos de los beneficios legales de carácter patrimonial quienes hayan padecido de violaciones graves a sus derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario acontecidas con posterioridad al 1 de enero de 1985¹⁶ *ocurridas en razón del conflicto armado interno*.

En esta misma medida, el legislador considera víctimas a sus parientes más cercanos¹⁷ cuando la persona se encuentre desaparecida o haya muerto, esto en razón de la teleología *pro homine* de la norma, toda vez que si dicha disposición lo que busca es proteger los derechos no solo de quien se vio afectado directamente por el hecho lesivo, sino los derechos de las personas a su cargo y que dependían de la capacidad del afectado para laborar y dar sustento. En este entendido se debe comprender esta prestación como una prerrogativa que

¹⁶ Quienes hayan sido víctimas de hechos sucedidos con anterioridad a esta fecha tienen derecho a una reparación simbólica, a la verdad sobre los hechos y a las garantías de no repetición.

¹⁷ El cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar **en primer grado de consanguinidad, primero civil** de la víctima directa (...) A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

no solo tiene una finalidad reparadora sino de apoyo o ayuda a quien en razón del conflicto carece de medios efectivos para garantizar su sustento.

En este orden de ideas, excluye de esta clasificación el legislador a los miembros de la fuerza pública de la posibilidad de reparación económica en virtud de lo estipulado en estas disposiciones, esto en razón de que estos gozan de una protección especial y de origen diferente por parte del Estado. En el mismo sentido excluye a los miembros de grupos armados, haciendo la salvedad de los menores de edad que se hayan desvinculado del grupo armado ilegal.

Esta definición de víctima establecida en la ley 1448 de 2011, por más que merezca críticas, es la acepción de la cual se parte para el análisis teórico del presente escrito. Esta definición es en igual medida el punto de partida que toma el Estado para la calificación del requisito para el reconocimiento de la prestación pensional que es un desarrollo directo de los derechos humanos.

Teniendo presente lo anterior, cabe señalar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia determinó que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para establecer el concepto de víctima del conflicto armado, y que la realizada por ese órgano de la República, a través de la ley 1448 de 2011, era ajustada a la Constitución. De este modo, en la sentencia C-253A de 2012, esa alta corporación afirmó:

Como se ha dicho, el propósito de la Ley 1448 de 2011 y en particular de lo dispuesto en su artículo 3º, no es el de definir o modificar el concepto de víctima, en la medida en la que esa condición responde a una realidad objetiva, cuyos contornos han sido delineados de manera general en la ley, en instrumentos internacionales y en la jurisprudencia constitucional. **Lo que se hace en la ley es identificar, dentro del universo de las víctimas, entendidas éstas, en el contexto de la ley, como toda persona que haya sufrido menoscabo en su integridad o en sus bienes como resultado de una conducta antijurídica, a aquellas que serán destinatarias de las medidas especiales de protección que se adoptan en ella.** Para eso la ley acude a una especie de **definición operativa**, a través de la expresión ‘[s]e consideran víctimas, para los efectos de esta ley (...)’, giro que implica que se reconoce la existencia de víctimas distintas de aquellas que se consideran tales para los efectos de esta ley en particular, o, en sentido inverso, que, a partir del conjunto total de las víctimas, se identifican algunas que

serán las destinatarias de las medidas especiales contenidas en la ley. (Subrayas y negrilla fuera de texto) (C-253A /2012)

Igualmente, en otra providencia interesante para efectos de la delimitación de la condición de víctima del conflicto armado, como lo es la sentencia T-290 de 2016, la Corte Constitucional expresó:

En esa decisión, **la Corte Constitucional avaló la exclusión realizada por el legislador de las víctimas de delincuencia común, y demarcó su alcance a partir de ese carácter operativo del concepto de víctima.** Dijo al respecto: “la fijación del concepto de delincuencia común, debe hacerse por oposición a la definición de víctimas que, para efectos operativos, se hace en el primer inciso del artículo 3º, no sólo porque la expresión acusada es un desarrollo normativo que hace parte de ese mismo artículo, sino, además, porque hay una remisión expresa a dicha definición, en la medida en que la referida exclusión se hace ‘(...) para los efectos de la definición contenida en el presente artículo. (Subrayas y negrilla fuera de texto) (T-290 de 2016)

