

La pensión especial de vejez por hijo con discapacidad; una mirada problematizadora.

Johan Mauricio Villegas Murillo

Rhonald Stiven Pulido Barbosa

Resumen

A partir de la promulgación de la ley 100 de 1993, se adoptó en Colombia un Sistema de Seguridad Social Integral que a través de los años ha sufrido una serie de modificaciones como por el ejemplo la contemplada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 original para incluir la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad como una herramienta de protección para las personas con discapacidad, no obstante, y aun cuando la disposición ha sido modificada en su contenido y alcance, desde un análisis de proporcionalidad, se observa que los requisitos establecidos para su causación se constituyen como una barrera que dificultan su acceso. Este artículo tiene como fin, hacer una mirada crítica de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, a partir del concepto de discapacidad que trae el modelo social y que fue adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991, y de un análisis de proporcionalidad a la luz del derecho a la Dignidad humana y a la Igualdad.

Palabras claves: Pensión, Discapacidad, Dignidad humana, Igualdad, Sostenibilidad financiera.

Abstract

After the enactment of Law 100 of 1993, a Comprehensive Social Security System was adopted in Colombia, which over the years has undergone a series of modifications, such as the one contemplated in Article 9 of Law 797 of 2003, which modified the original article 33 to include the special old-age pension for children with disabilities as a protection tool for people with disabilities, however, and even when the provision has been modified in content and scope, from a proportionality analysis, it is observed that the requirements established for its causation constitute a barrier that hinders its access. This article has the purpose of taking a critical look at the special old-age pension for a disability child, based on the concept

of disability of the social model and that was adopted by Colombia in the Political Constitution of 1991, and of an analysis of proportionality in view of the human dignity and equality right.

Keywords: Pension, Disability, Human dignity, Equality, Financial sustainability.

Introducción

En el Subsistema General de Pensiones, pieza que, junto con los subsistemas de salud y riesgo laborales, estructuran el Sistema de Seguridad Social Integral promulgado por la ley 100 de 1993, se encuentran múltiples instrumentos que otorgan al afiliado y sus beneficiarios prestaciones que procuran garantizar ciertas condiciones de vida digna cuando se materializan las contingencias de invalidez, vejez o muerte, como principales riesgos a los cuales se encuentra sujeto el ser humano.

No obstante lo anterior, el sistema pensional también trae situaciones especiales, que determinan condiciones diferenciadas, es decir, el Sistema permite al afiliado acceder a una prestación pensional especial, cuando concurren situaciones que impiden al afiliado consolidar su derecho pensional en condiciones normales, como es el caso de la pensión consagrada en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone que la “pensión especial de vejez por hijo con discapacidad” otorga al afiliado una pensión anticipada de vejez cuando logra probar, entre otras cosas, la discapacidad de su hijo y la necesidad de cuidado que este requiere.

Sin embargo y aun cuando los requisitos establecidos en el texto original han cambiado y que a través del Decreto 1719 de 2019¹ se trató de superar la discusión en cuanto a la forma en la que las AFP del régimen de ahorro individual (RAIS) debían cubrir esta pensión especial, queda un interrogante, ¿Los requisitos de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, son proporcionales al modelo social de discapacidad acogido por Colombia en la Constitución Política de 1991?

¹ Por el cual se reglamenta el inciso 2° del párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y se adiciona el Capítulo 9 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, este trabajo aborda en un primer momento el concepto de discapacidad desde las condiciones de inclusión frente a las barreras normativas, para luego exponer las generalidades del Sistema de Seguridad Social Integral y las características especiales del Régimen Pensional, el marco conceptual en el que se basa la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad como objeto de estudio a partir de un análisis normativo y jurisprudencial y finalmente la aplicación de un test de proporcionalidad a los requisitos que se establecen para acceder a la pensión de cara a los derechos a la Igualdad y a la Dignidad humana de las personas con discapacidad.

1. DISCAPACIDAD Y BARRERAS DE ACCESO

1.2 Breve descripción del concepto de discapacidad, a partir del marco normativo y teórico.

El modelo social adoptado por el Estado colombiano en la Constitución Política de 1991, define que debe primar la protección e integración de todas las personas, específicamente, de aquellas en condiciones de especial protección o que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (Art 13 C.P.), por un lado se establece un marco normativo en el que impera la protección de todos los residentes del territorio nacional en donde debe primar, la igualdad de oportunidades de acceso a la materialización de los derechos humanos y libertades individuales (Art 2 y 5) y por otro se asegura la responsabilidad del Estado en posibilitar el disfrute real y efectivo de aquellas personas en condiciones diferenciadas.

Ante este contexto es necesario exponer que, para el cumplimiento de estos objetivos y la salvaguarda de los derechos humanos de cada individuo en el territorio nacional, es imperativo que el Estado reconozca que el entorno y las condiciones sociales, económicas y físicas deben adaptarse a las condiciones de las personas con discapacidad, en virtud de que el modelo social de discapacidad, como un criterio hermenéutico del ordenamiento interno,

de la jurisprudencia constitucional y de los instrumentos internacionales² sobre la materia, definen a la accesibilidad universal a los derechos como:

(...) una condición ineludible para el ejercicio de los derechos —en igualdad de oportunidades— por todas las personas. Desde el modelo social, el problema de la “falta de” accesibilidad deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas (Palacios, 2008, p. 124)”

Tal reconocimiento de universalidad debe partir desde la participación de todos los ámbitos de la sociedad, de tal forma que se promueva la efectivización de los de los mecanismos jurídicos que garantizan los derechos de las personas con discapacidad especialmente, cuando se crean herramientas incluidas en los Sistemas de Seguridad Social, como en el caso colombiano, la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad a la cual nos referiremos más adelante, pero que sin duda, tiene como fin garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

En consecuencia, es necesario aludir a la categoría de persona con discapacidad al cual nos acogemos y que plantea el modelo social de discapacidad, el cual sostiene que esta no es la imposibilidad funcional de la persona, sino la limitación y restricción de la propia sociedad que, a partir de la no identificación de la diversidad funcional de la persona, proyecta un contexto de discapacidad limitado, excluyente e incapaz de garantizar una vida independiente de las personas con diversidad funcional. (Palacios, 2008, p. 122)

En otras palabras, la discapacidad está centralmente estructurada por la opresión social, la inequidad y la exclusión, y es el resultado de barreras sociales que restringen las actividades de las personas que tienen deficiencias (Mitra, 2005; Thomas, 2004; Turner, 2001; Oliver, 1996; Fox y Kim, 2004 en Gómez Acosta 2007).

