

**EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA
LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

**LAURA MAYELI ORTEGA HERNÁNDEZ
ENEYDA ELISA MUÑOZ MUÑOZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2009**

**EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA
LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

**LAURA MAYELI ORTEGA HERNÁNDEZ
ENEYDA ELISA MUÑOZ MUÑOZ**

Trabajo de Grado presentado para optar al título de Abogadas

DIRECTOR:

**Dr. JUAN ANDRES VILLOTA RAMOS
Abogado Especializado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2009**

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son
responsabilidad exclusiva de las autoras.

Artículo 1º Acuerdo No. 324 de Octubre 1 de 1966 emanado del H. Consejo
Académico de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, Febrero de 2009

AGRADECIMIENTOS

Expresamos nuestra mas profunda gratitud al Dr. Juan Andrés Villota Ramos, director de nuestra tesis, por sus importantes aportes y orientación metodológica en la realización de este trabajo investigativo, el cual finalmente hoy muestra sus frutos ante la comunidad académica de nuestra universidad.

Igualmente hacemos extensivos nuestros agradecimientos al Centro de Estudios de Desarrollo Regional y Empresarial –CEDRE- de la Universidad de Nariño por toda la colaboración financiera, logística y humana brindada desde los inicios, así como la iniciativa e interés prestados en el acercamiento a la investigación multidisciplinaria entre la Ciencia Económica y el Derecho en torno a temas laborales de actualidad e importancia, los que sin duda alguna brindarán herramientas de apoyo de inestimable valor para la consecución de los fines perseguidos con la implementación del Observatorio del Mercado de Trabajo de Pasto que actualmente adelantan en beneficio de nuestra región.

Agradecemos de la misma forma a la Dra. Isabel Goyes, docente de nuestra universidad en el área del Derecho Laboral, por la sugerencia temática del trabajo que se presenta, al Dr. Carlos A. Cuellar de los Ríos, abogado especializado, por las aclaraciones conceptuales brindadas a lo largo del trabajo y a todas y cada una de las personas que gentilmente nos prestaron su ayuda y colaboración. A nuestros familiares y amigos por el apoyo constante, la paciencia, la comprensión y los sacrificios, sin ustedes este sueño no se hubiese hecho realidad.

DEDICATORIAS

A Gloria y Guillermo, mis padres, por el amor, el ejemplo, apoyo, la sabiduría y generosidad asombrosas.

A mis hermanitas y Glorita Rizzello, mi angelito del alma.

A Alexander, mi mejor amigo, por la incondicionalidad y la amistad sincera.

A la memoria de mi amigo y compañero de toda la vida, Deiro Fernando Onofre Borja.

Laura Ortega.

A mi padre Ernesto, por su esfuerzo, su ejemplo, su dedicación, gracias por haberme brindado tantas cosas bellas y por ser el maestro de quien siempre aprendo.

A mi madre María, por su gran amor, sus sueños e ilusiones, su entrega absoluta y su incondicional apoyo.

A mi hermano Alejandro, por tantos momentos compartidos, por su alegría, por mantenerse firme aun en la adversidad.

A mi hermano Ronald, por su inocencia, su nobleza, su lealtad, por la motivación que me infunde para nunca desfallecer.

A Wilson, por su ayuda, su paciencia, su comprensión, gracias por tanta ternura y por cada instante de amor.

Eneyda Elisa Muñoz Muñoz

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	18
1. DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD	20
1.1 RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES	20
1.1.1 Origen de los derechos económicos, sociales y culturales	20
1.1.1.1 Contexto internacional	21
1.1.1.2 Contexto nacional	26
1.1.2 El debate sobre la naturaleza jurídica y fundamento filosófico de los derechos económicos, sociales y culturales	31
1.1.2.1 Aproximación al fundamento, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales	32
1.1.2.2 La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	37
1.1.2.3 El problema de la justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	40
1.1.3 Aproximación al concepto del principio de progresividad en relación a los derechos económicos, sociales y culturales	51
1.1.3.1 El concepto de principio	51
1.1.3.2 El principio de progresividad y los derechos económicos, sociales y culturales	56
1.2 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	60
1.2.1 España	60
1.2.2 Chile	63
1.2.3 Argentina	66

1.3 ANALISIS EN PERSPECTIVA DE COMPARACIÓN	69
1.3.1 Variables dependientes	69
1.3.2 Variables independientes	70
1.3.3 Validación de variables	71
2. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES	73
2.1 EL DERECHO AL TRABAJO COMO PARTE DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	73
2.2 ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO LABORAL COLOMBIANO	76
2.3 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD APLICADO EN ASUNTOS LABORALES POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	80
2.3.1 El principio de progresividad y las reformas laborales: el caso de la Ley 789 de 2002	82
2.3.2 El principio de progresividad en el derecho a la seguridad social	83
2.3.2.1 Aplicación en el sistema de pensiones: el caso de la pensión de invalidez por riesgo común	87
2.3.3 El principio de progresividad en materia de estabilidad laboral reforzada: aplicación en el Programa de Renovación a la Administración Pública Ley 790 de 2002	94
3. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL ÁMBITO JURÍDICO LABORAL EN LAS PROVIDENCIAS DICTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA AÑOS 2004 A 2008	102
3.1 LA REFORMA DE CIERTAS GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES RECONOCIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO CON EL FIN DE PROMOVER OTROS FINES DEL ESTADO	102
3.2 LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN	108

3.3 LA ESTABILIDAD REFORZADA EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN ESTATAL: PROGRAMA DE RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LEY 790 DE 2002	128
4. EVALUACIÓN SOBRE EL GRADO DE DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN ASUNTOS LABORALES POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	134
4.1 EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	134
4.2 LA PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS CASOS CONCRETOS	135
4.2.1 De la Ley 789 de 2002	137
4.2.2 Del derecho a la seguridad social en materia de pensión de invalidez por riesgo común	141
4.2.3 Del derecho a la estabilidad laboral reforzada en el Programa de Renovación de la Administración Pública Ley 790 de 2002	143
4.3 CONSIDERACIONES FINALES	145
CONCLUSIONES	148
RECOMENDACIONES	153
BIBLIOGRAFÍA	154

LISTA DE CUADROS

		Pág.
Cuadro 1.	Línea Jurisprudencial sobre la reforma de ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento jurídico con el fin de promover otros fines del Estado	103
Cuadro 2	Línea Jurisprudencial sobre la pensión de invalidez por riesgo común	108
Cuadro 3	Línea sobre estabilidad reforzada en procesos de reestructuración estatal: Programa de Renovación de la Administración Pública Ley 790 de 2002	128

GLOSARIO

CONFIANZA LEGÍTIMA: Según este principio las autoridades no pueden crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, estos es, fundada en hechos externos de la autoridad suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad a la conducta del particular. Este principio exige a las autoridades y particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto de los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

DERECHOS ADQUIRIDOS: Situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley. Derechos logrados legítimamente que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, tornándose en inconstitucional desconocerlos, disminuirlos o desmejorarlos, de ahí que las disposiciones posteriores no afectan situaciones consumadas conforme a leyes anteriores.

DERECHO AL TRABAJO: El derecho al trabajo se presenta bajo distintas manifestaciones: 1.) La facultad que le asiste al ser humano de utilizar su fuerza de trabajo en una actividad lícita y que le permite obtener los recursos necesarios para subvenir a las necesidades mínimas de él y de su familia. 2.) El derecho a ejercer libremente ocupación u oficio que no se le puede entorpecer y 3.) El derecho que tiene a conseguir un empleo.

DERECHOS SOCIALES: Los derechos sociales son aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen a favor de ciertos grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales puede citarse, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno.

DESARROLLO ECONOMICO: Concepto que referido a los países en vía desarrollo, alude al incremento de las posibilidades económicas de los habitantes en términos de ingresos per cápita, de acceso a los servicios públicos, educación, vivienda, recreación, salud, seguridad social; esto es al mejoramiento general de la calidad de vida.

EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS: Son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse

consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones.

ESTABILIDAD LABORAL: Principio que garantiza los salarios y prestaciones sociales, y consagra la protección del trabajador de no ser desvinculado del servicio. Concepto que no impide la transformación de la relación de trabajo, sino que permite el mantenimiento de la situación laboral y del contrato de trabajo, que no puede ser resuelto unilateralmente.

FAVORABILIDAD DE LA NORMA: Implica que entre varias disposiciones que puedan aplicarse, prevalezca la más favorable al trabajador. Conlleva la existencia de varios preceptos de un mismo contenido y significado jurídico, de ahí que la hermenéutica de este principio aparece de la conflictividad de disposiciones aplicables, debiéndose escoger la que produzca el mayor efecto benéfico al trabajador.

INDEXACIÓN: Actualización de un crédito u obligación, cuando su valor a variado de manera ostensible por circunstancias imprevistas o por el simple transcurso del tiempo, es la respuesta del derecho, legislado y jurisprudencial, al fenómeno de la inflación, cuyo objetivo es poner en equilibrio la ecuación económica desbalanceada por una fuerte pérdida del poder adquisitivo del peso.

IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS: La renuncia consiste en la dejación unilateral de derechos ciertos e indiscutibles. Los derechos del trabajador no son renunciables por los fines de justicia del Derecho Laboral, que los salvaguarda y protege, al punto que carecen de valor los acuerdos que desmejoren o despojen los derechos laborales, constituyéndose en una restricción a la autonomía de la voluntad.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO LABORAL: Criterios primordiales que rigen el orden y contextualización del derecho laboral. Conceptos reguladores y sintetizadores de los fenómenos jurídicos del trabajo, constituyen fuente de interpretación y aplicación del derecho.

PROTECCIÓN LABORAL: El Estado tiene como función la tutela de los derechos administrativa y judicialmente, para que impere el orden y observancia de las disposiciones jurídicas. El Derecho Laboral es proteccionista, orientador y normativo, además propende por el amparo de los derechos del trabajador.

SEGURIDAD JURÍDICA: Esta expresión puede ser considerada en dos aspectos: Como elemento constitutivo del orden público o como la necesaria estabilidad del derecho positivo, este último concepto hace referencia a las situaciones concretas de los particulares dentro del orden del Derecho, de tal manera que el individuo sepa con claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde

empieza la de los demás o los resultados y consecuencias de la aplicación de la norma, en este sentido, se hace alusión a la garantía de certeza, la cual acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento.

ABREVIATURAS

C.P.: Constitución Política.

C.S. del T.: Código Sustantivo del Trabajo.

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

OEA: Organización de Estados Americanos.

I.S.S.: Instituto de Seguro Social.

CONPES: Concejo Nacional de Política Económica y Social.

RESUMEN

El principio de progresividad, concebido en el seno de de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha funcionado como un mandato orientador de las políticas públicas adoptadas en relación a los DESC plenamente reconocidos constitucionalmente, pues su propósito no solo se orienta al logro de la plena eficacia de estos derechos, también procura el respeto de las garantías y condiciones legales ya establecidas en favor de los mismos dentro del ordenamiento jurídico vigente prohibiendo la implementación de cualquier forma de retroceso injustificado.

La Corte Constitucional colombiana acoge el principio de progresividad y la prohibición de retrocesos; conceptos que ha utilizado indistintamente en sus decisiones; estableciendo claramente que todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado resulta constitucionalmente problemático, dado que contradice el principio en mención, sin embargo, también ha manifestado que para que un retroceso pueda ser constitucional, las autoridades deben demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

Fue así como al adoptarse medidas legislativas de naturaleza regresiva en el ámbito jurídico laboral, la Corte efectuó un análisis concienzudo respecto a su justificación dentro del ordenamiento jurídico, en efecto, bajo su tutela y consideración protegió los derechos fundamentales y sociales de las personas que gozan de especial protección constitucional referente al reconocimiento de la Pensión de Invalidez y el derecho a la estabilidad laboral reforzada dentro del Proceso de Renovación de la Administración Pública implementado con la Ley 790 de 2002, por el contrario, en el evento de la Reforma Laboral implementada con la Ley 789 de 2002 justificó razonablemente los eventuales retrocesos y la afectación de los derechos laborales en juego bajo claras reglas jurisprudenciales de obligatoria observancia.

Pese a que la jurisprudencia constitucional ha variado su criterio dependiendo de las razones que se han mostrado como justificantes de las medidas regresivas, lo cierto es que su tendencia mayoritaria se ha mostrado proclive a propender por la implementación integral del principio de progresividad en referencia a la protección de los principios y derechos mínimos de los trabajadores, presentando con ello un gran avance en el desarrollo conceptual de este principio dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras claves: Progresividad, retroceso, principio, jurisprudencia, Corte Constitucional, derechos laborales.

ABSTRACT

The progressive principle of international treatment in human rights approved by juridical ordination has been adopted towards economic, social and cultural rights which are recognized. Moreover, the progressive principle will guarantee the legal conditions as well as juridical ordination updated in order to unable unjustified any backward movement.

The Colombian Constitutional Court is keen on the progressive principle and unjustified backward movement to be constitutional; the authorities must prove to have important reasons which would allow a development for social rights.

Having adopted legislative backward movement on juridical labour, the Court has affected a conscious analysis towards justification of juridical ordination. The procedure allowed the basic and social I.S.S.ues on which people were benefited with the social security and the recognition of invalidness pension implemented with the law 790 of 2002. On the contrary, the law 789 of 2002 justified eventually backwards movement as well as labour rights which are supervised rigorously.

Even-though the juridical constitution has varied its criterion upon the reasons shown; its tendency has shown an integral progressive towards the principle on the minimal workers rights giving a considerable conceptual advance development of the Colombian juridical ordination.

Keywords: Progressive, backward, principle, juridical constitution, Colombian Constitucional Court , workers rights.

INTRODUCCIÓN

El principio de progresividad y/o cláusula de no regresividad en materia laboral ha sido abordado por importantes teóricos y tratadistas desde la perspectiva garantista de los derechos laborales como un principio jurídico internacionalmente reconocido que aboga por el logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y el no retroceso de las condiciones jurídicas ya reconocidas a estos por el Estado.

La republica colombiana, fundamentada en los principios del Estado Social de Derecho y bajo la adopción de figuras jurídicas como el bloque de constitucionalidad, ha reconocido como parte del ordenamiento jurídico interno los parámetros internacionales tendientes a la implementación de mecanismos que propenden por la garantía y efectividad de los Desc , de manera que resulta evidente el desarrollo que sobre estas materias ha hecho la Jurisdicción Constitucional cuyos conceptos se han convertido en criterios interpretativos muchas veces obligatorios tratándose de derechos humanos.

La adopción de este principio por parte del Estado colombiano, configura una teoría que actualmente se viene discutiendo por importantes núcleos sociales en lo que respecta a su alcance dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno caracterizado en materia jurídico laboral por la paulatina flexibilización normativa, la que ha respondido, entre otras cosas, a las políticas públicas gubernamentales de turno a costa del sacrificio de importantes garantías y derechos frutos del acuerdo social entre el trabajador y el empleador.