Realizando entonces una síntesis de la legislación y la jurisprudencia anteriormente citada, la cual se refiere al concepto de víctima del conflicto armado, se puede afirmar válidamente que para efectos de ostentar esa calidad, con miras a acceder al beneficio pensional establecido en el artículo 46 de la ley 418 de 1997, la persona debe acreditar haber sufrido un daño en su integridad física, producto de una violación al derecho internacional humanitario, o una violación grave a los derechos humanos, en el marco del conflicto armado, lo que descarta de plano que los actos perpetrados por la delincuencia común, y que hayan dejado secuelas en un individuo, puedan ser tenidos en cuenta para acreditar este primer requisito.

Es preciso señalar que la determinación del concepto de víctima del conflicto armado es un asunto aporético, que no apodético, ya que existen casos o situaciones concretas de personas que no encuadran tan nítidamente en la definición establecida por el artículo 3 de la ley 1448 de 2011, como en efecto lo son los casos de aquellas personas que son víctimas de bandas criminales, que no son directamente uno de los grupos armados al margen de la ley que en el tráfico ordinario del conflicto interno han participado como facciones confrontadas, verbi

gratia, guerrillas o grupos paramilitares, pero que a pesar de todo, dichas bandas criminales tienen nexos con estos últimos y han prestado una colaboración efectiva a aquellos para lograr sus fines.

Con el fin de poder encontrar una salida no ajena a principios constitucionales como la dignidad humana, la jurisprudencia Constitucional estableció un principio de favorabilidad probatoria por el cual se adoctrinó que en caso de duda sobre la condición de víctima del conflicto armado en relación con un hecho victimizante que constituya una violación al Derecho Internacional Humanitario o una grave violación a los derechos humanos, debe resolverse la misma a favor de la persona que reclama tal condición. Así se expresó la H. Corte Constitucional, por ejemplo, en la ya mencionada sentencia C-253A de 2012:

Para efecto de resolver los problemas jurídicos que plantea la accionante, es relevante recordar que, como ya lo manifestó la Sala Plena de la Corte Constitucional en la referida sentencia “existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto, y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminedar de antemano, pero en relación con las cuales si es posible señalar que no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal, y que en el análisis de cada caso debe procederse, a tono con el objetivo mismo de la ley, con un criterio que tienda a proteger a las víctimas. **Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima**”. Y, adicionalmente, “los daños originados en las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas por actores armados con estructura militar o dominio territorial, como consecuencia de acciones que guarden una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado, podrán ser invocados por sus víctimas, en los términos de la Ley 1448 de 2011, para los fines en ella previstos (Subrayas y negrilla fuera de texto.) (C-253ª/ 2012)

Ahora bien, es preciso indicar que la PIVCA se refiere a una clase especial de víctima, y es a aquella que ha sufrido una invalidez producto de un hecho del conflicto armado de los que se viene haciendo referencia. Por ejemplo, encuadrarían perfectamente en este tipo de hechos

aquellas personas que han quedado gravemente limitadas por haber activado los artefactos conocidos como minas anti-personales, quienes en medio de fuego cruzado se hayan visto lesionadas, o quienes hayan sufrido pérdida de miembros en razón de una detonación en el marco de un enfrentamiento, por mencionar algunos ejemplos. Hechos que, como ya se ha argumentado con anterioridad, ocurren con mayor frecuencia en sectores rurales, toda vez que en estos sectores golpea con mayor fuerza el conflicto.

ii) Tener una pérdida de capacidad laboral del 50% o más.