² Como base del marco normativo sobre discapacidad, encontramos la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados en la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006.

Es allí donde cobra relevancia la diferenciación conceptual entre deficiencia³ y discapacidad, ya que la primera emerge con una condición objetiva de la persona, es decir en la posibilidad o no de realizar alguna actividad relacionada con su estado biológico, corporal o sensorial, mientras que la segunda “es algo que se emplaza sobre las deficiencias, por el modo en que las personas con discapacidad son innecesariamente aisladas y excluidas de una participación plena en sociedad.” (Palacios, 2008, p.122). Estas diferenciaciones conceptuales revelan su importancia en el análisis del reconocimiento y aplicación práctica y jurídica del principio de Accesibilidad Universal en contraste con los mecanismos previstos en la normatividad colombiana, como lo plantea la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

Dicho lo anterior, la discapacidad como categoría de análisis para el objeto de estas líneas, plantea entonces un reto y un proyecto de Estado social de derecho, en tanto que la ley sustantiva establece para el caso concreto, la posibilidad a la madre o padre con un hijo “inválido”⁴ de acceder a una pensión especial de vejez cuando se acredite la deficiencia física o mental de su hijo debidamente calificada, sin embargo impone cargas o requisitos tales, como la cotización al Sistema General de Pensiones por 1300 semanas, lo que en nuestro concepto repercute en discapacitar a la persona a la cual se busca proteger, en tanto no permite una real y práctica destinación de la madre o padre al cuidado de la persona con diversidad funcional, imponiendo entonces barreras sociales al ejercicio efectivo y universal de los derechos de las personas con diversidad funcional, en ese sentido la Corte Constitucional ha enfatizado que:

Bajo la perspectiva del modelo de “barreras sociales”, la diversidad funcional sería esa característica de una persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona igual que en la mayoría de las personas. En cambio, la discapacidad es el conjunto de restricciones al acceso y

³ De acuerdo con Agustina Palacios, el concepto deficiencia, puede reemplazarse con diversidad funcional, concepto que además se refuerza con la definición establecida en la ley 1618 de 2013.

⁴ La expresión inválido, es tomada directamente del texto original del artículo 9 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

disfrute de los derechos que la sociedad y el entorno imponen a las personas por sus diversidades funcionales (Sentencia C-042 de 2017)

Así mismo encontramos que, como garantía real de materialización del principio de Accesibilidad Universalidad, las normas y mecanismos jurídicos que promueven la efectivización de los derechos de las personas con diversidad funcional deben estructurarse con base en un enfoque inclusivo y que elimine per sé las barreras sociales a las que se vean sujetos las personas con ciertas diversidades funcionales, pues este enfoque resulta adecuado y coherente con los preceptos de la Constitución Política, homogeneizando en su estructura el respeto a la dignidad humana (Sentencia C-147 de 2017).

No obstante lo anterior y pese a que la Constitución Política y la Corte Constitucional se encuentran alineadas con la garantía de los derechos de las personas con diversidad funcional, estas se encuentran ante una sociedad discapacitada que en principio, ofrece contextos discapacitantes y barreras de acceso que impiden su inclusión como persona titular de derechos fundamentales y como miembros de la sociedad, capaces de aportar en igual grado de importancia a la misma.

Desde un punto de vista interno, es posible advertir que las barreras de acceso para las personas con discapacidad, “comprenden todas aquellas estructuras físicas y mentales que no contribuyen a que esta población desarrolle sus necesidades y pensamientos acordes a los principios de igualdad y universalidad descritos en nuestra Constitución Política”. (Vélez, N., González, C., Velásquez, A. 2016) y como ejemplo claro de ello observamos los requisitos impuestos a la madre o padre con un hijo diverso funcionalmente para acceder a la pensión especial de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Por su parte, en el marco internacional se observa que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad identifica y expone que el concepto de discapacidad evoluciona y resulta de la “interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. (Ríos, 2013, p.9)

Ahora, el marco normativo promulgado en la Constitución Política expone que la conceptualización de discapacidad y su inclusión dentro de la sociedad

(...) no se concibe una normalización de las características humanas, antes por el contrario, se acoge la diversidad como una riqueza de la especie, frente a la cual el Estado debe responder con un enfoque diferencial cuando a ello haya lugar, para que la protección de dignidad, libertades y derechos sea efectiva para todos los que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado. (Sentencia C- 042 de 2017)

Todo lo anterior, se encuentra directamente relacionado con el “principio de accesibilidad universal, que requiere que todos los productos, entornos, procesos, bienes y servicios, cumplan con los requisitos necesarios para poder ser utilizados por todas las personas de la forma más autónoma y natural posible” (Palacios, 2008, p.129), postulados necesarios en el análisis del fin y los medios requeridos por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para que una madre o padre pueda destinar su tiempo en el cuidado, protección e inclusión de su hijo con diversidad funcional.

1.3 Barreras de acceso

En Colombia específicamente, se ha evidenciado que las personas con discapacidad se enfrentan a un contexto variado de situaciones discapacitantes o barreras de acceso a la materialización de ciertos derechos, tal como lo han expresado en sus investigaciones diversas investigaciones como por ejemplo, barreras de acceso a servicios de salud (Vélez N., González, ., Velásquez, A. 2016), imposibilidad de accesibilidad a la infraestructura, (Hurtado Floyd, 2012) o barreras económicas que dificultan el acceso a todo tipo de servicios (Gómez Acosta 2007).

Aunque nuestro ordenamiento jurídico se funda en la proyección y maximización de principios como la garantía de la dignidad humana y la igualdad material de todas las personas, esto no siempre se ve plenamente reflejado en las normas que buscan implementar políticas orientadas a impulsar un verdadero modelo social de discapacidad (Palacios, 2008, p. 277) tal y como lo ha mencionado la Corte Constitucional en sus diferentes sentencias.