Dada la importancia que reviste la jurisdicción constitucional en la promoción y protección de la dignidad del ser humano, resulta trascendental por tanto, a nivel académico y cultural identificar cual ha sido el desarrollo que el principio de progresividad ha presentado en materia laboral al interior de los diversos pronunciamientos que ha emitido la Corte Constitucional Colombiana, siendo esta corporación por mandato expreso constitucional, la encargada de la guarda y supremacía de la Constitución Política Colombiana, lo anterior, con el propósito no solo de observar sino también de analizar la tendencia teórica jurisprudencial que con respecto al principio de progresividad, en asuntos laborales, ha adoptado desde su reconocimiento e inclusión dentro del sistema legal como principio y parámetro interpretativo.

Para lograr los objetivos propuestos, en primer lugar abordaremos el enfoque teórico que tanto nacional como internacional se ha realizado acerca de la naturaleza y efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo estos el punto de partida u origen del mandato de progresividad entendido

este como una herramienta básica por medio de la cual los Estados procuran la implementación de garantías y procedimientos tendientes a lograr la aplicación efectiva de estos derechos en la sociedad sin que sufran ningún tipo de retroceso injustificado.

Ubicados en el contexto anterior, imperiosa resulta la labor de identificar las áreas laborales en las cuales la jurisprudencia ha aplicado el principio de progresividad, para lo cual analizaremos los pronunciamientos que a través de sentencias T- (Tutela) C- (Constitucionalidad) y SU (Sentencias de Unificación) ha hecho esta corporación constitucional sobre las reformas legislativas introducidas por el Estado en asuntos tales como la seguridad social en materia de pensión de invalidez, el derecho a la estabilidad reforzada y asuntos laborales regulados por el Código Sustantivo del Trabajo, temáticas actuales que como bien se sabe no solo han generado disidencia dentro de los sectores sociales en nuestro país sino que también han trascendido las barreras internacionales, convirtiéndose en asuntos de permanente análisis y seguimiento.

Esta labor investigativa que hoy se presenta, es el producto del estudio concreto y reflexivo realizado a partir de las providencias en materia laboral proferidas por el máximo tribunal constitucional colombiano, para lo cual nos fundamentaremos en la metodología para investigación jurisprudencial aportada por el Dr. Diego Eduardo López Medina, tal ejercicio interpretativo nos permitirá aproximarnos a una clara percepción sobre la conceptualización que la jurisprudencia le ha dado al principio de progresividad en relación con los derechos de los trabajadores y por ende a su desarrollo dogmático dentro del Derecho Laboral Colombiano.

Su propósito no es otro que aportar más herramientas de apoyo en esta área del derecho, tanto para el operador jurídico como para la comunidad académica, así como también acercar los pronunciamientos jurisprudenciales a la sociedad colombiana en general, de manera que se logre una mayor comprensión sobre la temática planteada en el presente trabajo.

Las Autoras.
San Juan de Pasto, Enero de 2009.

1. DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

*“El progreso no consiste en aniquilar hoy el ayer, sino, al revés, en conservar aquella esencia del ayer que tuvo la virtud de crear ese hoy mejor”
José Ortega y Gasset.*

1.1 RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Varios tratadistas de diversos países del mundo han concentrado sus esfuerzos en desarrollar teóricamente el fundamento legal y sustantivo de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) a nivel internacional, así como su implementación en el ordenamiento interno de los países parte de los diversos convenios y tratados internacionales que han suscrito y que los obliga a su reconocimiento, adopción y efectividad.

Organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras, se han preocupado por alcanzar el respeto de los DESC, reconociendo que tales derechos se constituyen en importantes estándares de desarrollo social que propenden por el logro de una vida digna.

El principio de progresividad es una de las garantías más importantes de protección al nivel de desarrollo obtenido en los DESC reconocidos por los Estados, constituyéndose en un parámetro o límite al ejercicio discrecional de los poderes públicos, en lo que respecta a la creación y ejecución de políticas que funcionan como instrumentos de implementación de dichos derechos¹, de ahí que la relación de este principio con los DESC sea su punto de origen y desarrollo general.

1.1.1 Origen de los derechos económicos, sociales y culturales. Ampliamente discutido ha sido el tema sobre el origen de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados cuyas legislaciones los reconocen como tales, la determinación de su contenido y alcance se ha constituido en el fundamento jurídico para la construcción e identificación de garantías destinadas a su protección efectiva, que respondan a la necesidad de

¹COURTIS, Christian. *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista*, En: SEMINARIO INTERNACIONAL “CANDADOS Y DERECHOS” PNUD, México, 2007, Adobe 7.0, 24 p. Disponible en: <http://www.seminarioprotecciondeprogramas.org.mx/ponencias/Conference Paper Christian Courtis.pdf>

asegurar a los titulares de estos derechos algún poder de reclamo cuando por razones diversas como la desidia o negligencia, la mala planificación o ejecución, la corrupción en el empleo de recursos públicos, se incumplan los compromisos en materia social asumidos constitucional e internacionalmente por un Estado.²

1.1.1.1 Contexto internacional. El origen de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional, se puede remontar a la creación del principal hito del siglo XX en el desarrollo jurídico de estos derechos: la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, la cual fue creada con el fin de aliviar las condiciones de los trabajadores en el mundo,³ fue así como se empezaron a adoptar tratados y diversos instrumentos en relación con una serie de asuntos que se reconocen en la actualidad como derechos económicos, sociales y culturales, tales como la libertad de asociación y sindicalización, la prohibición del trabajo forzado, el establecimiento de una edad mínima laboral, el horario de trabajo, el descanso obligatorio, la protección contra riesgos, enfermedades, accidentes, invalidez y vejez, así como la no discriminación laboral, que se pueden enmarcar de manera general dentro de los derechos al trabajo y a la seguridad social.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por medio de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se reflejó en el artículo 55 (a) la necesidad de los Estados de promover estándares altos de vida, el pleno empleo y las condiciones necesarias para el desarrollo social y económico de las Naciones.⁴

Posteriormente con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta de la OEA y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966, en franca unión con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, constituyen el código internacional de derechos humanos de carácter obligatorio para los Estados parte, entre ellos Colombia.

Sin embargo, no existe consenso a nivel global sobre la importancia que se debe otorgar a estos derechos, posiciones que van desde considerarlos plenamente exigibles por su naturaleza subjetiva y fundamental,⁵ hasta los enfoques que los consideran derechos simplemente de carácter programático, creados con el fin de servir como directrices dirigidas al legislador y a las autoridades encargadas de

² *Ibíd.* p. 4.

³ DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derecho al Trabajo*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, p 88.

⁴ *Ibíd.* p. 14.

⁵ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Legis 2005, p 380.

adoptar políticas públicas,⁶ dada la dicotomía existente entre los Derechos Civiles y Políticos y los DESC, que supondría la jerarquización de los primeros sobre los segundos, y por tanto, la justificación de su no aplicación inmediata por parte de los Estados.

Dicha dicotomía entre los DESC y los derechos civiles y políticos, le es atribuida en primera instancia a los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas, y sobre todo, a la decisión de la Asamblea General en 1951 de elaborar dos instrumentos que trataran las dos categorías de derechos, basándose en la idea de que los derechos civiles y políticos por su aplicación inmediata requerían obligaciones negativas de parte de los Estados, mientras que los DESC necesitarían ser implementados por reglas de aplicación progresiva, requiriendo en consecuencia obligaciones positivas.⁷

Sin embargo, teniendo en cuenta que hay ciertos derechos civiles que requieren realización progresiva y DESC que requieren aplicación a corto plazo, la dicotomía pareciese restringirse al grado de las obligaciones generales que vinculan a los Estados.⁸

En este sentido, el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁹ así como la Carta Social Europea, aceptaron la idea de que los DESC “no pueden ser realizados sino progresivamente”,¹⁰ lo cual de cierta forma se interpretó por parte de los Estados como la obligación de incorporarlos en forma paulatina, lo que convertía el mandato en una obligación de implementar simplemente directrices políticas destinadas al legislador y a los cuerpos administrativos del Estado, deber este, que por estar sujeto a las posibilidades materiales que afrontarían los mismos, implicaba en la práctica la inexigibilidad de los DESC.¹¹

⁶ CORTES Nieto, Johanna del Pilar. Estudio Socio jurídico *La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 109 a 141.

⁷ TRINDADE, Augusto Antonio. *La protección internacional de los DESC*, Adobe 6.0, 13 p., Disponible en: (<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1835/5.pdf>).

⁸ *Ibíd.* p. 5. “...debe tenerse en cuenta, sin embargo que la categorización de los Derechos Humanos se hizo en virtud a ciertos criterios tales como: la sustancia de los derechos unidos a los medios de protección, las personas que deben gozar de una protección especial y si estos debían ser garantizados frente al estado o por el Estado, entendiéndose que estas categorías son complementarias en relación con los tratados generales de protección como: el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y las tres convenciones: la Americana, la Europea y la Carta Africana”.

⁹ El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales fue adoptado mediante la Resolución 2200A de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁰ TRINDADE, Augusto Antonio. *Op. Cit.* p. 3.

¹¹ ORDÓÑEZ, Jaime. *Los derechos fundamentales como referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social*, Adobe 7.0, p.310 (http://www.flacso.or.cr/fileadmin/user_upload/biblioteca_digital/CURSO_VIRTUAL/CP_Exc_Social_01.pdf#page=89)

No obstante, bajo la consideración de que hay DESC que requieren mecanismos de protección parecidos a los de los derechos civiles y políticos, tales como las vías de protección establecidas en las constituciones, se hace evidente la necesidad de su garantía por parte del Estado, pues pese a las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, es de resaltar que se trata de categorías formales,¹² por tanto se deduce que no es procedente realizar una jerarquización entre ellos.¹³

Al respecto debe tenerse en cuenta que la principal característica de los DESC, es que en tanto sean derechos humanos, tienen un núcleo esencial, un contenido mínimo que no es negociable, salvo la aplicación eventual del criterio de la ponderación, pudiendo ser objeto de mecanismos de protección constitucional y legal, tanto de carácter prejudicial como judicial, razón por la cual las regulaciones específicas que realicen las autoridades legítimas con respecto a tales derechos se obligan a respetar ciertos contenidos básicos, los que deben ser promovidos por el Estado y la sociedad de forma permanente.¹⁴

Es por esta razón por la cual desde 1968 la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán ha proclamado la indivisibilidad de los Derechos Humanos, afirmando que la realización de los Derechos Civiles y Políticos resultaba imposible sin el goce de los DESC.

Tal proclamación fue adoptada y recogida por la Resolución 32/130 de la Asamblea General de la ONU en 1977, que trata sobre los: " *Medios Alternativos de las Naciones Unidas para perfeccionar el goce efectivo de los derechos humanos y libertades individuales*",¹⁵ en la que se consideró que entre las dos categorías de Derechos no podía haber dicotomía sino complementariedad.

Posteriormente, la indivisibilidad y la interdependencia de derechos fue reafirmada por la resolución 41/117 de diciembre de 1986, luego, en diciembre de 1988 la Asamblea General, en sus resoluciones 43/113, 43/114, 43/125, enfatizó en la necesidad de consagrar una atención igual a la aplicación tanto de los derechos civiles y políticos como de los DESC, derechos que relacionaron con el desarrollo.¹⁶

¹² Conforme lo señala la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993: " *Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global, justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso*".

¹³ ORDÓÑEZ, Jaime. Op. Cit. p.115.

¹⁴ DEFENSORIA DEL PUEBLO, Op. Cit. p. 14.

¹⁵ *Ibíd.* p. 3.

¹⁶ *Ibíd.* p. 9.

Esta visión tuvo una gran incidencia en los ámbitos regionales a saber, pues la indivisibilidad de derechos abriría paso a la búsqueda de una solución para la protección más eficaz de los DESC tanto internacional como nacionalmente.

En Europa, la Convención Europea de 1950, contenía derechos inseparables del mecanismo jurisdiccional que ella contenía, lo que había llevado a la exclusión de los DESC, de manera que se buscaron criterios que permitieran identificar los DESC verdaderamente fundamentales en pro de su justiciabilidad susceptibles de ser verdaderas obligaciones de los Estados. Fue así como los DESC parecieron ser una emanación del Derecho al Trabajo, a la Seguridad Social y a la Educación como derecho cultural,¹⁷ lo cual se puede entender por la conexión que hay entre estos ámbitos y criterios como la cultura, la economía y la sociedad.

En el Continente Americano, por su parte, la Asamblea General de la OEA puso de manifiesto en el año de 1981 la importancia del respeto a los DESC, por lo cual el Artículo 77 de la Convención Americana de Derechos Humanos dio la posibilidad de someter a la Asamblea General de la OEA protocolos adicionales para incluir progresivamente otros derechos en el sistema de protección.

Sin embargo, las medidas de protección previstas en el Proyecto de Convención Americana solo eran aptas para los derechos civiles y políticos dejando a los DESC ser absorbidos por las normas económicas sociales y culturales de la Carta de la OEA, de tal forma que en la Convención Americana solo se tiene un artículo el 26, referente al reconocimiento de los DESC, quedando estos derechos como simples objetivos destinados a guiar la acción política de los Estados.

Pese a ello la Comisión Interamericana en su informe sobre el Salvador en 1978 y el informe de Haití constató la relación orgánica existente entre los derechos civiles y políticos y los DESC, dicotomía que se consideró superada con el llamado Protocolo de San Salvador en el cual se reconoce que ambas categorías de derechos forman un todo indisoluble, y donde varias de sus disposiciones se ven inspiradas en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El protocolo Adicional de la Convención Americana en materia de DESC, aprobado y firmado en San Salvador plantea la necesidad de una protección internacional más eficaz de los DESC, estipulando claramente en el artículo 2 numeral 1 la obligación de los Estados parte de adoptar medidas, de orden interno y por medio de la cooperación internacional, “hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su nivel de desarrollo” con el fin de obtener

¹⁷ *Ibíd.* p. 10.

“progresivamente y de acuerdo a la legislación interna” la “plena efectividad” de los Derechos consagrados en el protocolo.¹⁸

Preceptos que se constituyen en el continente americano, el mínimo aceptable en el campo de protección de los DESC.

El Protocolo de San Salvador consagró los siguientes derechos: el derecho al trabajo, los derechos sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a la salud, derecho al medio ambiente sano, derecho a la alimentación, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, derecho a la constitución y protección de la familia, derechos del niño, protección de los ancianos y de los minusválidos y la posibilidad de incorporar otros derechos o ampliar los ya reconocidos.¹⁹

Por otra parte, como instrumento de control dentro del sistema de protección internacional de los DESC, al reconocer la importancia de tales derechos, se encuentra el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, establecido por el PIDESC, cuya función ha sido la de velar por el desarrollo del contenido normativo de los derechos reconocidos en dicho tratado, ejercer un control internacional sobre la actuación de los Estados y servir como un catalizador entre los Estados en pro de la materialización de tales derechos, para lo cual recibe informes periódicos sobre el grado de implementación de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, expide observaciones sobre ellos, las que deben ser acogidas por los Estados parte, organiza secciones de discusión sobre temas determinados y emite comentarios sobre disposiciones del Pacto.²⁰

Ahora bien, en el contexto interamericano, el Protocolo de San Salvador, impone obligaciones similares a las impuestas en el Pacto, con la diferencia que los informes son presentados ante el Secretario General de la OEA quien los distribuye a los siguientes organismos: el Concejo Interamericano Económico y Social, el Concejo Interamericano para la Educación Ciencia y Cultura y la

¹⁸ Al efecto el PIDESC, establece, artículo 2, numeral 1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”; artículo 11, numeral 1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

¹⁹ Protocolo Adicional a La Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo de San Salvador". Disponible en: (<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>).