Como segundo requisito, se exige que el hecho lesivo no sólo cause un daño de cualquier índole en la persona, debe este ser la causa de una imposibilidad física manifiesta que le impida al afectado trabajar y así sostenerse a él y su familia. En Colombia, la pérdida de capacidad laboral no es un concepto arbitrario que dependa de la mera voluntad de los profesionales de la salud. En el anterior sentido la determinación de la pérdida de capacidad laboral se corresponde con criterios técnicos definidos en normas que desarrollan el sistema general de seguridad social integral.

En este orden de ideas, la norma jurídica con que se debe calificar o determinar el grado de invalidez, para establecer si una persona tiene o no un 50% de pérdida de capacidad laboral producto de un hecho del conflicto armado, es el manual único de calificación de invalidez vigente, para el momento de ocurrencia del evento discapacitante.

Valga mencionar, que con base en el principio de irretroactividad de la ley, artículo 52 de la ley 4 de 1913, la ley no rige sino en virtud de su promulgación. Los efectos que una ley produce por regla general se causan hacia el futuro, salvo que la norma exprese lo contrario. Esta última regla solo admite una excepción, que solo es viable en materia sancionatoria por expresa disposición constitucional, cuando dicha ley nueva sea más favorable que la anterior, según el artículo 29 de la Carta Política.

En Colombia, a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, y del decreto ley 1295 de 1994 por el cual se determina la

organización de sistema general de riesgos laborales, se comenzó a establecer una metodología que determina la capacidad laboral de las personas en una escala de 0% a 100%, indicando también la fecha de estructuración de la invalidez, cuando esta ocurre por accidente o enfermedad, tanto de origen común, como de origen laboral.

En concreto, la primera norma que implementó esta metodología en el ordenamiento jurídico colombiano fue el decreto 692 de 1995, por el cual se adopta el manual único de calificación invalidez. Dicha norma posteriormente fue derogada por el decreto 917 de 1999, y esta a su vez por el decreto 1507 de 2014, el cual es el último manual para la calificación de invalidez vigente.

En ese panorama se cuenta con tres normas cronológicas para evaluar si la persona cumple con el supuesto fáctico para acceder al derecho, consistente en contar con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más. Indicado esto, para determinar la norma apropiada para la calificación de invalidez de la persona que va a ser sometida a dicho procedimiento con el fin de determinar si le asiste o no el derecho a la PIVCA, es útil tomar como criterio la tesis sostenida por la jurisprudencia vigente de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de justicia, que en sentencia con radicado SL-13545 de 2014, Magistrada Ponente ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, sostuvo:

De manera que siendo válido el dictamen de la Junta Regional de Calificación, que le dictaminó una pérdida de como ya se indicó en este trabajo capacidad laboral al actor del 42,70%, con estructuración el 26 de enero de 1979, eran las normas vigentes para la época las llamadas a resolver el asunto. Así lo ha considerado esta Sala, entre otras en sentencia CSJ SL 20, nov, 2008, rad. 31668, en la que se expuso:

Resulta evidente que se equivoca el Tribunal cuando dirime la controversia del sub lite a la luz del Decreto 1295 de 1994. **Tiene sentado la jurisprudencia el criterio de que en principio, la normatividad aplicable cuando se trata de pensiones de invalidez, es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado.** (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Es claro que, según lo visto, para la H. Corte Suprema de Justicia, la norma aplicable para calificar la invalidez a la persona que se somete a tal procedimiento, es la vigente al momento de la ocurrencia del hecho, que es lo mismo que su estructuración. Entonces, teniendo en

cuenta que la ley 418, que consagró la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado, es del año 1997, y que esta no determinó extremos temporales en los que operara la concesión del beneficio pensional, el manual de calificación de invalidez aplicable para la determinación del porcentaje exigido por la norma –el cual es del 50%-, aplicable a cada caso concreto, sería el siguiente:

a. A los Hechos del conflicto armado, que se pretendan calificar para determinar la pérdida de capacidad laboral, ocurridos hasta el 9 de junio de 1999, se les deberá aplicar el manual de calificación de invalidez adoptado por el decreto 692 de 1995, pues hasta esa última fecha, tuvo vigencia dicha norma.