En ese sentido, encontramos una arista de gran relevancia Estatal, pues el Sistema de Seguridad Social en lo relativo a la protección de las situaciones de dependencia, evidencia un sin número de acciones negativas, puesto que personas por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia y/o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria” (Palacios, 2008, p. 273) sin que el Estado de manera clara lo permita, es más, con la posibilidad de que esa necesidad de la personas con deficiencia sea complementada con el cuidado de su madre o padre, el marco normativo impone un barrera de acceso sin que con ella se logre el objetivo real; incluir y materializar los derechos de las personas con diversidad funcional.

En este punto, es necesario advertir que el papel del Estado no puede limitarse solamente a proveer un marco normativo positivizado desde el aspecto jurídico, sino que debe priorizar que dichas normas cumplan con el fin último del principio de accesibilidad universal para personas con diversidades funcionales, así mismo deben propender por la inclusión de aspectos como la dependencia o no de la persona con diversidad funcional, que ampare no sólo la diversidad funcional desde su origen sino también desde cualquier momento de la vida humana, pues una persona puede encontrarse en una situación de dependencia en cualquier momento de su vida.

Frente a las barretas, concluimos que:

Las políticas en el Estado colombiano son asistencialistas, gobernadas por burocracias definidas, sólidas, mermadas por el conflicto armado, el narcotráfico y el terrorismo de la época. Debido a esto, los asuntos sociales fueron dejados a merced del sector privado, convirtiéndose en asunto filantrópico. En materia de discapacidad, esta estaba centrada en la enfermedad y la atención era principalmente de rehabilitación hacia asuntos funcionales y médicos. (Cruz-Velandia I, García-Ruiz S, Rodríguez-Prieto I, Rojas-Cárdenas A, Chaves-Ortiz V, p. 30)

2. CONTEXTO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y RÉGIMEN PENSIONAL.

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el marco jurídico se volcó al nuevo modelo de Estado proclamado por la Constitución, en donde el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz forjan los cimientos del nuevo estado social de derecho. (Monsalve, 2003, p. 38)

Bajo esta línea, el artículo 1 de la Constitución expresa que, el Estado en sí mismo, se funda bajo los principios de respeto por la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas. Allí es donde se aloja el fundamento que da origen al Sistema General de Seguridad Social Integral y específicamente al Subsistema de General de Pensiones.

Este derecho, contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, hace parte de los derechos sociales, económicos y culturales y, dentro de sus múltiples características se destaca su naturaleza dual, es decir, es un derecho fundamental y un servicio público obligatorio, lo que implica que el Estado debe garantizarlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (Corte Constitucional, sentencia T-657 de 2016).

En desarrollo de este mandato Constitucional, surgió la Ley 100 de 1993 cuyo propósito fue reunir y reglamentar de una manera coordinada un conjunto de entidades, normas y procedimientos para garantizar una calidad de vida digna, propósito que se materializó con la creación de un Sistema de Seguridad Social Integral destinado a “(...) garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y de servicios complementarios” (Departamento de Planeación Nacional, 2019).

Así pues, a partir de 1993 el legislador dejó en firme el Sistema de Seguridad Social Integral, con el propósito de, entre otras cosas, garantizar a sus afiliados y a su núcleo familiar, una prestación económica o asistencial que brinden condiciones mínimas de vida digna al presentarse las contingencias de vejez, invalidez o muerte, otorgando la pensión de invalidez, sobreviviente y jubilación (Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2016)

Estas prestaciones, de acuerdo con la ley 100 de 1993, son de carácter económico y periódico, estructuradas con base en dos modelos o regímenes. (i) El régimen de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad, ambos con características propias y, en principio, excluyentes entre sí, a los cuales se obliga a pertenecer los trabajadores dependientes y a los independientes vinculados por prestación de servicios que cumplan las condiciones exigidas por la norma, sin embargo, el afiliado ⁵, de acuerdo con sus objetivos, condiciones y características puede decidir libre y voluntariamente a qué régimen pertenecer, bajo un concepto informado que lo oriente en cuál de los dos regímenes es más beneficioso realizar sus aportes pensionales, sin que ello limite su posibilidad de traslado de uno a otro, siempre y cuando se encuentre dentro de las condiciones consagradas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Corte Constitucional, sentencia C-401-2016)

Ahora bien, el Sistema Pensional colombiano, ofrece dos posibilidades de afiliación al interesado, una de carácter común y público consistente en la determinación previa de una prestación definida por medio de una prima media o ponderada, es decir:

En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “un fondo común de naturaleza pública”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización. (Corte Constitucional, sentencia C-401-2016)

Dentro de sus características, se destaca el hecho de que es solidario por naturaleza y de carácter intergeneracional⁶ ya que es su esencia garantizar la pensión de sus afiliados en etapa de des acumulación a través del ahorro colectivo común de sus afiliados más jóvenes en etapa

⁵Usamos el término afiliado, como todo aquel que ha realizado la afiliación al sistema, es decir, el acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando, a esto se denomina alta, y aquella en que no lo está, se denomina Baja (Goyeneche, Sistema de Seguridad Social en Pensiones, 2017)

⁶Concepto tomado de <https://www.dropbox.com/sh/oezrvx2i4f1zcey/AABOjA70aiZGPHHLYLt8VtJCa?dl=0&preview=RESUMEN+SISTEMA+GENERAL+DE+PENSIONES.pdf> “Resumen Sistema General de Pensiones. P 12.”

de acumulación, además del aporte significativo de los subsidios estatales, que en gran medida son los mayores recursos aportados a este régimen.

El segundo régimen, constituido como un ahorro individual con solidaridad, implica que, a diferencia del Régimen de prima media, cada afiliado aporta al sistema según su capacidad de ahorro, de tal forma que este permita satisfacer su etapa de des acumulación, con los rendimientos financieros obtenidos durante toda su vida laboral y demás productos ofrecidos por las administradoras de fondos de pensiones de carácter privado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional que el RAIS es:

El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media.