²⁰ DEFENSORIA DEL PUEBLO Op. Cit. p. 17.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo la posibilidad de presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en caso de violaciones a los derechos sindicales y educativos por parte de los Estados.²¹

Lo anteriormente expuesto permite afirmar que, si bien se han dado pasos importantes para el reconocimiento y protección internacional de los DESC, es claro que aún falta el desarrollo de sistemas más eficaces o por lo menos la ampliación de los ya establecidos a nivel internacional, que procuren por una real eficacia y efectividad de estos derechos en el ordenamiento jurídico de los Estados.

1.1.1.2 Contexto nacional. Los instrumentos internacionales de los últimos tiempos llevan a que los Estados asuman el deber de garantizar un umbral mínimo de DESC, independientemente de su nivel de desarrollo económico, al punto que es difícil encontrar una Constitución que no tenga un conjunto de normas referidas a los DESC.²²

En Colombia el reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, parte de la consideración de ser este un Estado Social de Derecho, que se erige como principio medular de la organización política, económica y social del Estado.

El presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real.²³

Sobre el concepto “social” de Estado de Derecho, la Corte Constitucional Colombiana ha afirmado: *“con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o reCorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.”*²⁴

²¹ *Ibíd.* p. 18.

²² ORDÓÑEZ, Jaime. *Op. Cit.* p. 230.

²³ Sentencia C-566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ Sentencia SU-747 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Así las cosas, el alcance del principio de Estado Social de Derecho respecto de la relación entre las autoridades y la sociedad es muy amplio, se ve reforzado por los principios fundamentales de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad.

La Constitución de 1991, ampliando significativamente los fines del estado Colombiano al incorporar consideraciones de naturaleza social, protege un amplio catalogo de Derechos económicos, sociales y culturales, a saber:

- Los derechos de la familia (artículo 42).
- La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer (artículo 43)
- Los derechos económicos y sociales fundamentales de los niños (artículo 44).
- Los derechos de los adolescentes (artículo 45), la protección a la tercera edad (artículo 46).
- El derecho a la seguridad social (artículo 48).
- El derecho a la salud y el saneamiento ambiental (artículo 49).
- El derecho fundamental de los niños menores de un año a recibir atención gratuita en materia de salud (artículo 50).
- El derecho a la vivienda digna (artículo 51)
- El derecho a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre (artículo 52).
- El derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (artículo 53), así como a la capacitación laboral (artículo 54), y a la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas (artículo 57).
- El derecho a la negociación laboral colectiva (artículo 55).
- El derecho a la huelga (artículo 56).
- El derecho a la propiedad privada (artículo 58), incluyendo la propiedad intelectual (artículo 61).
- El derecho a la educación (artículo 67), y los derechos conexos a fundar establecimientos educativos, a participar en la gestión de los planteles educativos, a la idoneidad de los docentes, a escoger la educación de los hijos menores y ha recibir una educación acorde con la propia cultura y las limitaciones o capacidades propias de cada individuo (artículo 68).
- El derecho a la autonomía universitaria (artículo 69).
- El derecho a acceder a la cultura y sus beneficios en igualdad de oportunidades (artículo 70).
- El derecho de acceso al espectro electromagnético (artículo 76) y a un servicio de televisión acorde con las pautas constitucionales (artículo 77).

La adopción de los derechos sociales, económicos y culturales mencionados, no solo responde a los presupuestos internacionales desarrollados en torno a esta clase de derechos, también se ven reforzados con la implementación del llamado Bloque de Constitucionalidad, el cual hace alusión a aquellas normas y principios

que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control e interpretación constitucional de las leyes, en cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.²⁵

Así, en virtud al bloque de constitucionalidad y a la remisión directa al contenido de los artículos constitucionales, tenemos que son seis (6) los artículos de la Carta que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno:

a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenio internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

c) El artículo 94, que establece “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”

e) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”,

d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

²⁵ Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Corte Constitucional ha intentado establecer con claridad cuales son las normas internacionales que pueden ser consideradas como integrantes del Bloque de Constitucionalidad, así las cosas, en lo que respecta a las normas convencionales ha establecido que estas deben reconocer un derecho humano, ante lo cual nos encontramos con los establecidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura entre otros, no obstante el derecho humano al que hace alusión la prescripción constitucional, debe ser de aquellos no susceptibles de limitación en los estados de excepción lo cual reduce el margen anteriormente mencionado, circunscribiéndose entonces a los derechos establecidos en el Derecho Internacional Humanitario (DIH), los consagrados en el artículo 27 de la Convención Americana sobre derechos humanos y los convenios 87 y 98 de la OIT.²⁶

En esta labor, la Corte introdujo por vía interpretativa dos clases de bloques de constitucionalidad: *el latu sensu* y *el stricto sensu*, el primero integrado por disposiciones con un rango normativo igual al de las leyes ordinarias, cuya función es de servir de referente necesario para la creación legal y el control constitucional y estaría integrado por : la constitución, las leyes estatutarias, las orgánicas, algunos tratados internacionales sobre derechos que admiten su limitación en estados de excepción y los instrumentos internacionales sobre límites, el segundo comprendería aquellas disposiciones integradas a la carta constitucional por diversas vías o por mandato expreso de la misma y las referentes sobre derechos humanos que no admiten su suspensión en estados de excepción.²⁷

Sin embargo, se ha establecido que uno de los fines más importantes perseguido por el bloque de constitucionalidad, es el de determinar un modelo de jerarquía en la incorporación de los instrumentos internacionales en el orden interno, lo que no significa que este haya de ser único, ha saber existen varios estándares que los Estados han adoptado en sus ordenamientos jurídicos: el modelo Supraconstitucional, en el cual los tratados sobre derechos humanos prevalecen sobre la Constitución Nacional, el modelo Constitucional en el cual las constituciones nacionales ubican los tratados en la misma jerarquía normativa de la Constitución, el modelo Supralegal en el cual los tratados no pueden modificar la Constitución porque se hayan por debajo de esta (modelo que adoptó el Estado Colombiano) y el modelo legal en el cual la Constitución dispone que los tratados internacionales sobre derechos humanos tiene el mismo rango de una ley interna.²⁸

²⁶RAMELLI, Alejandro. *Las Fuentes del Derecho Internacional Público y el Bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Adobe 6.0, 2004, p. 19 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/11/ard/ard5.pdf>.)

²⁷ *Ibíd.* p. 7.

²⁸ HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine*. Adobe 7.0 29 p. Disponible en: (www.iidh.ed.cr/publicaciones.html)

Así las cosas, el considerar el bloque de constitucional como un instrumento por medio del cual se incorporan normas y disposiciones de carácter internacional no contenidas expresamente en la Constitución, nos lleva a ubicar en que posición del ordenamiento jurídico vigente se encuentran los DESC, plenamente reconocidos por Colombia mediante la adopción y ratificación de tratados internacionales tales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en Colombia el 3 de enero de 1976 o los convenios suscritos con la OIT, entre otros.

Al respecto se puede decir que en materia de DESC, la consideración de su importancia en el ordenamiento interno, por vía del bloque de constitucionalidad, ha tenido un desarrollo progresivo.

Por ejemplo, en el año 1999 fueron excluidos del bloque de constitucionalidad los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, por no existir disposición constitucional expresa que los incluyera, no se consideró que hicieran parte de aquellos derechos a los que el artículo 93 de la Carta otorgaba un *plus*, ni tampoco se reconocieron como normas a las que la Carta hubiese dispuesto una suprallegalidad.²⁹

Sin embargo, en el mismo año, en lo que respecta a los derechos sociales, la Corte Constitucional en sentencia T-568-99³⁰ catalogó los derechos sociales como derechos humanos por lo que en virtud del artículo 93 de la Carta se considera que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de derechos sociales hacen parte del bloque de constitucionalidad. Así las cosas, tratados internacionales ratificados por Colombia como los convenios de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador,³¹ entre otros, hacen parte del bloque de constitucionalidad.³²

²⁹ Sentencia C-582-99 M.P: Alejandro Martínez Caballero.

³⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³¹ El Protocolo de San Salvador fue suscrito el 17 de Noviembre de 1988 en San Salvador, y fue aprobado por el Estado Colombiano mediante la Ley Aprobatoria No.319 del 20 de septiembre de 1996, la cual fue revisada por la Honorable Corte Constitucional declarándola exequible mediante la Sentencia C-251 de 1997, en dicha sentencia la Corte hizo referencia al deber que tiene el Estado de realizar progresivamente los Derechos económicos, sociales y culturales mediante la adopción de todas las medidas necesarias y hasta el máximo de los recursos disponibles, obligación que debe implementarse de forma inmediata de conformidad con las disposiciones del Pacto, las cuales traen consigo al mismo tiempo el deber de considerar cuidadosamente todas las medidas regresivas que se presenten, pues a fin de evitar la violación de estos derechos tales disposiciones deben ser justificadas con referencia a la totalidad de derechos consagrados en el Pacto, atendiendo lo dispuesto por el Comité de DESC. Igualmente reconoció que *Los derechos sociales que no implican una prestación sino un deber de respeto de parte de las autoridades, no son de realización progresiva sino de aplicación inmediata.*

³² Ver las sentencias: T-568-99 MP: Carlos Gaviria Díaz, C- 551-03 MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-642-04 MP: Rodrigo Uprimny Yepes, T-666-04, T-697- 04 MP: Rodrigo Uprimny Yepes y T-827-04 MP: Rodrigo Uprimny Yepes.

Años más tarde, en el año 2003, la Corte en aclaración de voto a la sentencia T-512-03 MP: Eduardo Montealegre Lynett, reconoció que todos los derechos fundamentales consagrados en la Carta deben ser interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, integrando así estos tratados en el bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación integral de los derechos humanos.

A saber, las Naciones Unidas han señalado que la aproximación a los tratados de derechos humanos debe ser integral, esto es, que existe una fuerte interrelación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales. En este sentido, de acuerdo al segundo principio de Limbugo, estos tratados integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos.³³

De ahí que no se dude en señalar que: “*Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, igual atención y urgente consideración debe brindarse a la implementación, promoción y protección de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales*”.³⁴ A partir de esta postura integradora, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señaló que “*todos los derechos humanos, [se] impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir*”.

Pero pese a ello, el hecho de que se haya avanzado hacia el reconocimiento de estos derechos como derechos humanos integrantes del bloque de constitucionalidad, no implica la adopción *per se* de la idea de considerar estos derechos como fundamentales y por lo tanto exigibles en forma directa a los Estados que los reconocen en su ordenamiento jurídico interno, ello por cuanto la definición de su naturaleza jurídica ha sido ampliamente discutida por los diversos sectores sociales e instituciones estatales.

1.1.2 El debate sobre la naturaleza jurídica y fundamento filosófico de los derechos económicos, sociales y culturales.

La determinación de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta de gran trascendencia en cuanto con ello se busca establecer el status que poseen dentro de un ordenamiento jurídico determinado, lo cual permitirá la construcción de argumentos validos que deriven en la justificación de la forma de su aplicación por parte de los Estados y los mecanismos de protección implementados por los mismos en por de la garantía de estos derechos.

³³ OLAYA Arango, Mónica. *El Bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, En: Precedente Anuario Jurídico, Cali , Universidad ICES I, 2004 p. 79 a 102.

³⁴ *Ibíd.* Sentencia C-582-99 MP: Alejandro Martínez Caballero. p. 80.

El esfuerzo por lograr esta labor, responde a la necesidad de diferenciar la aplicabilidad y la garantía de los DESC con su naturaleza jurídica, pues la determinación de la estructura de estos derechos, que fluctúan desde su solo reconocimiento constitucional hasta su determinación como derechos fundamentales o no, per se responde al empeño por la construcción ontológica de los DESC en el ordenamiento jurídico y las constituciones vigentes, permitiendo así determinar su justificación jurídica, su alcance y contenido.

Las posiciones teóricas en torno a las cuales se han construido el concepto jurídico de los DESC, han fluctuado entre varias corrientes teóricas: las que consideran que estos derechos, aún consagrados constitucionalmente, simplemente son “derechos programáticos” que habilitan la actividad del legislador y a la administración y por ende de difícil tutelabilidad,³⁵ las que los conciben como una fuente de normas contentivas de fines para el Estado, las que los entienden como fuente de deberes estatales objetivos y las que los consideran como derechos definitivos o prima facie, susceptibles de protección internacional y nacional y por lo tanto aptos para ser exigibles por parte de los ciudadanos.³⁶

1.1.2.1 Aproximación al fundamento, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales. Dentro del esquema del Estado Social de Derecho, pueden fundamentarse estos derechos desde dos formas: independientemente o como medios para garantizar el ejercicio real de las libertades. Sin embargo, en la realidad tales preceptos se llegan a complementar puesto que *“Así como la necesidad del individuo de ejercer su libertad fundamenta el correlativo deber de abstención por parte del Estado y de los particulares, la necesidad de disponer de la procura existencial y de los bienes mínimos para ejercer la libertad fundamenta el correlativo deber de prestación también a cargo de los demás individuos y en última instancia del Estado”*.³⁷

Sin embargo y pese a la relación que, según la doctrina, existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, la diferencia

³⁵Vid. A. PACE, *La heterogénea estructura de los derechos constitucionales*, en Cuadernos de Derecho público, Núm. 5, 1998, p. 20 y sigs., afirma el autor: *Entre los derechos a una prestación positiva por parte del Estado se encuentran los derechos sociales. Estos están siempre condicionados a la intervención del legislador y de la Administración. Gozan de una tutela mucho más débil, ya sea desde el punto de vista legislativo, ya sea desde el punto de vista judicial que la prevista para los derechos que se han denominado absolutos*. Citado por: ALONSO León Marta, Ponencia: *“Los derechos sociales en la era tecnológica. Especial referencia al derecho a la protección de la salud”* CONGRESO LOS PRINCIPIOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO, 2008, San Juan de Pasto, 26 p.

³⁶ BERNAL Pulido, Carlos. *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una Crítica a ¿Existen derechos Sociales?* de Fernando Atria, Adobe 7.0 p. 99 a 144. Documento disponible en: (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12937957558077187421624/015573.pdf>).

³⁷Ibíd. p. 112-114 *“Conforme lo sostiene Tugendhat los deberes de solidaridad, correlativos a los derechos sociales...no tienen como fin prioritario patrocinar el ejercicio de la libertad sino proveer lo necesario para la subsistencia del individuo en condiciones dignas”*.

entre las dos clases de derechos parece situarse frente al objeto de los últimos: una prestación a cargo del Estado.

Aceptando tal naturaleza, expondremos tres de las tesis doctrinales que al respecto se ha construido y que ofrecen diversos puntos de referencia para tratar de precisar una aproximación al concepto sobre los DESC.