b. A los hechos del conflicto armado, que se pretendan calificar para determinar la pérdida de capacidad laboral, ocurridos desde el 10 de junio de 1999 -día siguiente a la fecha de su publicación en el diario oficial 43.601- hasta el 12 de febrero de 2015, se les deberá aplicar el manual de calificación adoptado por el decreto 917 de 1999, fecha última hasta la que estuvo vigente esta última norma.

c. A los hechos del conflicto armado, que se pretendan calificar para determinar la pérdida de capacidad laboral, desde el 13 de febrero de 2015, ocurridos en adelante, se les deberá aplicar el manual de calificación adoptado mediante el decreto 1507 de 2014, como quiera que el artículo 5 de esta norma, estableció que la misma comenzaría a regir dentro de los seis meses siguientes contados a partir del día siguiente a su promulgación -12 de agosto de 2014, en el diario oficial 49.241-.

También es importante mencionar, que la invalidez del 50% de pérdida de capacidad laboral, debe provenir en su integralidad del hecho victimizante, no admitiéndose la combinación de varias enfermedades o hechos invalidantes, para sumar porcentajes con el fin de alcanzar el 50%, toda vez que así lo dispone el artículo 46 de la ley 418 de 1997, cuando su inciso segundo señala:

“Las víctimas que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno

Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, (...)” (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Finalmente, se debe soslayar que el artículo 46 de la ley 418 de 1997 no estableció extremos temporales en los que deba haber ocurrido el hecho causante de la invalidez, de tal suerte que por el principio *pro homine* que se deriva de la forma de organización política denominada Estado social de derecho, establecida en la constitución de 1991, no le es dable al juez establecer límites restrictivos, interpretando las normas que consagran derechos de manera restrictiva, en este caso excluya a un grupo de víctimas específicas del conflicto sin una razón o criterio objetivo. Acerca del principio *pro homine*, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias, de la cual se trae a colación la providencia del año 2018 donde la alta corporación indicó:

En concordancia con este principio se encuentra el de interpretación *pro homine*, según el cual, “las normas han de ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura de que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de las personas”.

Se trata de un criterio de interpretación cimentado en los artículos 1 y 2 de la Constitución, es decir, en la dignidad humana y la necesidad de tener como objetivo el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en la Carta; por lo tanto, el servidor judicial tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana, obligación denominada por la doctrina y la jurisprudencia, “principio de interpretación *pro homine*” o “*pro persona*” (T-022 de 2018)

En virtud de la providencia mencionada, se hace evidente la materialización de la función integradora e interpretadora de los principios, pues a través de esta providencia el Máximo Tribunal define los criterios de interpretación específicos, los cuales deben ser respetados por los operadores jurídicos en aras de materializar los fines constitucionales.

iii) No tener otras posibilidades pensionales

A este respecto, vale decir en primera medida que la pensión se entiende como el aporte mensual que se recibe al haber cotizado a un fondo de carácter público o privado durante una cantidad determinada de tiempo. Esta puede ser adquirida en alguna de las siguientes modalidades de origen común, tales definiciones están contenidas en el Ley 100 de 1993 en sus artículos 33, 39, 47, 64 y 65 respectivamente.:

1) Por vejez: En el régimen de prima media con prestación definida, se logra al cumplir 1.300 semanas cotizadas y una edad mínima de 57 años en mujeres y 62 en hombres; en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se logra al acumular un ahorro a la edad escogida, que permita disfrutar al afiliado, de una renta de como mínimo el salario mínimo legal mensual vigente. Si no se logra dicho capital, el Estado completa lo que haga falta al fondo de pensiones, siempre y cuando el afiliado acredite haber cotizado 1150 semanas, no tenga ingresos superiores a lo que recibiría por pensión y tenga 57 años si es mujer y 62 años si es hombre -En este último caso la pensión solo será del salario mínimo legal mensual vigente-.