El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida (Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2016)

Como bien lo expresa la Corte Constitucional, este régimen no es propiamente solidario, sin embargo, ofrece a sus afiliados ciertas garantías que le imprimen el contenido de solidaridad, en tanto que, si sus afiliados no alcanzan el monto requerido para consolidar su derecho pensional, el sistema garantiza una pensión siempre y cuando se cumplan las condiciones requeridas, es decir edad del afiliado y un número mínimo de semanas cotizadas.

Ambos regímenes, en teoría buscan garantizar una prestación periódica a sus afiliados de tal forma que otorgue condiciones dignas de vida en la vejez, cuando se presente una invalidez o, al núcleo familiar o beneficiarios en caso de muerte del cotizante, sin embargo, en caso de

no consolidar el derecho pensional, al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, el monto acumulado es “reintegrado” a su aportante. Como bien se expresó, en el caso del RPM solo habrá lugar a la entrega de una indemnización sustitutiva y en caso de que el afiliado se encuentre en el RAIS tendrá derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual y a sus rendimientos.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que ambos regímenes responden a principios especiales del Régimen de Seguridad Social Integral y, las entidades y sujetos que lo integran deben respetar, ampliar y materializar cada uno de estos principios. Es así como el artículo 2 de la ley 100 de 1993 expone los siguientes:

La UNIVERSALIDAD como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida y como deber del Estado, garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.”

En virtud de este principio, se garantiza que los fines del Estado social de derecho, se materialicen de manera progresiva, en tanto que la universalidad permite, entre otras aristas, la protección universal sin exclusión en o discriminación, así como también garantiza la protección tanto al afiliado como a su núcleo familiar, (Resumen Sistema General de Pensiones, p. 8) en este sentido se observa la posición de la Corte Constitucional cuando afirma que es “otro de los principios constitucionales es el de la universalidad, o sea que el objetivo del sistema es que todos los habitantes del país disfruten de seguridad social. Por eso mismo, se estableció legalmente el carácter de obligatorio” (Corte Constitucional, sentencia T-730/99).

La INTEGRALIDAD como principio que impide la exclusión de contingencias, pues en virtud de este, se garantiza la plena cobertura del sistema frente a las prestaciones que contempla, tal y como lo describe el literal d del artículo 2 de la ley 100 cuando afirma que “es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”

La SOLIDARIDAD como elemento estructural del Sistema implica que el sistema, si bien tiene gran parte de aporte estatal, también impone un deber de los afiliados en ambos regímenes, dado que de su aporte efectivo derivan también la sostenibilidad del sistema que lleva a financiar a los afiliados que no tienen capacidad para ello.

Así pues, el Sistema General de pensiones, se funda en aquellos principios rectores que proyectan un marco de protección social contra las contingencias a las que se puede encontrar un afiliado en el transcurrir de su vida y la de su familia, con evidentes problemas y falencias, no obstante, aquí nos remitiremos sólo al estudio de una modalidad pensional especial, haciendo referencia no a los modelos habituales de pensión, sino a instrumentos especiales que trae la ley 100 de 1993 teniendo en cuenta las Leyes que la modifican.

3. PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO CON DISCAPACIDAD

3.1 Generalidades.

La pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100, según la Corte Constitucional en la sentencia C-546 de 1992, “es un reintegro correspondiente al ahorro constante que ha hecho el trabajador durante varios años, pudiendo ser acreedor en el momento en el que se pruebe que se cumple con los requisitos establecidos –dependiendo del régimen- para la obtención de esta prestación.” (MP Ciro Angarita Barón-Alejandro Martínez Caballero)

Como se advirtió, los requisitos para ser beneficiario a la pensión de vejez dependen del régimen al cual se esté afiliado; es decir, al de prima media con prestación definida (RPM) o al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) tal como se describe a continuación:

- En el RPM, se deben cumplir 2 requisitos, según lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 100, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003: haber cumplido la edad y haber cotizado el mínimo de semanas requeridas, lo primero corresponde a 62 años en el caso de los hombres y 57 en el caso de las mujeres y lo segundo a un mínimo de 1300 semanas para ambos casos.
- Por su parte, los afiliados al RAIS no están obligados a cotizar un mínimo de semanas ni a cumplir una edad determinada para obtener la pensión de vejez, pues es posible

optar por una pensión de vejez anticipada si el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual es suficiente para financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo mensual legal vigente según lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley 100, no obstante, ante la imposibilidad de que una persona alcance a acumular el capital suficiente para autofinanciar su pensión, el artículo 65 ibidem, contempla la garantía de pensión mínima, cuyo acceso depende de 2 requisitos: (i) Tener 62 años de edad si es hombre y 57 si es mujer y; (ii) haber cotizado un mínimo de 1.150 semanas, siempre y cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado no sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, excepción que se encuentra consagrada en el artículo 84 de la misma Ley.

Ahora bien, el artículo 33 de la Ley 100 no solo prevé la pensión ordinaria de vejez, previamente analizada, sino que también contempla 2 tipos más de prestaciones que se catalogan como especiales, la pensión especial anticipada de vejez de persona con discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 1) y la pensión especial de madre o padre con hijo en situación de discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 2).

Específicamente, la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad como ya se mencionó, se estableció por primera vez en el párrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y que se transcribe a continuación en original para efectos prácticos que se explicarán más adelante;

Artículo 9 (...)

Parágrafo 4°. (...)

La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor

inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.

De la lectura del artículo, se intuye que la voluntad del legislador se centró en la protección del bienestar mental y físico de los menores, elevando su cuidado a un fin social del Estado, otorgándoles además a las madres -en principio- la posibilidad de asistir a sus hijos en el proceso de rehabilitación e integración social, idea que se contrasta con la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003 en donde se sostiene que el beneficio de la madre trabajadora responsable del cuidado de un hijo menor de edad con discapacidad se justificaba en términos de buscar “la rehabilitación, brindar los cuidados necesarios y estar al tanto de la atención integral requerida (...) en orden a proporcionarle una calidad de vida digna y garantizar la efectividad de los derechos consagrados en los artículos 13, 44 y 47 de la Constitución Política”. (Gaceta del Congreso No. 428 de 11 de octubre de 2002).