Quienes consideran estos derechos como pautas programáticas, le niegan cualquier tipo de carácter vinculante frente al legislador, es decir, niegan cualquier expectativa, ventaja o pretensión exigible por vía judicial por cuanto su dimensión jurídica no se proyecta frente a la ley sino que comienza a partir de ella, por lo cual solo servirían de fundamento para justificar la restricción legislativa de las libertades.³⁸

Fundadas estas teorías en la indeterminación de estos derechos pues sostienen que si bien estos se plasman como fines que deben ser conseguidos por el Estado, lo cierto es que para hacerlo el Estado posee una infinidad de medios posibles que en gran medida no son determinados por los textos constitucionales, y en este sentido el medio correcto deben ser determinado por el legislador, convirtiendo esta labor en un asunto político y no constitucional, de afirmar lo contrario daría lugar a que el Tribunal Constitucional llegase a controlar las políticas económicas y sociales convirtiendo de esta forma el ejercicio del poder democrático en un asunto de interpretación constitucional.³⁹

Contrario a esta postura, el doctrinante colombiano BERNAL PULIDO, sostiene que si bien el ejercicio de las atribuciones económicas y sociales corresponde al Parlamento, esto no opta para considerar que el mismo goza de un régimen de excepción con respecto al principio de supremacía de la Constitución ni tampoco para afirmar que con ello se pueda despojar a los derechos sociales de toda su fuerza vinculante.⁴⁰

Ahora bien, con respecto a la teoría que acoge el criterio de que los derechos sociales son derechos definitivos, la misma, deja claro que aunque debe reconocerse al legislador una libertad de configuración de los derechos sociales, esa libertad debe respetar un mínimo esencial exigido por estos derechos que se concreta en un mínimo de actividad legislativa, la satisfacción del mínimo existencial y el derecho al no retroceso en las prestaciones correspondientes al núcleo esencial de los derechos sociales.⁴¹

³⁸ ATRIA Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?*, Adobe 7.0 p. 15 a 59. Disponible en: (<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/26/116>)

³⁹ E-W Bockenforde. *“Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, En Id., escritos sobre derechos fundamentales, Nomos, Op. Cit. p. 65 y ss”*. Citado por: BERNAL Pulido Carlos, Op. Cit. p. 120.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 121.

⁴¹ J.J. Canotillo *“Metodología “Fuzzy...” Op. Cit. p. 45 y s”* Citado por: BERNAL Pulido Carlos. *Ibíd.* p. 136.

En contraposición, BERNAL PULIDO, plantea que el concepto sobre los mínimos existenciales es de tal indeterminación que aún no hay consenso para eliminarla, inclusive, con respecto al deber de realización del núcleo esencial de los derechos sociales, establece que el legislador no está vinculado a cada derecho de manera aislada sino a la Constitución en su conjunto y por consiguiente pueden haber derechos, bienes y fines incompatibles, razones constitucionales que impiden que el mínimo de un derecho no pueda ser garantizado en una determinada situación.⁴²

En este punto, señala que la doctrina y la jurisprudencia han acuñado la afirmación según la cual los derechos sociales en todo su ámbito normativo están sometidos a la “reserva de lo posible”, expresión que no solo debe entenderse desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también desde lo jurídicamente posible, es decir, en razón con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.⁴³

Y es por lo anterior que, se debe reconocer que el derecho al no retroceso social funciona como una posición jurídica prima facie, es decir, susceptible de admitir restricciones siempre que sean estas proporcionales.⁴⁴

En este orden de ideas y sin que se muestren tan disímiles con la anterior teoría doctrinal expuesta, la teoría que considera los DESC como derechos prima facie, se encarga de demostrar que en primer lugar los derechos sociales son *fundamentales*, pero pueden dar lugar a normas y posiciones que eventualmente admiten restricciones legislativas siempre que sean estas proporcionales.⁴⁵

Esta teoría propuesta por doctrinantes como Alexy y Borowski,⁴⁶ acoge en primer lugar el concepto de los llamados derechos fundamentales los cuales pueden concebirse como *un conjunto de normas objetivas de principio y de decisiones axiológicas que se recogen en las Constituciones y que tienen validez en todo el ordenamiento jurídico.*⁴⁷

En este concepto, así planteado, pueden confluír dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva, puesto que considerados en su totalidad, constituyen un orden objetivo, un sistema de valores que demanda su aplicación en todo el

⁴² *Ibíd.* p. 137.

⁴³ *Ibíd.* p. 138.

⁴⁴ Ver al respecto Sentencias C-038/04, C-911/04, C-257/97 entre otras.

⁴⁵ BERNAL Pulido Carlos *Op. Cit.* p. 139. Al respecto sostiene el autor que “...*el análisis de proporcionalidad de las restricciones de estos derechos, indica si, en los casos concretos, las posiciones en que se concretan estos derechos valen solo prima facie, o si también valen de manera definitiva*”.

⁴⁶ R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 p. 494 y M. BOROWSKI, *Grundrechte als Principien*” p. 137 y ss. Citados por: BERNAL Pulido Carlos *Ibíd.* p. 139.

⁴⁷ ALONSO León Marta *Op. Cit.* p. 16.

ordenamiento e impone un parámetro de conducta en el seno de la comunidad jurídica y considerados individualmente, cada derecho es un principio que se une al contenido subjetivo para configurar el derecho fundamental.⁴⁸

De esta forma, al sostener la posición anterior se tiene que todos los ámbitos del Derecho quedan conformados constitucionalmente, vinculando a los tres poderes del Estado, y aunque su protección no solo se circunscribe a los poderes públicos sino también frente a los particulares, no por esto pierden estos derechos su carácter axiológico, que impone la obligación de desarrollar su contenido normativo,⁴⁹ razón por la cual los derechos fundamentales se constituyen, pues, en mandatos de acción y deberes de protección y no solo de abstención por parte del Estado.

La Corte Constitucional colombiana al respecto ha considerado que el concepto de derecho fundamental denota varias consideraciones, sin que ello haya sido definido con claridad: *su dimensión objetiva, esto es su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado... por lo que este no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos*⁵⁰ sosteniendo además tres criterios a fin de determinar cuando se está en presencia de un derecho fundamental: 1) *Su conexión directa con los principios constitucionales* 2) *Eficacia directa* y 3) *Contenido esencial*; o núcleo esencial entendido como *“Aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”*.⁵¹

Robert ALEXY, por su parte, explica que las normas constitucionales que contienen derechos sociales tienen la estructura de los principios⁵², entendidos como *normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las condiciones jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas, el ámbito de las posibilidades jurídicas estará determinado por los principios y reglas opuestas*.⁵³

En ese sentido si los derechos sociales responden a la estructura de los principios esto significa que no se puede establecer un modelo definitivo de los mismos, ya

⁴⁸ *Ibíd.* p.17.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 17

⁵⁰ Sentencia T 406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

⁵¹ Sentencia C-993 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, citado por: ALONSO León, Martha. Op. Cit. p. 19.

⁵³ *Ibíd.* p. 19.

que dependen de los condicionantes jurídicos y económicos, lo que obliga al intérprete a ponderar, en cada caso concreto, si la provisión de determinadas prestaciones entra o no en colisión con otros principios constitucionales.⁵⁴

Conforme lo sostiene el doctrinante colombiano Rodolfo Arango Rivadeneira en defensa de los derechos sociales como derechos fundamentales, el camino a la consideración de que los Derechos económicos, sociales y culturales pueden corresponder a una naturaleza general, subjetiva y positiva,⁵⁵ propia de los derechos fundamentales, responde al reconocimiento de que en primer lugar, estos derechos son derechos subjetivos⁵⁶ con un alto grado de importancia, lo que les otorga tal carácter, y en segundo lugar de que son “derechos de prestación en un sentido estricto”, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado.⁵⁷

Y en este sentido, los derechos sociales son generales en cuanto los portadores de los mismos son todos los ciudadanos aunque los obligados serían exclusivamente los Estados, igualmente son derechos constitucionales y derechos humanos, cuyo carácter ideal se habría visto fortalecido mediante su positivización, son derechos subjetivos en cuanto son posiciones jurídicas,⁵⁸ cuyo no reconocimiento le ocasionaría a su titular un daño inminente sin justificación jurídica y finalmente son positivos por cuanto tiene por objeto un “hacer” del obligado u obligados.⁵⁹

En el plano constitucional tales observaciones cobran importancia, si tenemos en cuenta que si se considera a los DESC simplemente como mandatos constitucionales, que suponen obligaciones objetivas en cabeza de los órganos legislativos y administrativos para la realización de la meta o programa formulado en el mandato, confiriéndoles una competencia que debe ser ejercida en la medida de lo posible,⁶⁰ es dable derivar derechos subjetivos de tales obligaciones, sin importar si toman la forma de derechos de defensa o de prestación, cuando su cumplimiento precede un caso extremo como la inactividad, el descuido grave o el

⁵⁴ Ibíd. p. 20.

⁵⁵ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 37.

⁵⁶ Ibíd. p. 9. Para el autor los Derechos Subjetivos, son aquellos que cumplen con tres características: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica.

⁵⁷ Ibíd. p. 37.

⁵⁸ Ibíd. p. 19. El autor define a la Posición Jurídica en tres sentidos “*desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deóntica de acuerdo con la cual el individuo (a) está en situación de poder exigir algo de otro. En sentido sustancial, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo que debe ser reconocida y protegida prima facie porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio.*”

⁵⁹ Ibíd. p. 24.

⁶⁰ E-W Bockenforde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, En staats Verfassung, Demokratie, 2 Ed. Frankfurt a.m. 1992. p. 115 y ss.* Citado por : ARANGO, Rodolfo. Ibíd. p. 43.

desmante irreparable de medidas por parte del Estado,⁶¹ según lo anterior, cuando se presentan estas situaciones y los derechos sociales se conciben como mandatos constitucionales estos se reconocerían como derechos subjetivos.

La anterior posición muestra que los derechos sociales fundamentales solo alcanzan un estatuto jurídico constitucional cuando se presente conexión con otras normas jurídicas a partir del texto constitucional visto como un todo coherente por vía de la interpretación sistemática.⁶²

Esto cobra relevancia cuando se pretende argumentar el porque en un determinado caso el no reconocimiento de un derecho general positivo cuya titularidad recae en un individuo, ocasionaría un daño inminente e injustificado, es así el caso de la vida y su garantía por parte del estado al procurar la Seguridad Social, en esta medida, si el individuo no puede exigir la realización de tales competencias estatales es equivalente a *“afirmar que el Estado, o bien no puede cumplir con sus obligaciones, lo que es errado pues las normas constitucionales tienen un carácter normativo y no solo programático o que el derecho a la vida... no está instituido en el texto constitucional, lo que también es falso”*.⁶³

En la jurisprudencia constitucional colombiana, han sido varias las decisiones que han propugnado por la corriente que considera a los DESC como simples directrices programáticas u derechos de carácter prestacional lo que deriva en la consideración de que a los DESC les corresponde a un desarrollo progresivo por parte del Estado, es decir, la obligación de este se enmarcaría exclusivamente en extender la cobertura de la prestación de los servicios teniendo en cuenta el mayor desarrollo económico y social, pero por la misma razón no le conferiría ningún derecho subjetivo al individuo para exigir del Estado su satisfacción, por cuanto además de no tener, por este carácter, una eficacia directa tampoco serían inherentes a la condición humana.⁶⁴

No obstante lo anterior, en diferentes fallos la Corte Constitucional ha moderado sus posturas estableciendo excepciones o criterios selectivos en los cuales ha reconocido la protección de los derechos económicos, sociales y culturales amparados en argumentaciones jurídicas acordes con los postulados constitucionales y con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Colombiano, tal como se observará en el siguiente acápite.

1.1.2.2 La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Corte

⁶¹ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 45.

⁶² Ibíd. p. 45.

⁶³ Ibíd. p. 46 a 47

⁶⁴ Ver Sentencias: T-586 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-495 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-499 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Constitucional, como institución encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución,⁶⁵ no ha sido ajena al debate que ha suscitado la definición de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, principalmente en cuanto a la posibilidad de hacerlos efectivos o protegerlos por vía de la acción de tutela, claramente establecida para la salvaguarda de los derechos fundamentales.⁶⁶

Si bien la Corte ha manifestado en diferentes oportunidades que los derechos fundamentales no son solamente los incluidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, puesto que su naturaleza no solo se define por su ubicación en el texto constitucional sino por otros elementos,⁶⁷ lo cierto es que jurisprudencialmente, la determinación del concepto de derecho fundamental aplicado a los DESC, a sido diversa, en ciertas oportunidades les ha atribuido dicha naturaleza,⁶⁸ en otras, por el contrario ha rechazado tal categorización definiéndolos simplemente como meras normas programáticas, es decir, simples directrices dirigidas al legislador y a las autoridades encargadas de desarrollar políticas públicas,⁶⁹ mientras que en decisiones mucho más neutrales ha definido que la naturaleza de los DESC adquiere una estructura determinada, dependiendo de su naturaleza legislativa, su urgencia de protección en un caso concreto⁷⁰ o de la posibilidad de garantizarlos.

Bajo el presupuesto de que para la Corte uno de los criterios determinantes para el reconocimiento de un derecho fundamental se deriva de los mecanismos de protección constitucionales dentro del ordenamiento jurídico como la Tutela, en el caso de los DESC, ha asimilado en ciertas ocasiones que la naturaleza de estos derechos depende exclusivamente de su falta de exigibilidad por medio de este tipo de mecanismo judicial, atribuyéndole entonces simplemente una naturaleza prestacional y asistencial por parte del Estado.

Según plantea el Tribunal Supremo Constitucional, los derechos prestacionales, a diferencia de los derechos fundamentales otorgan un amplio margen de discrecionalidad al legislador para su desarrollo; en la medida en que se respete el

⁶⁵ Art.241 Constitución Política de Colombia.

⁶⁶ Art.86 Constitución Política de Colombia.