2) Por Invalidez: al tener una pérdida de capacidad laboral comprobada del 50% o más y tener un total de 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años previos al hecho que generó la pérdida. Cuando el origen de la invalidez es laboral no se requiere acreditar densidad de semanas, pero si haber estado afiliado a una administradora de riesgos laborales antes de la ocurrencia del hecho invalidante (ley 776 de 2002).

3) Por Sobrevivientes: que se obtiene cuando al fallecimiento de un afiliado o pensionado deja un cónyuge, compañero o compañera permanente beneficiado de dicha pensión de manera temporal o permanente. Cuando el origen de la muerte es laboral no se requiere acreditar densidad de semanas, pero si haber estado afiliado a una administradora de riesgos laborales antes de la ocurrencia del hecho causante de la muerte (ley 776 de 2002).

Si la víctima no posee ninguno de estas pensiones tiene la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado si su pérdida de capacidad laboral supera el 50%; esto es una disposición general del régimen de pensiones en Colombia, ya que la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal J indica que:” Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.”, dicha prohibición se extendió a esta pensión mediante el artículo 46 de la ley 418 de 1997 en su inciso segundo:

Las víctimas que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Único para la calificación de invalidez expedido por el Gobierno Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con lo contemplado en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, **siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales** y de atención en salud, la que será cubierta por el Fondo de Solidaridad Pensional a que se refiere el Artículo 25 de la Ley 100 de 1993. Ley 418 de 1997, Artículo 46, Inciso 2º.(Subrayado añadido)

Dicha decisión de no permitir pluralidad de pensiones tiene como objetivo garantizar la sostenibilidad del sistema, pues con una pensión se entienden cubiertas las necesidades del beneficiario y garantizados los fondos para satisfacer otras pensiones o indemnizaciones según la situación; si bien las víctimas del conflicto se les considera sujetos de especial protección constitucional, esta disposición no les pone en riesgo ya que con otra pensión su mínimo vital está por lo menos, formalmente garantizado.

En el contexto colombiano el acceso a la pensión es un asunto escabroso y casi privilegiado, las condiciones de trabajo informal y la incapacidad mantener los aportes al sistema de pensiones por el tiempo requerido para hacerse acreedor de una pensión ha hecho que le índice de pensionados en el país sea particularmente bajo.

Según las estadísticas de la Superintendencia financiera, el número de personas que actualmente gozan de una pensión en el régimen de solidario solo asciende hasta 1'345.825 entre pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia¹⁸; en comparación, las personas mayores de 60 años -que se entiende están próximas o han abandonado ya el mundo laboral para pasar a gozar de su pensión- llegaron a ser en el 2013 unos 4'962.491 -el 10.53% del total de la población para dicho año-, todo lo anterior según un informe del Ministerio de Salud ¹⁹; así, la posibilidad de ser acreedor de una pensión de vejez es bastante limitada para la ciudadanía en general.

¹⁸ Informe de Superintendencia financiera 2019.

¹⁹ Informe titulado: Envejecimiento demográfico. Colombia 1951-2020 dinámica demográfica y estructuras poblacionales, emitido por el Ministerio de salud en el 2013.

Aun así, las víctimas del conflicto son, en su mayoría, gente que vive en áreas rurales y dedicadas a actividades agrícolas o ganaderas, esta actividad económica en Colombia goza de un margen enorme de informalidad por lo que realizar cotizaciones al régimen de pensiones, ya sea en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, es una situación anómala. Así mismo sin afiliados cotizantes, la pensión de invalidez o la pensión de sobrevivientes de origen común, se convierten en una imposibilidad por lo que es otra puerta cerrada a la concurrencia de dos posibles pensiones.

iv) No tener otras posibilidades de atención en salud

A este respecto, la Corte Constitucional ha definido, frente a lo establecido en la normatividad que consagra la PIVCA, que el requisito de no tener otras posibilidades de atención en salud implica para el solicitante de esta prestación pensional que al momento de realizar la reclamación de la misma no se encuentre afiliado al régimen contributivo en salud ni como cotizante ni como beneficiario.