3.2 Interpretación jurisprudencial de los requisitos de acceso

El texto original que introdujo la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico y que fue transcrito previamente, ha sufrido diversas modificaciones, no solo en su estructura, sino también en su interpretación, elementos que pasaremos a desarrollar a continuación.

El primer cambio que sufre la disposición tiene su origen en la sentencia C-227 de 2004, providencia de la Corte Constitucional en la que se consideró que la expresión “mayor de 18 años”, contemplada en el inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, era inconstitucional, argumentando entre otras cosas, lo siguiente:

(...) la limitación que establece la expresión “menor de 18 años” no es efectivamente conducente para obtener el fin perseguido por la disposición. La situación de los hijos inválidos que se encuentran en situaciones extremas de minusvalía no cambia necesariamente por el hecho de alcanzar una edad determinada, incluso cuando se trata de aquella que, convencional y constitucionalmente, es considerada como el comienzo de la madurez. En los casos extremos mencionados, la dependencia económica de la madre y la incapacidad para valerse por sí mismo no se modifican por el simple paso de los años.

Las razones anteriores conducen a la conclusión de que la expresión “menor de 18 años” constituye una diferenciación que no permite que la norma estudiada sea efectivamente conducente para el fin para el que fue creada, pues obliga a la interrupción de los procesos de rehabilitación y no cubre a un sector de hijos afectados por invalidez y dependientes económicamente de su madre. Por ello, y debido a los vacíos que se presentan en el Sistema de Seguridad Social, se declarará que la expresión “menor de 18 años” vulnera el principio de igualdad y, por lo tanto, es inconstitucional.

La misma providencia hizo precisiones importantes en cuanto a los requisitos de acceso a este beneficio, estos son “el de invalidez física o mental del niño y el de la dependencia con respecto a la madre – o al padre, en el caso de que éste cumpliera los requisitos:

(i) la discapacidad física o mental que afecta al niño debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma, dado que lo hace, como lo dice la norma, inválido. Lo anterior significa que, este beneficio no puede ser otorgado por causa de limitaciones ligeras o que no afecten de manera importante el desarrollo del niño; y (ii) que la dependencia del niño inválido con respecto a la madre (o al padre) debe ser de tipo económico. Por tanto, el requisito de la dependencia con respecto a la madre no se satisface con la simple necesidad afectiva o psicológica del niño de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento de su madre. (Subraya fuera del texto)

En síntesis, las variaciones que incluyó la sentencia referenciada tienen que ver con la eliminación del condicionamiento de edad del texto original y con la aclaración de que el requisito de dependencia de la madre debe ser de carácter económico.

En el 2006, la misma corporación en la sentencia C-986 introdujo otro cambio significativo a la disposición original haciendo extensivo el beneficio pensional al padre cabeza de familia en búsqueda de garantizar el derecho a la igualdad. En aquella ocasión se sostuvo:

“(…) De forma tal que, al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde

económicamente por su manutención; sin tener en cuenta la especial condición de discapacidad que padece y que finalmente es en virtud de la cual se busca protegerlo, para que no solamente no le falten recursos económicos que permitan su adecuada rehabilitación a la vida social, de ser ello posible; sino que se deja igualmente de lado el hecho de que el padre también puede hacerse cargo del hijo afectado por dicha invalidez, brindándole los cuidados y atención necesarios, ello, sin limitar tal circunstancia únicamente a aquellos eventos en que haya fallecido la madre de familia.

La extensión de la prestación al padre se justifica no solo en el trato igualitario, sino también en la medida en que el destinatario y el objeto de la disposición es la persona con discapacidad que depende económicamente de sus padres, interpretación que otorga la posibilidad a ambos progenitores de hacerse cargo del cuidado personal y del acompañamiento en el proceso de rehabilitación.

Con los cambios analizados, el párrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad establece:

Artículo 9 (...)

Parágrafo 4°. (...)

La madre (o padre) trabajadora (or) cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.

Es de resaltar que de la lectura del párrafo y de la construcción jurisprudencial, se desprenden unos requisitos para quien en la actualidad pretenda la causación de la prestación

correspondiente a la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, los cuales se referencian a continuación;

(i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo en situación de discapacidad (menor o adulto), haya cotizado el mínimo de semanas exigidas, independientemente del régimen al que se encuentre afiliado, establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993;

(ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y

(iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema. (Corte Constitucional, sentencia T-657 de 2016).

Finalmente, la permanencia en este régimen especial de vejez también requiere del cumplimiento de dos elementos que se enuncian en el párrafo, a saber:

(i) Que el hijo afectado por la invalidez física o mental permanezca en esa condición y continúe como dependiente de la madre; y

(ii) Que la madre o el padre no se reincorpore a la fuerza laboral.

3.3 Aplicación en el RAIS

Son dos las barreras que se han identificado a la hora del reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad en el régimen de ahorro individual (RAIS), la primera de ellas, generada por un análisis hermenéutico restrictivo del artículo 33, lo cual requirió de la intervención del Tribunal Constitucional, y el segundo y más importante tiene que ver con la financiación de la prestación.

La interpretación restrictiva tiene su origen en la ubicación del artículo 33, esto es, en el Título II de la Ley 100 de 1993 denominado “Régimen Solidario de Prima Media con Prestación definida”, puesto que los fondos privados excluían la posibilidad del reconocimiento de la pensión, amparados en la imposibilidad de aplicar un artículo que no los regulaba – principio de inescindibilidad-.

Como consecuencia de la discusión, en el año 2014 la Corte Constitucional intervino con la sentencia C-758, declarando exequible de forma condicionada la expresión “siempre que

haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”, que hace parte del inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 33, en el entendido de que el beneficio pensional previsto en dicha norma, debía ser garantizado tanto a los padres y las madres afiliados al RPM, como a los padres y las madres afiliados al RAIS.

La decisión de la Corte parte de no encontrar ninguna justificación proporcionada y razonable para permitir una interpretación que generará la exclusión de la pensión especial de quienes hacen parte del régimen de ahorro individual, reiterando que la medida busca proteger a la persona con discapacidad, siendo este el elemento común relevante para ambos regímenes.