⁶⁷ CORTES Nieto, Johanna del Pilar. Op. Cit. p. 122. “...a veces se refiere como aquellos derechos inherentes al ser humano (Sentencia : T-420 de 1992) , en otros casos se refiere a criterios de distinción de los derechos fundamentales en el caso concreto (Sentencia: T-002 de 1992), a la existencia de consensos sobre tal naturaleza y sobre su ordenación funcional hacia el logro de la dignidad humana (Sentencias: T-227 de 2003, T-801 de 1998, T-881 de 2002) o al carácter de derechos subjetivos de aplicación inmediata (Sentencia: SU-225 de 1998)”.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 116-117 Ver al respecto sentencias: T-235/97 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-366/92 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-373/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., T-205/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-595/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 113 a 115. Ver al respecto sentencias: T-423/92 M.P. Fabio Morón Díaz, T-495/95 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-499/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-597/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁰ Ver Sentencias: T-597/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

núcleo esencial; lo que lleva a la consideración de que la condición para su protección se limite al desarrollo económico y social del Estado.⁷¹

Sin embargo, en fallos posteriores, sostuvo que del carácter prestacional de un derecho no desvirtuaba su naturaleza fundamental por cuanto tanto los DESC como los derechos civiles o políticos pueden tener tanto facetas prestacionales como de omisión por parte del Estado e implicar, por ello su ejecución inmediata,⁷² sin importar que en el caso de los DESC el contenido prestacional prevalezca, sostuvo que por ejemplo hay derechos fundamentales que exigen la prestación del Estado, sin que por este motivo dejen o pierdan su carácter de fundamentales, en razón a que las acciones positivas del Estado deben garantizar en ultima ratio la Dignidad Humana.⁷³

Incluso, sostuvo en varias sentencias, el factor de conexidad de los DESC con los derechos fundamentales, bien para ser protegidos por vía de la acción de tutela⁷⁴ o para que adquieran la naturaleza de Derechos Fundamentales,⁷⁵ en otras ocasiones consideró que los DESC eran derechos fundamentales en cuanto a su contenido mínimo o núcleo esencial.⁷⁶

En suma, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido en principio que los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos fundamentales debido a su carácter prestacional y desarrollo programático, sin embargo podrían adquirir tal naturaleza en los siguientes eventos:

1. Cuando se respeta el mínimo esencial de cada Derecho, que se deriva de los instrumentos internacionales, de la interpretación de estos por los órganos autorizados y del principio de la Dignidad Humana.
2. Cuando por factor de conexidad el DESC posee una relación íntima con un derecho ya considerado como fundamental, lo que reclama una protección íntegra en tanto las circunstancias fácticas impiden que se separen.
3. Cuando el contenido de los DESC ha sido determinado normativamente por vía distinta al texto mismo de la Constitución, lo que implica no solo el

⁷¹ Ver Sentencias: T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz , C-251/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-225/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

⁷²CORTES Nieto, Johanna del Pilar. Op. Cit. p. 116.

⁷³ Ibíd. p. 117. La Autora señala refiriéndose a la Sentencia T-596 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda “*En suma, la Corte ha sostenido que...el contenido asistencial de un derecho no excluye su naturaleza prestacional, lo anterior por cuanto, en primer lugar, los derechos de libertad - sobre los que no existe discusión sobre su naturaleza fundamental- también pueden tener facetas prestacionales, lo que no impide su exigibilidad mediante el ejercicio de la acción de tutela.*”

⁷⁴ Ibíd. p. 118. Ver Sentencias: T-491/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-819/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁵ Ibíd. p. 125.

⁷⁶ Ibíd. p. 122. Ver Sentencias: T-602/03 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-025/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-038/04, T-859/03, C-936/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

desarrollo de los DESC por el legislador sino también los pronunciamientos Jurisprudenciales.

4. Frente a personas en estado de debilidad manifiesta que por sus condiciones merecen una especial protección por parte del estado.
5. Cuando su titular reclama la protección de una de sus facetas de defensa, es decir reclama su protección frente a intromisiones arbitrarias de las autoridades o particulares.⁷⁷

Conforme lo anterior, si bien la jurisprudencia de Corte Constitucional se ha preocupado por lograr la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, en ciertas ocasiones ha confundido la estructura del derecho como tal con la posibilidad de ser accionados por vía de la acción de tutela e igualmente cuando estima que el simple desarrollo normativo de un derecho le brinda la posibilidad de ser garantizado, pues según la Corte, en la medida en que ha estos derechos se les brinde las condiciones necesarias para su prestación le otorgan la posibilidad al sujeto de exigirla al Estado,⁷⁸ lo que permite se deje de lado los eventos en los cuales el Estado incumple con el compromiso por el mismo adquirido y no ha creado las condiciones necesarias u ordenadas por la norma para hacer efectivo el DESC.⁷⁹

Debe resaltarse sin embargo, que la naturaleza jurídica de los DESC no depende necesariamente de evaluar si el Estado a cumplido o no con las obligaciones contraídas, el problema en cuanto a su definición tiene que ver con lo que el derecho económico, social y cultural verdaderamente es a la luz del ordenamiento jurídico, pues *“la determinación de la naturaleza de los derechos, permitirá no solo saber las acciones y omisiones que se puede reclamar del Estado, y los particulares, sino los medios judiciales y no judiciales mediante los cuales se puede buscar dicha garantía”*.⁸⁰

1.1.2.3 El problema de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Las reflexiones en torno a la implementación de mecanismos tendientes al logro de la plena exigibilidad o justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto a nivel internacional como nacional, son diversas, así, existen posiciones que defienden la idea de hacer efectivos estos Derechos mediante mecanismos ya reconocidos por los Estados tanto en sus legislaciones internas o por medio de los compromisos internacionales adquiridos por los mismos, pero a su vez, también existen posiciones que niegan tal justiciabilidad teniendo en cuenta la naturaleza prestacional o programática que estos derechos encierran entre otros factores.

⁷⁷ *Ibíd.* p. 135.

⁷⁸ Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁷⁹ CORTES Nieto, Johanna del Pilar. *Op. Cit.* p. 116.

⁸⁰ *Ibíd.* p. 138.

Las ideas de propender por la implementación de garantías⁸¹ que protejan los diferentes DESC, en la actualidad, responden a las reflexiones que en torno a la naturaleza del Estado Social de Derecho se han hecho y el papel que le corresponde dentro del ordenamiento internacional vigente.

Si bien se ha dicho que los derechos económicos, sociales y culturales se han visto anclados a mundos de tensión como el mercado, el trabajo y el propio Estado, lo cierto es que los cuestionamientos que se han planteado en torno a la respuesta que están dando los gobiernos del mundo frente a las crisis por las que atraviesan los DESC, llevan en últimas a la reconsideración de los modelos de Estado que han adoptado y suponen el avance hacia modelos más garantistas, democráticos y constitucionales.

A la luz de lo anterior, es claro que el desarrollo que ha dado el constitucionalismo moderno, en específico después las revoluciones estadounidense y francesa en el siglo dieciocho (XVIII), se ha visto influenciado por el sistema capitalista que ha generado las tensiones sociales, fruto de las cuales nacen los DESC en reclamo de un concepto social de Estado que en la segunda mitad del siglo diecinueve (XIX) se evidencia al incluir en las constituciones de manera explícita derechos sociales, como producto de la desconstitucionalización del carácter indisponible de la propiedad privada o de las libertades.⁸²

Sin embargo, el papel desempeñado por los DESC no pasa de ser simples cláusulas políticas de compromiso, o como objetivo para neutralizar las ya crecientes demandas sociales.

Es ya en el siglo veinte (XX) cuando los DESC recobran un impulso mediante la consolidación del Estado Social como una especie de acuerdo implícito de clase entre el capital y el trabajo y es en este contexto donde el fortalecimiento del derecho al trabajo y la seguridad social supone la juridificación de estos derechos vulnerados y hasta el momento excluidos del contrato social,⁸³ aunque constitucionalmente aún no adquieren en ningún caso el status de verdaderos derechos subjetivos, supeditándose solo a la voluntad del legislador y a la administración pública.

Según esto, el Estado Social tradicional se presenta como un Estado legislativo y administrativo pues a pesar de su eventual impacto en términos igualitarios al convertir la democracia liberal en una democracia social, la prestación de los

⁸¹ COURTIS, Christian. Op. Cit. p. 6. Según el autor la noción de Garantía se refiere a *“aquellos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho, se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable y exigible.”*

⁸² PISARELLO, Gerardo. *Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los Derechos Sociales*, Subtítulo: *Los derechos sociales en el constitucionalismo previo a la consolidación del Estado social legislativo*, Adobe 7.0, p. 81 a 107.

⁸³ *Ibíd.* p. 84.

derechos no deja de desarrollarse en un entorno lleno de componentes paternalistas y clientelares.⁸⁴

Mas adelante, bajo el modelo de un Estado Social distributivo, en el cual los derechos sociales son ejemplos de derechos sin deberes y por ende fuente de dependencia de las personas, llevaría a que se sometiese a un control mas intensivo los subsidios sociales y la búsqueda de empleo independiente de su calidad y estabilidad, lo que ocasionó que se incentivara una política social de mínimos," *para unos ciudadanos mínimos que no pueden gestionar ni acceder a la previsión privada de sus riesgos y acuden, dependiente y subordinadamente, a un sector público mas asistencial que distributivo*".⁸⁵

Los postulados Neoliberales acogidos, presupone la estabilidad del absolutismo de las mayorías políticas y del mercado, pero no de las personas y en este terreno movedizo es donde son progresivamente desplazados los derechos sociales.

En este orden de ideas, la transición del Estado legislativo y administrativo a un Estado más constitucional y democrático, comportaría una profundización más garantista y democrática de los clásicos principios de legalidad, publicidad y control del poder que sirvieron de columna vertebral para la construcción del modelo del Estado Social, dirigida a la protección judicial y extrajudicial de los derechos sociales permitiendo la realización de la vida digna , maximizando su autonomía y minimizando el daño y la dominación.⁸⁶

Esta concepción muestra que una estrategia compleja de protección de los DESC debe comenzar por asumir los múltiples ámbitos de socialización y conflicto en los que debe garantizarse, individual y colectivamente, las necesidades de los y las mas débiles, el mundo del trabajo y la producción así como en aquellas esferas en la que los habitantes actúan como ciudadanos, se trataría en suma de "*promover un modelo que favorezca la circulación y mutuo reforzamiento de un sistema múltiple de protección de los derechos sociales, una red normativa en la que tanto las garantías institucionales como las sociales o ciudadanas puedan ser definidas, más allá de los controles intermedios, a través de la opinión y la activa participación de los interesados directos*".⁸⁷

Las objeciones más invocadas en contra de los derechos sociales son su elevado coste económico y la justiciabilidad deficiente. Frente a la primera objeción, ALEXY afirma que el carácter gravoso de estos derechos no puede implicar su inexistencia, si se considera además, que todos los derechos fundamentales, en

⁸⁴ Ibíd. p. 86.

⁸⁵ Ibíd. p. 89.

⁸⁶ Ibíd. p. 92.

⁸⁷ CHOGEN Joshua y ROGERS Joel, *Associations and Democracy E. Olin Wright (ed.), Verso, London 1995*". Citado por PISARELLO Gerardo. Ibíd. p. 95.

mayor o menor medida, limitan la competencia presupuestaria del legislador la que no es absoluta y en cuanto a la justiciabilidad deficiente, responde el autor que este es un problema que también afecta a los derechos fundamentales tradicionales, lo que hace que no sea posible sostener que la existencia de un derecho dependa sólo de su justiciabilidad.⁸⁸

Se considera que la efectividad en la protección internacional de los DESC tiene dos dimensiones fundamentales a saber, la vigilancia y supervisión de la adecuada implementación de los DESC en relación a las políticas legislativas y presupuestarias de los Estados y la aplicación en casos concretos de las normas que reconocen dichos derechos haciendo referencia a la exigibilidad de ciertos DESC en los órganos de adjudicación de derechos.⁸⁹

La justiciabilidad se define como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de algunas obligaciones que constituyen el objeto del derecho, la importancia estriba en que con ello se busca que se adopten las medidas necesarias para su efectivo goce y ejercicio, en el caso de los DESC se torna en un asunto problemático debido a la concepción de progresividad. Sin embargo, actualmente se reconoce que algunos de estos derechos son de aplicabilidad inmediata, por ejemplo, a igual trabajo igual remuneración.⁹⁰

Así, por ejemplo, se han planteado diversas posibilidades de hacer efectivos los DESC desde el sistema jurídico interno de cada país, se trataría entonces de la implementación de una Justiciabilidad Interna que tenga en cuenta los mandatos internacionales que en materia de DESC se han acogido por parte de los ordenamientos jurídicos, puesto que no en todos los sistemas jurídicos los DESC tienen adquirido una protección efectiva cuando el Estado los irrespete, no los garantiza o no propende por ello.

En primer lugar, se debe considerar que en todo sistema constitucional hay esencialmente dos parámetros que gobiernan la eficacia de la protección doméstica de los derechos humanos, el primero que hace alusión al contenido de los derechos reconocidos y el segundo a su status.⁹¹

El status de los derechos dentro de los ordenamientos legales, no solo hace alusión a su posición jerárquica en la estructura constitucional sino también a los recursos existentes para afrontar su violación, así en distintos países puede que una norma de derechos humanos pueda ser directamente exigible por un individuo ante los tribunales mientras en otros solo tomen la forma de “principios rectores”,

⁸⁸ R. ALEXI, Op. Cit. Citado por: ALONSO León, Martha. Op. Cit. p. 21.

⁸⁹ ORDÓÑEZ, Jaime. Op. Cit. p. 240.

⁹⁰ *Ibíd.* p. 245.

⁹¹ ROSSI, Julieta. *Estrategias de Exigibilidad de los DESC a través de los Sistemas Legales Doméstico*, Adobe 7.0, p. 483 a 502. (http://www.ije.org/ihrip/circulo_derechos/27aModulo22.pdf).

que guían la actividad de los gobiernos pero que de ninguna forma se convierten en derechos individuales exigibles.

Los DESC han sido percibidos, conforme lo anterior, como derechos no justiciables o derechos simplemente orientadores de políticas que no pueden ser reclamados ante los tribunales de justicia, sin embargo la tendencia actual es la de propender porque lo sean sin que se comprometa sustancialmente las decisiones del gobierno.⁹² Y es ahí donde cobran sustancial importancia las normas internacionales.

En los ordenamientos jurídicos de los Estados, existen dos formas de incorporar normas internacionales debidamente reconocidas en tratados, el sistema monista donde las normas internacionales automáticamente ingresan al orden jurídico nacional y el sistema dualista donde las dos legislaciones, la internacional como la nacional, se toman como sistemas separados.

Esto resulta importante en la medida en que es conveniente para la construcción de estrategias de justiciabilidad de los DESC, tener en cuenta la naturaleza del ordenamiento jurídico nacional, no obstante, los tratados de derechos humanos han establecido principios para su aplicación interna independiente de tal naturaleza.⁹³

Uno de ellos es aquel que señala que los Estados se someten a un orden legal en el cual asumen varias obligaciones no para con los otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁹⁴

⁹² *Ibíd.* p. 484.