En ese sentido, quien solicite el reconocimiento de la PIVCA podrá estar afiliado al régimen subsidiado en salud y esto no le perjudica en cuanto a su pretensión de acceder a la prestación humanitaria en cuestión. A este la Corte se ha pronunciado:

Finalmente, en lo referente al requisito de “carecer de otras posibilidades de atención en salud”, la Corte Constitucional fijó el alcance de este requisito acorde con la naturaleza de la prestación especial, estableciendo que los aspirantes a recibir la pensión no podrán pertenecer al régimen contributivo con anterioridad a que ésta les sea reconocida, ya que de encontrarse en este último, se entiende que tiene al menos los recursos mínimos para la subsistencia (T-074/15)

En este aspecto se hace evidente en igual medida la presencia del principio de solidaridad, pues el contenido axiológico de aquel implica que las medidas de protección que se desarrollan en virtud del mismo como prerrogativa humanitaria y que no requieren una contraprestación del destinatario van orientados a garantizar la materialización de medios efectivos de protección de los derechos de las personas más vulnerables, fin primigenio del Estado social de Derecho.

Conclusiones:

1. El Estado social de derecho procura la materialización de los derechos humanos a través de la garantía, entre otros, de los derechos de segunda generación. Del mismo modo, comprende que la garantía de un derecho se entiende satisfecha, en la medida en que este se alcance en condiciones materiales de dignidad humana y aquel este provisto de medios efectivos de garantía.
2. La seguridad social dentro de los estados sociales de derecho se constituye en uno de sus medios idóneos para alcanzar sus fines, como quiera que esta clase de organización política busca proteger efectivamente a las personas frente a contingencias como la invalidez que pueden afectar la dignidad humana.
3. El Estado social de derecho está cimentado en principios, por tanto el sistema de seguridad social, como parte del andamiaje de esta clase de organización política, encuentra su fuente en ellos. Aparecen entonces los principios de solidaridad y contributividad, armonizando este sistema.
4. El legislador configura un sistema de seguridad social que cobija bajo parámetros generales las problemáticas a que se ve sometida la población. Sin embargo, existen situaciones anormales que afectan a sujetos de especial protección constitucional por su situación de vulnerabilidad manifiesta, como en efecto lo son los trabajadores del sector rural que son víctimas del conflicto armado, quienes a raíz de esta realidad problemática se ven imposibilitados para procurarse los medios adecuados de subsistencia, por ende, el Estado debe responder a través de medios efectivos para garantizar sus derechos.
5. En razón de lo anterior el legislador crea la figura de la pensión de invalidez a favor de víctimas del conflicto armado, la cual es un desarrollo de los derechos humanos y a pesar de hacer parte de la seguridad social, no hace parte del sistema general de pensiones, ni su naturaleza obedece al principio de contributividad, sino que se basa en el apoyo común a quienes se encuentran en una situación precaria, es decir en la solidaridad.
6. La solidaridad en su carácter o calidad de principio, aparece dentro del Estado social de derecho colombiano, revestido de las tres características propias de los principios. Cumple una función integradora, en tanto se hace presente dentro de todo el ordenamiento jurídico, permeando constitución, la ley y la jurisprudencia. Cumple una función interpretadora, ya que se vuelve un criterio vinculante, que encausa el entendimiento del ordenamiento jurídico

vigente. Y finalmente cumple una función creadora en tanto que en virtud de esta, pueden emanar normas jurídicas que integran y desarrollan este principio.