Prima facie la discusión fue superada, sin embargo, los fondos privados continuaban argumentando que la sentencia era insuficiente en la medida en que en ella no se contempló regulación alguna en lo que respecta a su financiación, lo que hacía imposible su reconocimiento, teniendo en cuenta además que las pensiones de vejez se subsidian con cargo al capital existente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados o bajo la figura de la garantía de pensión mínima la cual no está estructurada para el reconocimiento de esta pensión especial.

Ante la negativa de los fondos privados y tal vez el aumento de casos en el que se solicitaba el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, en el año 2019, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1719 de 2019 buscó regular definitivamente esta situación estableciendo en el artículo 2.2.5.9.1 los requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido a los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la forma de su financiación cuando pese a cumplir los requisitos no se cuente con el capital necesario, supuesto que se contempla en el artículo 2.2.5.9.2.

4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Desarrolladas las implicaciones y características del modelo social de discapacidad y analizados los requisitos de la pensión especial en los Regímenes creados a partir de la Ley 100 de 1993, surge una crítica en cuanto a si la pensión especial objeto de análisis tal cual como está definida protege realmente a la persona con discapacidad al otorgarle al padre o madre cabeza de familia la prestación económica para que estos se dediquen a su cuidado;

situación que se aborda a continuación a través de del test de proporcionalidad a fin de evidenciar si la disposición se encuentra ajustada al ordenamiento superior.

4.1 Test de Proporcionalidad

Como consideración previa, es pertinente precisar que el principio de proporcionalidad necesariamente impone actuar con razonabilidad, igualdad material, ponderación y con medidas de intervención para la garantía de los derechos, elementos que necesariamente deben primar en el ejercicio del control constitucional.

Ahora, para determinar si en efecto la disposición cumple con el fin perseguido, es necesario someterla al test de proporcionalidad, el cual según el desarrollo jurisprudencial busca establecer si:

(i) una medida es adecuada, es decir, idónea para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) el trato diferenciado es necesario o indispensable, esto es, si existen o no otros instrumentos menos gravosos que impliquen un menor sacrificio de un derecho o valor constitucional; y (iii) luego de un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, señalar si el trato diferenciado creado con una disposición normativa no sacrifica valores y principios de raigambre constitucional, con mayor relevancia que los alcanzados con dicha medida diferencial. (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001).

Los 3 criterios que menciona la Corte responden a la estructura básica del test de proporcionalidad, el cual está orientado a garantizar que a través de subprincipios se realice un análisis a profundidad de la norma, asegurando de esta manera su validez.

Específicamente, los criterios que se analizan a través del test de proporcionalidad son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad hace alusión a la relación que se presenta entre la medida y su finalidad, lo que no es otra cosa que la relación de causalidad, entre el medio adoptado y el fin que allí se propone. En la necesidad, se revisa la existencia de medios alternativos diferentes al seleccionado de los cuales pueda predicarse igual idoneidad y una menor lesividad y, finalmente la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual supone la atribución de un peso a los principios que colisionan a fin de poder realizar

una comparación que determine que “el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor es la satisfacción del otro” (Bernal, 2009, p.124)

Idoneidad

Dicho lo anterior, lo primero que debe abordarse es la finalidad de la medida (idoneidad), a efectos de establecer si ella persigue un objetivo legítimo y constitucional. En efecto, la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y por múltiples sentencias de la Corte Constitucional tal como se expuso en párrafos anteriores, busca la protección y el bienestar físico de las personas con discapacidad, respondiendo a las disposiciones Constitucionales que otorgan a diferentes grupos poblaciones prerrogativas especiales a raíz de su debilidad manifiesta, lo que los ubica en una posición de desigualdad material frente al resto de la población, por lo que requieren de acciones afirmativas encaminadas al logro precisamente de la igualdad material.

Así las cosas, la disposición tiene como fin materializar la igualdad adoptando medidas a favor de un grupo discriminado; protege a aquellas personas que por su condición de discapacidad, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; adelanta políticas de cuidado, rehabilitación e integración para las personas con discapacidad según la exposición de motivos; y busca que con la medida la madre o padre cabeza de hogar se hagan cargo del cuidado integral del hijo con discapacidad.

Desde el punto de vista Constitucional, es claro que la disposición tiene relación directa con el desarrollo de los principios, derechos y obligaciones del Estado de procurar alcanzar la igualdad y la dignidad humana como principios fundantes de nuestra Constitución.

Sin embargo y aun cuando el fin que se persigue es ajustado a la Carta política, uno de los requisitos que se establece para su consecución representa una barrera de acceso que a nuestro juicio es desproporcionada, específicamente el mínimo de semanas -1300 para ambos regímenes- y la condición de que la madre o el padre de la persona con discapacidad sean cabeza de familia, los cuales privilegian al principio de sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social por encima de los derechos a la igualdad y a la dignidad humana de las personas con discapacidad.

Necesidad

Tal como se sostuvo en el juicio de idoneidad, el fin perseguido es ajustado y necesario pero el medio es incongruente, por lo que el juicio de necesidad debe preguntarse acerca de si ¿Los requisitos de acceso establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, son los más beneficiosos para la materialización de los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana?, planteamiento que en efecto supone indagar por la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto.

Dentro de las potestades del Legislador, está la de establecer medidas justas y equitativas para el sistema pensional, labor que vincula a valores de orden superior como “la dignidad, la igualdad, la solidaridad y la progresividad” (Corte Constitucional, sentencia C-589 de 2012).

En ese orden de ideas y desde un punto de vista objetivo, en la disposición se establecieron unos parámetros para que el sistema pensional pueda reconocer la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, otorgando a quienes cumplan con los requisitos de las semanas exigidas, del umbral de la calificación (50%) y de la dependencia económica el acceso a la pensión.

Haciendo una evaluación integral de los requisitos a la luz de la igualdad y la dignidad humana, el cumplimiento de ser cabeza de familia y de sumar 1300 semanas en cualquier tiempo, desdibuja la intención de protección del hijo con discapacidad excluyendo además la posibilidad de que una familia constituida pueda optar por esta pensión.