⁹³ *Ibíd.* p. 484.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 485 Julieta Rossi, al respecto señala que tales obligaciones se encuentran en el Artículo 1(1) de la CADH: *Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*, así como el Art.2 de la CADH: *Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades,* también el Art. 2(2) del PIDCP: *Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter,* y el Art.2(1) del PIDESC que señala: *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

De lo anterior se colige que, la plena efectividad de los DESC, dependerá en mayor medida de la conducta que los Estados desplieguen en los ámbitos internos y en razón de ello, el poder judicial se tornaría fundamental para garantizar la tutela de los derechos y garantías del individuo mediante su función de dar aplicación a los tratados de derechos humanos,⁹⁵ esta garantía jurisdiccional adoptaría la forma de acciones, recursos, demandas o quejas que le permitirían al individuo titular de un derecho acudir ante esta autoridad independiente a fin de que sea ésta la que determine la existencia del incumplimiento, imponga la sanción debida, ordene la acción demandada, anule la indebida, ordene reparaciones o penas.⁹⁶

La función de la autoridad jurisdiccional en el ámbito de los DESC requiere según lo plantea COURTIS el superar obstáculos ideológicos que empiezan por la consideración de ser los DESC derechos de carácter no justiciable, este perjuicio conforme lo ha venido planteando el Comité de DESC, se superaría si se considera que un componente necesario de los DESC es la previsión por parte del Estado de recursos suficientes dentro de los que se destaca los judiciales que en el caso de incumplimiento se verían destinados a cubrir a los deudores que podrían ser el Estado o los particulares cuando a su cargo tiene la prestación de servicios públicos, como la Salud, la Educación y la Seguridad Social.⁹⁷

La necesidad de implementar una justiciabilidad nacional en relación a los DESC, viene de considerar que aunque la vía internacional resulta aplicable, no deja de ser un camino lento y tortuoso y en esta medida sus avances se pueden reflejar más en el desarrollo interno bajo la articulación de los estándares constitucionales, los internacionales referidos a Derechos Humanos y los contenidos en las leyes que reglamentan los DESC.⁹⁸

Sin embargo, la problemática de muchos países a nivel jurisdiccional deviene en el hecho de la falta de mecanismos judiciales o procesales adecuados para tutelar estos derechos, puesto que la mayoría han establecido modelos de litigio individual o patrimonial, dejando de lado las acciones colectivas o de carácter

⁹⁵ El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha sostenido: “*las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico de cada Estado Parte, permitiendo a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. El artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto. La existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales son importantes, pero en última instancia, tales procedimientos solo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos*”. Observación General Nro.9.

⁹⁶ COURTIS, Christian. Op. Cit. p. 15.

⁹⁷ *Ibíd.* p. 16.

⁹⁸ *Ibíd.* p. 16. Al respecto expone: “*Aunque en el Sistema Interamericano no ha avanzado aún claramente en esta dirección, existen algunos indicios de posible empleo del mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- y, finalmente, ante la Corte Interamericana- como mecanismo de justiciabilidad en el plano internacional, en especialmente por vía de la protección indirecta de derechos sociales, o su interconexión con derechos civiles y políticos.*”

supraindividual⁹⁹ para que sea por medio de estas acciones que se propenda por la búsqueda de soluciones que generen un impacto colectivo, cobrando esto importancia cuando se pretenda demandar el respeto a la prohibición de regresividad u obligación de progresividad que con respecto a los DESC tienen los Estados.¹⁰⁰

Ahora bien, las objeciones que se han presentado frente a las garantías jurisdiccionales radican en la indeterminación del contenido de estos derechos y en la limitación de recursos para satisfacerlos.

Al respecto COURTIS sostiene que la indeterminación del contenido se puede subsanar por medio de la ley, ya que la generalidad y universalidad de la misma permite definir los titulares, el alcance de los derechos, las obligaciones y la previsión presupuestaria para satisfacerlos, de tal forma que evite la discrecionalidad en las asignaciones de los recursos y en la adjudicación de los beneficiarios de los programas sociales,¹⁰¹ incluso debe observarse igualmente el problema del acceso a la justicia por parte de los sectores más vulnerables de la población siendo este uno de los problemas que más dificultades causan cuando los servicios jurídicos son monopolizados por sectores exclusivos de la población.

No obstante lo anterior, la garantía jurisdiccional no es la única que ofrece la posibilidad de protección y efectividad de los DESC, junto a ella se encuentran también las garantías de carácter social, en las cuales el mecanismo de aseguramiento del derecho se le confía al titular del derecho, sea este individual o colectivo,¹⁰² haciendo aún mas evidente la conexión entre los derechos civiles y

⁹⁹ *Ibíd.* p. 17, COURTIS sostiene que la cuestión es realmente importante cuando se trata de cuestionar o impugnar la actividad administrativa relacionada con el diseño e implementación de programas sociales: *si no existen recursos que legitimen a los beneficiarios u otros actores que posean un interés legítimo, a cuestionar en sede administrativa o judicial la actuación de la administración en este campo, el control ejercido en esta materia se limitará al propio auto-control y a los pocos casos en que la cuestión importe la apertura de de una investigación de carácter penal*

¹⁰⁰ ROSSI Julieta y ABRAMOVICH. Víctor Documento: “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la convención Americana sobre Derechos Humanos”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2007 p. 43-45 (www.dialnet.unirioja.es)

¹⁰¹ COURTIS, Christian. *Op. Cit.* p. 5. Conforme lo sostiene COURTIS “en la mayoría de los casos el papel de la ley queda “vaciado de contenido sustantivo” y opera una delegación a favor de la Administración, con el consiguiente reconocimiento de una esfera de actuación discrecional en la materia que se completa con la autorización de que se les otorga en orden de ejecutar el gasto social...fenómeno que puede percibirse en áreas que requieren la organización de una estructura administrativa relativamente coordinada para la prestación de un servicio público destinado a satisfacer derechos sociales-caso típico los sistemas de salud, de educación y seguridad social contributiva –pero cuya expresión mas notoria se encuentra en materia de asistencia social cuya forma de prestación asume habitualmente la forma de programas focalizados, de otorgamiento y cancelación discrecional, escasamente sujetos a controles por parte de otros poderes y menos aún de facultades de reclamo por parte de sus beneficiarios”.

¹⁰² *Ibíd.* p. 7. “Las garantías sociales consisten en gran medida en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política”.

políticos y los DESC convirtiéndose así en instrumentos de incidencia en el ámbito de la determinación y control ciudadano de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales.

En este sentido, por ejemplo, el ejercicio de los derechos civiles como el de la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de prensa, el derecho de petición entre otros permiten desarrollar el derecho de participación y el de publicidad, los cuales le otorgan a la ciudadanía la opción de incidir cada vez más en el diseño y ejecución de las políticas públicas así como en la posibilidad de acceder a la información acerca de la actuación pública cuando se emplean recursos públicos.¹⁰³

Es más, la exigencia de que se suministre información sobre el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas y sobre el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, se convierte en otra de las formas de hacer justiciable los DESC,¹⁰⁴ ello por cuanto el incumplimiento de esta obligación positiva por parte del Estado, puede llegar a constituirse en una violación que es perfectamente exigible al Estado.¹⁰⁵

Ahora bien, la interpretación que se ha hecho de los tratados internacionales apunta a la consideración de ser los DESC de carácter justiciable en las legislaciones internas en virtud de los postulados establecidos en los tratados como el PIDESC, al respecto se establece que el Pacto contiene obligaciones de aplicación inmediata y de aplicación progresiva las cuales derivan en obligaciones negativas y positivas por parte de los Estados con relación a los DESC, siendo las obligaciones positivas las más difíciles de justiciabilidad pues son aquellas dirigidas a realizar acciones y tomar medidas en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión¹⁰⁶ y de ahí que dependan de diversos factores entre los que se encuentra la capacidad económica de los Estados.¹⁰⁷

¹⁰³Ibíd. p. 8. “Para ello es importante tener en cuenta los estándares internacionales que en materia de derechos humanos se han hecho pues permitirán el fortalecimiento de los mecanismos de control y la participación ciudadana de las políticas sociales.”

¹⁰⁴ ROSSI, Julieta. Op. Cit. p. 489.

¹⁰⁵ Ibíd. p. 489 “*Los Estados parte del PIDESC han adoptado las obligaciones de vigilancia, reunión de información, y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva de los derechos reconocidos en dicho instrumento*” CDESC, observación general 1, párrs.3 y 4.

¹⁰⁶ BARAHONA Riera, Rocío. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibilidad-Niveles Mínimos de Cumplimiento-e Indicadores*. En: Reunión de Expertos sobre población, Desigualdades y Derechos Humanos., CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2006, 19 p.

¹⁰⁷ Sin embargo al respecto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a considerado que con relación a los Derechos Civiles y Políticos los estados también asumen obligaciones positivas para con los mismos, correspondiendo en gran medida en la aplicación y desarrollo de los DESC, pues como sucede en el caso de la vida, una interpretación amplia de tal derecho involucra el derecho al disfrute de la Salud física y

No obstante lo anterior, es claro que entre varias obligaciones que contiene el PIDESC se puede destacar la contenida en el artículo 2(2) que establece la obligación de no discriminación en relación a los DESC,¹⁰⁸ la cual impone a los Estado Parte la obligación de abstenerse de violar activamente derechos económicos, sociales y culturales o de anular medidas protectoras legales o de otro tipo relacionadas con esos derechos, igualmente la de prohibir a los particulares y a terceros practicar la discriminación en cualquier esfera de la vida pública.¹⁰⁹

Tal postulado se refuerza con la obligación de garantizar el procedimiento de revisión judicial y otros procedimientos de recurso en caso de discriminación lo que sustenta aún más la justiciabilidad de los DESC, igual consideración trae consigo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el cual, en su Art.26 establece la obligación de prohibir la discriminación y de proteger contra esta a las personas en forma igual y de manera efectiva, sin embargo, este postulado no hace referencia a ningún derecho en particular lo que lleva a la consideración de que es aplicable en relación a cualquier derecho, incluyendo a los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹⁰

Con respecto a la posibilidad de la exigibilidad de los DESC en el sistema interamericano por medio del llamado Pacto de San Salvador, que en su artículo 2 consagra la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados, lo cierto es que solo establece la posibilidad de presentar denuncias individuales en casos de violación al derecho a la educación y a la libertad sindical.

Otro razonamiento, viene de la posibilidad de hacer justiciables los DESC, en el marco de denuncias individuales, a partir de la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹¹¹ tal precepto se refiere a la adopción de providencias por parte de los Estados Parte a fin de lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas y sociales contenidas en la Carta de la OEA, acogiendo un uso extensivo del principio Pro

mental y a un nivel de vida Digna la cual al mismo tiempo implica estándares apropiados de vivienda y educación. Observación General

¹⁰⁸ PIDESC Art. 2(2): “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁰⁹ BARAHONA Riera, Rocío. Op. Cit. p. 5.

¹¹⁰ ROSSI Julieta, Op. Cit. p. 491. *Al respecto el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que aunque el Art.26 requiere que la legislación prohíba la discriminación, no contiene ninguna obligación respecto de las materias que deben ser reguladas por esa legislación. No requiere por ejemplo a ningún Estado sancionar legislación para promover un seguro social. Sin embargo, cuando esa legislación resulta sancionada en el ejercicio del poder soberano del Estado, dicha legislación debe cumplir con el Art.26 del Pacto. (Caso Zwann de Vries, Comunicación 182/1984, Párr. 12.4.)*

¹¹¹ ROSSI Julieta y ABRAMOVICH Víctor, Op. Cit. p. 34 a 53.

Homine,¹¹² sin embargo al respecto se sostiene que si bien este instrumento internacional consagró expresamente un amplia gama de Derechos Civiles y políticos no hizo los mismo con los DESC, lo que hace que esta disposición funcione como una simple expresión de objetivos programáticos, y no de obligaciones legales vinculantes y menos aún de derechos justiciables.

No obstante y teniendo en cuenta la interpretación literal de la norma en mención, los Estados en mención se comprometen a adoptar medidas para el logro de la plena efectividad de los derechos derivados de la Carta de la OEA, de lo que se infiere que el tratado consagra un sistema de obligaciones y no un conjunto de metas no vinculantes, ahora bien, la Carta de la OEA consagra principios y no derechos, pero debe interpretarse que el artículo 26 de la Convención no apunta a la protección de estos principios sino de los derechos que se infieren de la Carta.¹¹³

El trabajo interpretativo de la teoría expuesta, en la cual se busca determinar los DESC que se derivan de la Carta de la OEA haciéndolos susceptibles de tutelarse por vía de las denuncias individuales, se asimila a la hermenéutica aplicable a las clausulas constitucionales en las cuales el texto es abierto y posibilita la inferencia de los derechos implícitos o de aquellos que se hayan en la zona de penumbra, motivo por el cual la tarea interpretativa consiste en explorar cuales son los derecho implícitos en la Carta de la OEA, sin que para ello se apele a lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Así, por ejemplo, del artículo 45 de la Carta¹¹⁴ se puede inferir el reconocimiento de Derechos laborales básicos como: el derecho a condiciones dignas y justas en

¹¹² El Principio Pro Homine, en el derecho internacional se entiende como: “*un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria... En consecuencia, el Principio Pro Homine debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana.*”. COTO Luis, “Los Principios Jurídicos en la Convención Americana De Derechos Humanos y su Aplicación en los Casos Peruanos” Documento HTML, (<http://principios-juridicos.tripod.com/>)

¹¹³Ibíd. p. 40.

¹¹⁴ El artículo 45 de la Carta de la OEA prescribe: *Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:*

- a) *Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;*
- b) *El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico*

el trabajo, el derecho a un salario justo, de la misma forma el derecho a la huelga y el derecho a la libertad sindical que incluye el derecho a formar sindicatos, el reconocimiento de su personería jurídica, el derecho a la negociación colectiva de trabajadores y empleadores, de lo anterior es posible por ejemplo que el Derecho a la Huelga por estar comprendido en el artículo 26 de la Convención pueda ser objeto de petición individual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esto es importante por cuanto este derecho no sería justiciable por medio del Protocolo de San Salvador pero si lo sería por vía del artículo 26 de la Convención.

Igualmente realizando el mismo ejercicio de interpretación del artículo 46 de la Carta,¹¹⁵ en concordancia con los literales a, b y h del artículo 45, se puede inferir la existencia del derecho a la Seguridad Social o el Derecho a la Educación de la lectura del artículo 49,¹¹⁶ entre otros.

decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

d) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad;

e) El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad;

f) La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad;

g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

i) Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos.

¹¹⁵ El artículo 46 de la Carta de la OEA prescribe: “Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad”.

¹¹⁶ El artículo 49 de la Carta de la OEA prescribe: *Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases:*

A la luz de lo anterior, es claro que las alternativas que muestran la posibilidad de acudir a los instrumentos proporcionados por los órganos internacionales y los implementados por los ordenamientos jurídicos nacionales en procura del respeto, la protección, la garantía y la promoción de los DESC, se han construido de acuerdo a la interpretación que sobre los mismos tanto a nivel nacional como internacional se ha hecho.

No obstante, el principio de progresividad y junto con él la prohibición de regresividad, en cabeza del Estado, han sido interpretados por distintas corrientes doctrinales, las que los han considerado como una vía de entrada de inestimable valor para potencializar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y otras que por el contrario les han restado eficacia concibiéndolos como simples criterios de orientación política de los Estados, en razón de lo anterior se abordará la discusión en el siguiente acápite en el cual se intentará una aproximación al concepto del principio de progresividad en perspectiva de los DESC.

1.1.3 Aproximación al concepto del principio de progresividad en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

1.1.3.1 El concepto de principio. El termino "*Principio*" ha sido definido y abordado por diversos tratadistas del Derecho, a fin de darle una estructura específica que permita establecer el alcance que encierra dicho concepto, sus posibles efectos y su implicación dentro de un determinado ordenamiento jurídico vigente.

De acuerdo a lo anterior, para fundamentar la conceptualización de lo que se entiende por *Principio* en estricto sentido es importante traer a colación la discusión jurídica entre Hart y Dworkin, en cuanto al planteamiento de la diferenciación entre las reglas y los principios como tales, vista desde la óptica de los precedentes jurisprudenciales.