7. Si bien la PIVCA nace como medio idóneo para garantizar la materialización de varios fines del Estado, esta durante su vigencia se vio enfrentada al paradigma político y legislativo de orden neoliberal que atraviesa Colombia como Estado; aún con esto, el Tribunal Constitucional logró sacar *avanti* los principios fundantes del Estado Social de Derecho, haciendo caer en cuenta al legislador de su aparente “error” y ordenando al ejecutivo tomar medidas para el acceso efectivo a la prestación económica pensional que esta disposición representa. Evidenciándose así en este caso concreto la contradicción latente y no resuelta entre el pacto social y el poder económico burgués.

8. La contribución del principio de solidaridad en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano, frente al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de las víctimas del conflicto armado, se encuentra enmarcada en que este principio establece un deber de asistencia del Estado, frente a aquellas personas que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta, y que ven amenazada la efectividad de su derecho humanos por contingencias superlativas, de un carácter irresistible, como lo son las personas que producto de la conflagración interna acontecida en el Estado Colombiano, se encuentran en una situación de discapacidad.

Referencias.

Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios Constitucionales.

Aristóteles (1970) *Metafísica*. Madrid. Gredos.

Arenas, G. (2011) *Derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá. Editorial Legis.

Asamblea General de la ONU (1966) “Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales PIDESC” Nueva York. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (1988) “Protocolo adicional a la convención americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”. San Salvador. Recuperado de: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html

Beveridge, W. (2008) *Plan Beveridge*. México DF. Centro interamericano de estudios de seguridad social.

Congreso de la República de Colombia (1993), Ley 104, 30 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (1995), Ley 291, 26 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (1997), Ley 418, 26 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (1999), Ley 548, 23 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (2002), Ley 776, 17 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (2002), Ley 782, 23 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (2006), Ley 1106, 22 de diciembre.

Congreso de la República de Colombia (2010), Ley 1421, 21 de diciembre.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 410-2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574/1992, M.P. Ciro Angarita Baron.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1287/2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-470/2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-862/2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-319/2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253A/2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-258/2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-767/2014, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-074/2015, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-290/2016, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-022/2018, M.P Jose Fernando Reyes Cuartas,

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014). Sentencia radicado 13545, 1 de octubre. M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón.

Cortida, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona: Ediciones Paidós

Fedesarrollo, El sistema pensional en Colombia: Retos y alternativas para aumentar la cobertura, Bogotá: Centro de investigación económica y social. Recuperado de: <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/351>. [Consultado el 13 de mayo de 2019].

GMH. ¡Basta ya! colombia: memorias de guerra y dignidad. (2013). Bogotá: Imprenta nacional. Recuperado de: <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>. [Consultado el 14 de mayo de 2019].

Ferrajoli, L. (2013) *Principia Iuris II*. Madrid. Editorial Trotta.

Gaviria, C. (2014) *Temas de introducción al derecho*. Medellín. Señal Editora.

Monroy, M, C. (2018) *Introducción al derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

Ministerio de Salud y protección social. Envejecimiento demográfico. Colombia 1951-2020 dinámica demográfica y estructuras poblacionales. (2013). Bogotá: Imprenta nacional. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Envejecimiento-demografico-Colombia-1951-2020.pdf> [Consultado el 14 de mayo de 2019].

Muller, I. (2009) *Los juristas del horror*. Bogotá. Editorial ABC LTDA.

Novena conferencia internacional americana. (1948). "Declaración americana de los derechos y deberes del hombre" Bogotá. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Presidencia de la República de Colombia (2013). Decreto 0943, 14 de mayo.

Plazas, M. (2017) *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario, Tomo II*. Bogotá: Editorial Temis.

Quemba, j. (2018). Informalidad laboral en el sector rural colombiano. *Econógrafos escuela de economía*. Recuperado de: <http://www.fce.unal.edu.co/publicaciones/images/econografos/documentos-econografos-economia-124.pdf>

Superintendencia financiera, Informe de pensionados 2019. Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/pensionados--9159> [Consultado el 13 de mayo de 2019].

Tabra, E. (2017) *Ética y solidaridad*. Ginebra. Globethics.

Valencia, R. (2007) *Nomoarquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Medellín. Comlibros.