Para el primer aspecto, es del caso precisar que 1300 semanas son el equivalente a 25 años de trabajo lo que no se corresponde con la intención de concederle a la madre o padre de familia el cuidado inmediato de la persona con discapacidad, quien como ya se ha dicho debe tener una protección especial otorgada por el ordenamiento jurídico en virtud de los tratados suscritos sobre la materia.

Frente al segundo, la exclusión de familias constituidas no resulta per se un control adecuado en términos de igualdad puesto que si el objeto de la disposición busca proteger a la persona

con discapacidad es indiferente si vive con ambos padres o con uno solo, la atención y el cuidado resulta ser el mismo para ambos casos.

Teniendo en cuenta el panorama anterior, vale la pena preguntarse si ¿pudo el Legislador encontrar medidas que salvaguardan de mejor manera los derechos a la igualdad y a la dignidad humana de las personas con discapacidad?

La respuesta es que sí, pues si se buscara una relación del beneficio obtenido y la afectación que se causa contra otros bienes jurídicos, se concluiría que el parámetro establecido por el Legislador sólo presenta un beneficio: no importa la edad en la cual se ajustan las semanas; pero limita su causación aun cuando la discapacidad esté debidamente calificada y supera el umbral del 50% a tener un mínimo de semanas que como ya se anticipó son el equivalente a 25 años de trabajo y a ser madre o padre cabeza de familia, privilegiando la sostenibilidad del sistema.

Lo que se concluye del juicio de necesidad es que el medio definido para el fin que es la protección de las personas con discapacidad, no materializa de forma íntegra condiciones de igualdad material real y efectiva, hacia la búsqueda de un orden económico y social justo.

Proporcionalidad en sentido estricto

Para desarrollar el juicio de proporcionalidad, deben abordarse los 3 aspectos clásicos de este “1. El grado de importancia de los principios en colisión; 2. El peso abstracto de los principios en colisión y 3. La seguridad de las premisas” (Bernal, p. 67-64)

1. Grado de importancia de los principios en colisión

Sobre el grado de afectación del derecho a la igualdad y a la dignidad humana se constató lo siguiente:

- El establecimiento de requisitos pensados más en la sostenibilidad del sistema que en la protección a las personas con discapacidad, no se corresponde con las acciones afirmativas que debe implementar el Estado para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad.
- A la hora de implementar políticas o disposiciones normativas que vinculen a las personas con discapacidad y que pretendan favorecer el cumplimiento del principio

de la dignidad humana, estas deben corresponderse con uno de los objetivos del Estado Social de Derecho: Proveer la garantía necesaria de una categoría de sujetos y de la creación de unos mecanismos de protección constitucional con la observancia del artículo 13 constitucional.

- La protección de derechos de grupos vulnerables impide cualquier forma de retroceso jurídico o de política pública.
- La exclusión de las familias constituidas del beneficio no tiene fundamento, el acompañamiento de la madre o el padre son fundamentales para una rehabilitación funcional adecuada⁷.

2. Comparación del peso abstracto de los principios en colisión

2.1 El peso de los derechos a la igualdad y a la dignidad humana que fueron afectados con el establecimiento de los requisitos de acceso a la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, se valora como alto por las siguientes razones:

- Los derechos a la igualdad y a la dignidad humana tienen carácter constitucional, por lo que conservan una protección especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, artículos 13 y 1.
- Se constituye como discriminación injustificada toda acción u omisión que tenga como resultado imponer barreras para el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad.
- La transgresión de los derechos a la igualdad y la dignidad humana representa una afectación a los mecanismos internacionales dispuestos para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.
- La imposición de parámetros de difícil cumplimiento son contrarios a la dignidad y la igualdad de las personas en situación de discapacidad.

⁷ LEY ESTATUTARIA 1618 DE 2013. Título II. Definiciones y Principios.

Rehabilitación Funcional: Proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes.

2.2 El principio de sostenibilidad, establecida en el inciso 7 del artículo 48 Constitucional también es posible valorarlo con un peso alto, por las razones que a continuación se describen:

- La sostenibilidad financiera del sistema pensional se reconoce en el texto del artículo 48 constitucional al establecer a cargo del Estado la obligación de garantizarla y asegurarla.
- La sostenibilidad funge como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, sentencia C-110 de 2019)
- El principio de sostenibilidad representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida y en principio indefinida.

Las premisas enunciadas, posibilitan comprender el peso abstracto alto de los principios que colisionaron en el caso de estudio por el rango constitucional del que cada uno goza y por la relación directa que tienen en el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

3. Seguridad de las premisas

Como ya se ha dicho, el establecimiento de requisitos que dificultan el acceso a la pensión provocó una transgresión a los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana de las personas con discapacidad, sin embargo no puede desconocerse que a través del principio de sostenibilidad se materializan muchos de los objetivos del Estado Social de Derecho adoptado por Colombia, ahora bien, cómo ambos se analizaron desde la escala más alta se genera una situación de empate, lo cual requiere de la aplicación de la fórmula que será planteada más adelante. Como consideración previa, la protección a los derechos a la igualdad y a la dignidad humana para el caso concreto deben tener una mayor protección conforme a que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, lo que hace que estos tengan una validez definitiva de prioridad sobre el principio de sostenibilidad.

Premisas:

P1: Los derechos a la Igualdad y la Dignidad humana de las personas con discapacidad gozan de especial protección constitucional.

P2: La sostenibilidad financiera del sistema pensional asegura su permanencia.

C: Circunstancias

C1: Prevalencia de la sostenibilidad financiera antes que los derechos a la Igualdad y la Dignidad Humana.

C2: Discriminación negativa de las personas con discapacidad y de las familias constituida con hijos con discapacidad.

La interpretación de la regla se expresa en los siguientes términos:

Tanto la Igualdad como la Dignidad humana de las personas con discapacidad son derechos Constitucionalmente protegidos (P1), que deben prevalecer por encima de la sostenibilidad financiera del sistema pensional (P2), cuando la sostenibilidad financiera prevalece sobre los derechos a la Igualdad y a la Dignidad humana (C1), se discrimina de forma negativa a las personas con discapacidad y a las familias constituidas que tengan hijos con discapacidad (C2).