Es así como Dworkin atacando el positivismo de Hart, para el cual el derecho solo esta compuesto por reglas, sostiene que cuando el juez resuelve problemas jurídicos, en su argumentación utiliza una clase de normas que difieren sustancialmente de las reglas, normas que las denomina como Principios y

a) *La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita;*

b) *La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y*

c) *La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes.*

directrices políticas,¹¹⁷ así, mientras los principios operan en el campo de la argumentación o justificación y ofrecen una “Dimensión de Peso e Importancia”,¹¹⁸ las reglas por el contrario se aplican en el campo del “todo o nada”, es decir se aplican o no dependiendo de su correspondencia con los hechos fácticos que regulan.

En este sentido, para Dworkin, los principios frente a un caso concreto que necesita ser regulado, pueden ser aplicados o no dependiendo de los criterios de razonabilidad del interprete, de esta forma si decide aplicar otro principio en su lugar esto no implica la desaparición del principio que inaplicó, lo que ocurre simplemente es que éste superado por otro principio de mayor equivalencia,¹¹⁹ de ahí la tendencia a considerar los principios jurídicos como principios moralmente buenos y justos acordes con un Derecho básicamente justo.

Igualmente, afirma que al considerar los principios jurídicos como parte de la teoría del Derecho, Hart debe abandonar los criterios suministrados por la regla de reconocimiento, así como el criterio de discrecionalidad predicado a favor de los jueces en los eventos de *casos difíciles*.¹²⁰ En relación con el concepto de discrecionalidad de los jueces frente al evento de *casos difíciles*, que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, Dworkin sostiene que las partes en el proceso tienen el Derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente y en este evento, el juez debe recurrir a la aplicación de los principios jurídicos, los que a pesar de no funcionar igual que las reglas, serían de carácter obligatorio, prohibiéndole en consecuencia al juez aplicar su criterio personal o crear Derecho.

Por el contrario, Hart en contraposición a los argumentos esgrimidos por Dworkin, estima que la interpretación por él realizada sobre su concepción y en general la del el positivismo jurídico yerra en varios aspectos, en lo concerniente a la diferenciación entre las reglas y principios, sostiene que Dworkin no tiene en cuenta que la concepción suya y en general la del positivismo jurídico no niegan en el fondo que el Derecho está integrado, además de por reglas, por pautas del

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4ª reimpresión. Traducción de Marta Gustavino. Editorial Planeta- Agostini. Barcelona, 1999. 72 p. El autor diferencia la directriz política de los principios afirmando que la primera hace alusión a “un tipo de estándar que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado” mientras un principio responde “a un estándar que a de ser observado no porque favorezca u asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 77.

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 120 y 121, Conforme lo señala el autor: “Los principios jurídicos, difieren de las reglas porque tienen una dimensión de “peso” pero no de validez, y es por esta razón que, al entrar en conflicto con otro principio de mayor peso, un principio puede ser descartado y dejar de determinar una decisión”.

¹²⁰ RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. p. 190. Dworkin afirma que la regla de reconocimiento no permite identificar los principios, por tanto debe ser desechada como herramienta para la determinación de los principios jurídicos.

tipo de las que Dworkin denomina principios, así lo sostiene Hart cuando afirma: “*la aceptación de principios como parte del Derecho es consistente con la doctrina de una regla de reconocimiento*”.¹²¹

En este sentido, el positivismo jurídico no es incompatible con el uso de «*principios*», pues la noción de «*regla*» utilizada por Hart tiene un sentido mucho más amplio que el que Dworkin le atribuye. De entrada Hart reconoce en su teoría que las reglas, incluso las que regulan conductas específicas, poseen una textura abierta o vaguedad en su significado, por ello las reglas tienen excepciones que no pueden ser exhaustivamente especificadas,¹²² existen pues reglas que no siempre se pueden aplicar como “*todo o nada*”, y reglas frente a las cuales la “*dimensión de peso*” predicada por Dworkin es perfectamente adjudicable.

En efecto, a pesar de las discrepancias interpretativas del concepto Principio entre los autores anteriormente mencionados, lo cierto es que tanto Dworkin como Hart reconocen la existencia de los Principios dentro de la labor interpretativa y argumentativa realizada por los operadores jurídicos frente a los diferentes sucesos o hechos sociales.

Por su parte, en el mundo germánico, Robert Alexy, propone y sustenta una teoría que no se preocupa tanto por la cuestión de si los principios forman parte o no del sistema jurídico sino el para qué y cómo funcionan los mismos, es así como la tesis de argumentación expuesta por Alexy en torno a la diferenciación entre reglas y principios, parte de la consideración de reconocer un tipo de argumentación del Derecho diferente, en el cual, determinadas normas admiten más que otras el desarrollo de cierta clase de argumentación aun reconociendo que no puede trazarse una frontera rigurosa entre reglas y principios, al respecto afirma: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos*”.¹²³

En tanto *mandatos de optimización*, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que los principios pueden ser satisfechos en grados diferentes y ello dependerá no sólo de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas, las cuales están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.¹²⁴

¹²¹ *Ibíd.* p. 127.

¹²² GIL Jiménez, William. “*Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico colombiano*”, Trabajo de Grado, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Programa de Maestría en Derecho, Bogotá D.C, 2004, 281 p.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. 610 p.

¹²⁴ *Ibíd.* p. 86

En cambio, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no, si una regla es válida se hará lo que ella exige, por lo tanto contienen determinaciones en el ámbito de lo jurídicamente posible, lo que significa que la diferencia entre las reglas y los principios es cualitativa y no de grado, y en este sentido toda norma es bien una regla o un principio.¹²⁵

En razón de lo anterior, entre las normas¹²⁶ pueden surgir contradicciones, en el caso de los principios se habla de la colisión de principios y en el caso de las reglas, de conflictos de reglas.

Ahora bien, en el caso de un conflicto entre reglas este puede ser resuelto o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando la invalidez de una de las ellas, no sucediendo lo propio en el caso de la colisión de principios donde uno de los principios debe ceder ante el otro y no porque haya operado alguna cláusula de excepción o se haya declarado la invalidez del principio desplazado, simplemente responde al postulado según el cual bajo determinadas circunstancias uno de los principios debe preceder al otro.¹²⁷

Es decir, conforme lo sostiene Alexy: *“Los conflictos de reglas se llevan a cabo en una dimensión de la validez, la colisión de principios- como solo se puede entran en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”*.¹²⁸

Es más, como los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a derechos colectivos, el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, de acuerdo a esto, las tres máximas parciales de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido se deducen del carácter de principio.¹²⁹

Siguiendo los postulados de Alexy, el doctrinante colombiano Bernal Pulido,¹³⁰ al respecto sostiene que los principios son normas, pero no dotadas de una

¹²⁵ *Ibíd.* p. 87.

¹²⁶ Conforme lo sostiene ALEXY, las reglas y los principios se resumen bajo el concepto de norma, en razón a que ambos dicen lo que debe ser, ambos pueden ser formulados con mandatos, permisiones o prohibiciones, aun y cuando sean razones de un tipo muy diferente, por tanto la distinción entre reglas y principios no es más que la distinción entre dos tipos de normas. p. 83.

¹²⁷ SOBRERILLA, David. *El modelo de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*, En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, España, No. 4, abril de 1996. p. 1 a 17, Adobe 6.0 (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01474063322636384254480/index.htm>).

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 90. Según Alexy la ponderación de los intereses opuestos de lo que trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee un mayor peso en el caso concreto.

¹²⁹ *Ibíd.* p. 111-112

¹³⁰ BERNAL Pulido, Carlos. *El derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, 2005, 417 p.

estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados, elementos estos que las conforman según Hans Kelsen, sino más bien son “*mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario*”,¹³¹ señala que los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que hay en el ordenamiento jurídico, pues aunque la Corte Constitucional colombiana en sus primeras sentencias reconoció que los derechos fundamentales eran normas, no se puede afirmar de ello que estas posean la estructura condicional hipotética de las reglas, en este sentido estas normas por su redacción abstracta, tendrían la estructura de los principios.¹³²

Ahora bien, para el autor, la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos o entre los principios y las razones que jueguen en sentido contrario, si consideramos que los principios, conforme Dworkin, están dotados de un peso en cada caso concreto, ponderar consistiría en determinar cual es el peso específico de los principios que entran en colisión para finalmente fijar cual de ellos es el que brinda la mejor solución jurídica al caso concreto.¹³³

La jurisprudencia colombiana, ha determinado que en el caso de la colisión entre principios se debe dar aplicación al principio de la proporcionalidad compuesto a su vez de tres subprincipios: la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad en estricto sentido.¹³⁴

En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales tal como lo señala Alexy, tales derechos cobrarían la forma de reglas o principios de acuerdo a su nivel de protección judicial, así en los casos de mayor protección los derechos sociales gozarían de amparo constitucional, presentando la forma de derechos subjetivos, de reglas y de cobertura plena, en contraposición, los derechos sociales carentes de protección constitucional, comportarían la

¹³¹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Citado por: BERNAL Pulido Carlos, *Ibíd.* p. 26.

¹³² BERNAL Pulido, Carlos. *Op. Cit.* p. 96.

¹³³ *Ibíd.* p. 97.

¹³⁴ Por ejemplo la Corte Constitucional en Sentencia C- 309 de 1997 sostuvo: “Esta Corporación recurrirá al llamado juicio de proporcionalidad, el cual ha sido ampliamente utilizado en anteriores ocasiones con el fin de determinar si un trato diferente o una restricción de un derecho se ajustan a la Carta. Según tal juicio, cuando diversos principios constitucionales entran en colisión, corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son “adecuados” para lograr el fin perseguido, segundo si son “necesarios”, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son “proporcionados stricto sensu”, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.”

expresión de deberes objetivos del Estado, bajo la estructura de los principios y apuntando a establecer mínimos niveles de bienestar.¹³⁵

1.1.3.2 El principio de progresividad y los derechos económicos, sociales y culturales. De conformidad con las teorías conceptualizadoras de la noción de *Principio*, el principio de progresividad de los DESC funcionaría como un mandato de optimización que debe ser realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, llevando consigo la dimensión de peso e importancia, que en determinado caso puede ser sometida a las reglas de la ponderación conforme a las cuales en caso de entrar en conflicto con otro principio, deberá eventualmente el principio de progresividad ceder ante el otro y viceversa.

Ahora bien, dado que el principio de progresividad es un mandato destinado a la realización de los DESC, su estructura se integraría por dos elementos: el deber de la gradualidad en la implementación de estos derechos por un lado y la obligación de no reversibilidad en la actuación del Estado por el otro.

El principio en mención, tal como se ha expuesto, lo señala expresamente el Artículo 2.1 del PIDESC, no obstante, este ha presentado problemas mayores de interpretación, así “lograr progresivamente” enuncia la dinámica y el sentido que deben guiar las obligaciones asumidas por los Estados, esto es de avance, hacia el logro de la plena efectividad de los DESC, “*Lograr es alcanzar, progresivamente significa con progresión y progresión denota la acción de avanzar, luego lograr progresivamente dice, en el contexto indicado, acción y sentido de esta*”.¹³⁶

Esto significa que, el principio, se convierte en una obligación estatal de progreso en relación a los DESC, es decir, en la obligación de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC, involucrando simultáneamente el deber de acatar la prohibición de adoptar medidas y por ende de sancionar normas jurídicas que empeoren o desmejoren la situación de los DESC, es decir, aquella en la que se encontraban al momento de la adopción del tratado internacional o de cada mejora progresiva.¹³⁷

¹³⁵ DE ROUX, Carlos Vicente y RAMÍREZ, Juan Carlos. *Derechos Económicos Sociales y Culturales, Política Pública y Justiciabilidad*, Bogotá: Serie de Estudios y Perspectivas de la Oficina de la CEPAL, Bogotá, Noviembre de 2004, 53 p.

¹³⁶ GIALDINO, Rolando E. *Derechos Humanos y Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Equipo Federal del Trabajo, Año II, Revista N° 18. 2006. p. 3-50. p. 19 Disponible en: (www.eft.org.ar.)

¹³⁷ ROSSI Julieta y ABRAMOVICH Víctor. Op. Cit. p. 42. Al respecto, sostienen los autores, que ello obedece a las consideraciones que ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Comisión Interamericana, estableciendo que la obligación de desarrollo progresivo de dichos derechos, exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo y que el carácter progresivo de las obligaciones estatales en relación a los DESC implica para los Estados, con efecto inmediato, la obligación de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Nota al pie No.19: “*Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia pueda diferir indefinidamente, los esfuerzos desplegados para su completa realización*” (Comité de DESC de las

Ahora, si bien las expresiones principio de progresividad y prohibición de regresividad, se han usado de forma indistinta por parte de los juristas colombianos, lo cierto es que tal vínculo se ha explicado al considerar que, la prohibición de retroceso deviene inexorablemente del principio de progresividad, haciendo que tales preceptos funcionen de forma conjunta y paralela, inclusive autores como Rolando Gialdino, considera a la prohibición de regresividad como un tipo de progresividad llamada *progresividad unidireccional* y a la progresividad en sentido estricto como *progresividad dinámica*.¹³⁸

En este sentido, señala que el hecho de que la efectividad de los derechos enunciado en el PIDESC deba alcanzarse de forma progresiva no implica que se prive a la obligación de todo sentido significativo, la progresividad debe entenderse a la luz del objetivo general del PIDESC cual es el logro de la plena efectividad de los derechos de que trata, lo que convierte a la citada obligación en una acción y deber “concreto, constante, permanente, continuo”,¹³⁹ por este motivo la progresividad adquiere un sentido dinámico, pues esta llamada a producir un movimiento constante.

En la jurisprudencia colombiana, tales consideraciones se traducen, en principio en definir que si bien la progresividad se predica del goce efectivo del derecho exigiendo en consecuencia el deber de adoptar decisiones “sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean carentes de toda vocación de ser realizadas”,¹⁴⁰ también involucra al mismo tiempo tener en cuenta que : “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.¹⁴¹

La progresividad unidireccional de que trata GIALDINO, o prohibición de regresividad, ha sido advertida por el propio Comité de DESC en cuanto señala

Naciones Unidas, Observatorio General Nro. 3 adoptada en el quinto periodo de sesiones 1990.E/1991/23 *Principios de Limburgo, human rights*, Vol. 9, No.2, 1987, p. 121) .

¹³⁸ *Ibíd.* p. 21. Sostiene el Autor que, la implementación del PIDESC, debía ser perseguida “sin suspiro” y que la realización de los derechos debía ser alcanzada “lo más rápidamente posible” así que, el remplazo de la expresión por Etapas (by Stages), por “progresivamente” tuvo como objeto el de dar al Art 2.1 del PIDESC el significado anteriormente señalado.

¹³⁹ *Ibíd.* p. 22. Cita al respecto: Observación General 3, pár.9, Observación General 14 Pár. 31, Observación General 13 Pár. 44 y Observación General 18 Pár. 20 y señala: “También lo hacen los principios de Limburgo así como las Pautas de Maastricht a la par que estas agregan: la realización progresiva no puede ser invocada por el Estado como pretexto para no cumplir con el PIDESC”

¹⁴⁰ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 9. Cita: Sentencia T-595 de 2002.