En síntesis, el establecimiento del requisito de las semanas y de que la madre o padre sean cabeza de familia no es proporcional, teniendo en cuenta que aun cuando la persona con discapacidad tenga una pérdida de capacidad laboral del 50% no podría acceder a la pensión por sí solo, ya que depende de otros requisitos, lo que desdibuja el espíritu de la norma que como ya ha sido planteado busca proteger a la persona con discapacidad. Por otro lado, la rehabilitación funcional implica un cuidado especial directo del padre o la madre, por lo que excluir a las familias constituidas es a la vista una medida restrictiva que podría haberse abordado de otra manera.

CONCLUSIONES

- Cualquier situación u omisión que imponga barreras injustificadas para el goce y disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, se constituyen como un factor de discriminación negativa, que a todas luces desconoce el principio de

accesibilidad universal que busca garantizar la inclusión de las personas con deficiencias funcionales, razón por la cual, el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para promover el ejercicio pleno de sus derechos, garantizando herramientas normativas como la pensión especial de vejez por discapacidad pero sin que su acceso implique el cumplimiento de requisitos que restrinjan la materialización de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y que dificulten su rehabilitación funcional.

- Aun cuando los cambios jurisprudenciales han propendido por extender el alcance del artículo 33 de la Ley 100 modificado por el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y la normatividad interna ha zanjado la discusión en cuanto al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad en el Régimen de Ahorro Individual (RAIS), la disposición sigue siendo insuficiente para el fin con la que fue creada, situación que hace nugatoria la protección real de las personas con discapacidad.
- La prevalencia del principio de sostenibilidad financiera por sobre los derechos a la dignidad humana y a la igualdad, transgrede el modelo social de discapacidad adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991, por cuanto impide que un afiliado al Sistema General de Pensiones cuyo hijo tenga una discapacidad debidamente calificada y que supere el 50% de pérdida de capacidad laboral sea requisito suficiente para acceder a la pensión, sino que además para su causación debe cumplirse el requisito de haber cotizado 1300 semanas y acreditar ser padre o madre cabeza de familia, lo que desdibuja el espíritu de la norma en tanto que el sujeto que busca protegerse es la persona con discapacidad.
- Para dar cumplimiento al mandato de la igualdad material, es necesario que Colombia redefina el modelo pensional que cobija a las personas con discapacidad, partiendo de la base de que estos son sujetos de especial protección que requieren del desarrollo de acciones afirmativas que eliminen barreras de tipo social, cultural o económico que puedan afectarlos.

Bibliografía

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 401 de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacios Palacios. República de Colombia, Bogotá, agosto 3 de 2016.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 758 de 2014. Magistrada Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. República de Colombia, Bogotá, octubre 15 de 2014.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-042 de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Aquiles Arrieta Gómez. República de Colombia, Bogotá, febrero 1 de 2017.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-093 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia, Bogotá, enero 31 de 2001.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-110 de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo. República de Colombia, Bogotá, marzo 13 de 2019.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-147 de 2017. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. República de Colombia, Bogotá, ocho de marzo de 2017.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-227 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. República de Colombia, Bogotá, marzo 8 de 2004.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-546 de 1992. Magistrados Ponentes: Drs. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia, Bogotá, octubre 1 de 1992.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-589 de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. República de Colombia, Bogotá, julio 25 de 2012.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-758 de 2014. Magistrada Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. República de Colombia, Bogotá, octubre 15 de 2014.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-986 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. República de Colombia, Bogotá, noviembre 29 de 2006.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 258 de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera. República de Colombia, Bogotá, julio 6 de 2018.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 563 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. República de Colombia, Bogotá, octubre 18 de 2016.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 618 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia, Bogotá, mayo 29 de 2000.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 657 de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Aquiles Arieta Gómez. República de Colombia, Bogotá, noviembre 28 de 2016.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 730 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia, Bogotá, octubre 1 de 1999.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-207 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. República de Colombia, Bogotá, abril 12 de 1999.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-657 de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Aquiles Arrieta Gómez. República de Colombia, Bogotá, noviembre 28 de 2016.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-993 de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. República de Colombia, Bogotá, diciembre 9 de 2013.

Cruz-Velandia, I., Ruiz, S. G., Rodríguez-Prieto, I., Rojas-Cárdenas, A., & Chaves-Ortiz, V. (2015). Configuración política de la categoría discapacidad en Colombia: relación Estado y ciudadanía. *Revista de la Facultad de Medicina*, 63(3Sup), 25-32.

Departamento de Planeación Nacional 2019.

Gaceta del Congreso N° 428 del 11 de octubre de 2002, pp. 1- 5.

Gómez Acosta, Carlos Andrés, 1979- Conceptualización de discapacidad: reflexiones para Colombia / Carlos Andrés Gómez Acosta, Clemencia Cuervo Echeverri. – Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Medicina, 2007 124 p.

Gómez, N. D., & Quintero, S. P. D. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia juris*, 12(1), 40-55.

Goyeneche, L. D. (2017). *Módulo 1 Sistema de seguridad social en pensiones*. Bogotá.

Goyeneche, L. D. (2017). Sistema de Seguridad Social en Pensiones. *Plan nacional de formación de la Rama Judicial*, 4.

Monsalve, G. A. (2003). El trabajo y la seguridad social en la CP de 1991. 4.

Ortegón, L. C. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*, 5-29.

- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi.
- Pulido, C. B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Universidad Externado.
- Pulido, C. B. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51-75.
- Resumen Sistema General de Pensiones, documentos sin autor.
- Ríos A. Juan C. (2013). Condiciones de inclusión de la discapacidad frente a las barreras arquitectónicas, el reto: la inclusión. *UGCiencia*, Vol. (19), 38 - 56.
- Vélez, N., González, C., Velásquez, A. (2016). Revisión de las barreras de acceso a los servicios de salud de la población con discapacidad en Colombia entre los años 2005 a 2015. *Rev. CES Derecho*, 7(2), 72-83.