¹⁴¹ Sentencia T-426 de 1992, C-251 de 1997, SU-625 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000.

que todas las medidas de carácter retroactivo requerirán la consideración mas cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.¹⁴²

De acuerdo a lo anterior, conforme lo considero el tribunal constitucional de Portugal, desde el momento en que un Estado cumple total o parcialmente las tareas constitucionalmente impuestas en orden a la realización de un derecho social, el respeto al mismo deja de consistir en una obligación positiva para transformarse en una obligación negativa, la de abstenerse de atentar contra la implementación dada al derecho social.¹⁴³

El retroceso en este sentido no solo se circunscribe en materia legislativa sino también al desarrollo fáctico por parte de los Estados, no obstante, la jurisprudencia colombiana a señalado: *“Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.”*¹⁴⁴

Es así como basándose en los criterios de razonabilidad, el principio de proporcionalidad y la evaluación sistemática e integral, entre otros, la Corte Constitucional ha establecido una serie de requisitos justificantes de medidas regresivas de DESC, como podrá observarse más adelante en referencia a los derechos laborales, solucionando de esta forma la colisión de principios que suelen presentarse en casos concretos.

Así las cosas, siendo el principio de progresividad en materia de DESC, un mandato gradual de implementación de estos derechos, lo cierto es que se requiere de la evaluación de las acciones estatales y de los resultados obtenidos a lo largo del tiempo, para poder afirmar si la situación específica de un DESC ha avanzado o si por el contrario se ha visto estancada o ha retrocedido.¹⁴⁵ Labor esta que puede ser realizada no solo a través de los mecanismos de protección internacional establecidos o recomendados¹⁴⁶ sino también mediante el

¹⁴² Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General No. 3 relativa a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 9).

¹⁴³ GIALDINO, Rolando E. Op. Cit. p. 24.

¹⁴⁴ Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁴⁵ COURTIS, Christian. Op. Cit. p. 12.

¹⁴⁶ *Ibíd.* p. 13-14. En este aspecto, se ha propuesto acoger, las directrices desarrolladas por el Comité de DESC y el Comité del Niño, para la elaboración de Informes Estatales en los cuales se busca plasmar la

seguimiento del control constitucional que ejerce la Corte Constitucional con la aclaración , de que este no suele circunscribirse en profundidad en materias referentes a la implementación o no de políticas públicas o medidas de carácter macroeconómico, asuntos que como bien lo ha afirmado corresponden al amplio margen de configuración legislativa, sino más bien en cuanto a la protección de los derechos sociales fundamentales en el caso concreto frente a medidas que en ocasiones pueden resultar ajustadas a la ley o ser fundamentadas en razones válidas a la luz del ordenamiento jurídico, pero que, alcanzan eventualmente a ser violatorias del principio de progresividad o de no retroceso. Las interpretaciones dadas por jurisprudencia constitucional al respecto acogen y desarrollan los llamados juicios de razonabilidad, igualdad y proporcionalidad a efectos de aplicar la ponderación entre principios en conflicto.

No obstante lo anterior, otro sector doctrinal defiende la idea de la necesidad que reviste la implementación de los “Indicadores”, como un instrumento para medir los progresos y la aplicación por parte de los Estados de los DESC, aunque el campo de su investigación y desarrollo resulte todavía incompleto e imperfecto.¹⁴⁷

Se afirma que si los indicadores¹⁴⁸ se utilizan de forma precisa, podrían contribuir a la progresiva realización de estos derechos, como un medio para evaluar los progresos y revelar las dificultades de aplicación que han tenido los mismos, colaborando así en la elaboración de un punto de partida y desarrollo del contenido básico de estos derechos, evaluar el goce efectivo de los mismos y establecer comparaciones entre países en cuanto a los progresos alcanzados.¹⁴⁹

La necesidad de la implementación de estos indicadores obedece en primer lugar a que de ello depende en gran medida que se pueda observar con más claridad la progresividad en el cumplimiento de los Estados del ejercicio y goce de los derechos sociales , de los derechos humanos, e incluso de los llamados Objetivos

situación real de un derecho, lo que permitiría una forma de monitoreo interno permanente, un mecanismo de seguimiento de políticas públicas y de alarma en aquellos supuestos en que las mismas resulten regresivas., Lo anterior, resultaría estrechamente relacionado con los principios de publicidad de la actividad gubernamental, el acceso a la información pública, la garantía institucional del Presupuesto y la participación ciudadana la cual, en gran medida podría realizar un seguimiento presupuestario de ciertos derechos a través de la elaboración de los llamados contrainformes para los comités del sistema universal de derechos humanos.

¹⁴⁷ BARAHONA Riera, Rocío. Op. Cit. p. 8.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 8. La autora define los indicadores como: “*Los datos estadísticos mediante los cuales se trata de indicar o determinar generalmente una cuantificación numérica de las circunstancias que prevalecen en un lugar y en un momento determinado*”.

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 8. Señala que: La dificultad que reviste la implementación de indicadores sociales y económicos, radica en que su carácter general puede impedir que una situación particular de derechos humanos no sea debidamente evaluada, además de la carencia de estadísticas disponibles y factibles, fuentes de información incompletas, uso de criterios y metodologías inadecuadas o incompatibles para seleccionar indicadores, la necesidad de que existan datos disponibles y confiables así como la consideración de que los recursos de los Estados y sus diversos grados de desarrollo y de capacidad institucional cuentan a la hora de evaluar la voluntad de los Estados de cumplir con sus obligaciones.

del Milenio,¹⁵⁰ pues permiten evaluar periódicamente los progresos en los objetivos o metas, permitiendo a los Órganos de Tratados contar con mayor información a la hora de evaluar los informes que alleguen los Estados y comprobar efectivamente el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos.¹⁵¹

1.2 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente acápite haremos referencia a los desarrollos teóricos constitucionales que con respecto al principio de progresividad han hecho países europeos como España y a nivel latinoamericano con Argentina y Chile, para luego comparar tales consideraciones con el concepto de progresividad en Colombia, lo anterior a fin de exponer e ilustrar el posible avance o retroceso que con relación a la conceptualización del mencionado Principio ha realizado nuestro país.

En principio, tal estudio se realizaría teniendo en cuenta países europeos tales como Francia y Alemania, pero en virtud al escaso material bibliográfico, el análisis se centrará sobre los países anteriormente mencionados, así, para llevar a cabo esta tarea se implementará el método de comparación propuesto por Giovanni Sartori.¹⁵²

1.2.1 España. El constitucionalismo español, basados en la lectura de los postulados establecidos por la propia Constitución Española vigente, reconoce la incorporación de los tratados internacionales dentro del orden jurídico interno,

¹⁵⁰ En el año 2000, Colombia junto con otros 188 países firmaron la Declaración del Milenio, por la cual se consagraron ocho objetivos de desarrollo comunes a largo plazo para ser cumplidos en el 2015: 1. Erradicar la Pobreza extrema y el Hambre; 2 Lograr la educación básica universal.; 3 Promover la equidad de genero y la autonomía de la mujer.; 4 Reducir la mortalidad infantil.; 5 Mejorar la Salud sexual y reproductiva.; 6 Combatir el VIH/SIDA, la malaria y el dengue ;7 Garantizar la sostenibilidad ambiental ; 8 Fomentar un asociación mundial para el desarrollo. Ver en:<http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Programas/Educaci%C3%B3nyculturasaludempleoypobreza/Pol%C3%ADticasSocialesTransversales/ObjetivosdeDesarrollodelMilenio/tabid/340/Default.aspx>.

¹⁵¹ BARAHONA Riera, Rocío. Op. Cit. p. 15.

¹⁵² Giovanni Sartori, es un prestigioso investigador en el campo de la ciencia política, especializado en el estudio de la política comparada. “Giovanni Sartori menciona que comparar es “confrontar una cosa con otra”, Surge entonces la cuestión de ¿qué cosas son comparables? Siguiendo a Sartori, afirma que las comparaciones que interesan “poseen atributos en parte compartidos y en parte no compartidos”. Una vez establecidas las características de las cosas a comparar, se adopta una estrategia comparativa: la búsqueda de similitudes o diferencias entre sí, en otras palabras, es necesario construir variables comparativas que el sean capaces de viajar, es decir, que sean aplicables a más de un país o cultura, y permitan el uso de indicadores similares en las unidades macrosociales escogidas.” RIVAS Mira Fernando Alfonso, GARCIANAVA Requena Dora del Refugio, *El método del análisis comparativo y su aplicación en los casos de la actividad de México y Nueva Zelanda 2000-2003*”, Universidad de Colima, México, 2004 p. 19, Adobe 6.0, Disponible en: http://www.sectur.gob.mx/work/sites/sectur/resources/LocalContent/13579/1/UCOL_FRivas_Garcianava.pdf

aunque el concepto del llamado bloque de constitucionalidad, de origen francés aún se preste para diversos sentidos e interpretaciones.¹⁵³

Sin embargo, los derechos consagrados constitucionalmente, se dividen en dos grupos: los derechos fundamentales y de las libertades públicas (Título I, Capítulo II) y los llamados principios rectores de la política social y económica (Título I, capítulo III), los cuales deben ser desarrollados por el legislador de acuerdo a las posibilidades y recursos disponibles del Estado.

De esta tarea, en gran medida se deriva la posibilidad de su justiciabilidad interna, pues no gozan, como los derechos fundamentales, de una tutela constitucional cual es el Recurso de Amparo, conforme lo estipula el artículo 53 de la Carta.¹⁵⁴

En cuanto a el concepto de progresividad y su consiguiente prohibición de no regresividad de los derechos sociales, la doctrinante española Martha León Alonso;¹⁵⁵ citando al autor español López Guerra;¹⁵⁶ expone la tesis del autor, en cuanto considera que los niveles de protección reconocidos a determinados sectores sociales, por medio de las instituciones como la seguridad social, la legislación laboral entre otras, son pasos hacia una meta futura y he de ahí la razón del porque estos solo podrían ser modificados en sentido favorable a los afectados, por tanto, según el autor, la Constitución española se pronuncia a favor de la irreversibilidad de las medidas de progreso social.

En el mismo sentido, expone la autora, se pronuncia el doctrinante español Parejo Alfonso,¹⁵⁷ pero señala que no es suficiente que basados en el principio jurídico del Estado Social de Derecho, el cual crea una serie de obligaciones dirigidas a los poderes públicos para asegurar la eficacia de los valores constitucionalizados, el Tribunal Constitucional pueda rechazar una medida legislativa o de cualquier otro poder público que no cumpla con el deber de configuración social, pues de ninguna forma ello brinda el insumo suficiente para valora el cumplimiento del principio del Estado Social y menos aún deducir de este derechos del ciudadano directamente destinados a su cumplimiento efectivo.

¹⁵³ DE LA VEGA De Cabo, Antonio. *Nota sobre el Bloque de Constitucionalidad*, Universidad Complutense de Madrid, España, Adobe 6.0, 7 p. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552692&orden=0.

¹⁵⁴ En efecto el Artículo 53 inciso 3 dispone: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*”

¹⁵⁵ ALONSO León, Martha. Op. Cit. p. 21.

¹⁵⁶ LÓPEZ Guerra, “*Régimen Constitucional Español, Labor, Barcelona, 1983, Vol. I, pág.348*”. Citado por: León Martha. *Ibíd.* p. 22.

¹⁵⁷ PAREJO, Alfonso. “*Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Civitas, Madrid 1983, p. 84 y ss.*” Citado por Martha León Alonso *Ibíd.* p. 23

Expone que el hecho de que la Constitución no establezca un modelo de economía definido, no implica que la misma sea incapaz de establecerlos, sino que responde más bien a la necesidad de adaptabilidad del modelo a las necesidades sociales a fin de garantizar siempre la igualdad real y efectiva a los ciudadanos que sería lo propio de un Estado social.

Pese a lo anterior, continúa señalando que aunque el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad para configurar el Estado Social, los principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española resultaban ser criterios vinculantes en cuanto a su efecto directo en el deber del Estado de hacerlos efectivos y en la necesidad de adecuar las normas y actos de los poderes públicos a los mandatos constitucionales.

Ahora bien, en lo que respecta a la llamada prohibición de regresividad, considerada como un apéndice del principio de progresividad, tenemos que tal concepto en el derecho español, según la consideración doctrinal, ha sido plenamente reconocido en cuanto se afirma que cualquier medida que pretendiese reducir o suprimir los derechos sociales sería inconstitucional por colisionar con aquellas directivas definitorias de los fines del Estado, conforme los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y Capítulo III de la Constitución española.

En el mismo sentido, expone que la escasa jurisprudencia española ha señalado, refiriéndose al tema laboral, que *“no puede privarse al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”*.¹⁵⁸

La irreversibilidad legislativa de los derechos sociales, en el sistema constitucional español, vulneraría según la doctrina, el valor del pluralismo jurídico que se deriva del principio democrático constitucional español, si se tiene en cuenta que la relación entre la ley y la Constitución no es una relación de ejecución sino de desarrollo y en este sentido es la ley la que concretiza el orden constitucional de acuerdo a los recursos económicos y financieros disponibles.¹⁵⁹

Esta concepción, sin embargo muestra que los derechos contenidos en el Capítulo III Título I (C.E) no gozan de la misma contextura y consistencia, es el caso de las garantías institucionales que limitan el poder transformador legislativo y que van más allá de los principios, como por ejemplo el derecho prestacional a la Asistencia Sanitaria (Seguridad Social), derecho que a pesar de ostentar un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a su organización, posee una serie de límites tanto en la estructuración del sistema como en las prestaciones,

¹⁵⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre, F.J.3º, Citado por Martha León Alonso. *Ibíd.* p. 24.

¹⁵⁹ ALONSO León, Martha. *Op. Cit.* p. 23. , Señala al respecto que el orden constitucional esta precedido por la dignidad de la persona en una dimensión integral, en la que necesariamente se involucran el valor de la solidaridad, los bienes y fines constitucionales relacionados en el Capítulo III Título 1 de la Constitución Española. (*De los principios rectores de la política social y económica*).

respondiendo al objetivo del Estado de establecer el contenido prestacional mínimo protegido por la Constitución.¹⁶⁰

De lo anterior se entiende que los derechos sociales deben ser garantizados en su contenido mínimo pero pueden eventualmente ser sometidos a restricciones, no obstante tales medidas de restricción deben obedecer al principio de proporcionalidad y los subprincipios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido*,¹⁶¹ siendo estos los criterios los llamados a determinar el contenido de estos derechos y su posible vulneración por parte del Estado.

1.2.2 Chile. La Constitución Política chilena, erigiendo al Estado Chileno, como un Estado Social de Derecho, dispone de un catálogo de derechos fundamentales amplio, incorporándose en ella derechos de todas las categorías en un solo Capítulo, el tercero (III), así, dentro del articulado se encuentran derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, sean estos de defensa, prestación, de libertad o complejos.¹⁶²

En razón de lo anterior se estima que todos los derechos así consagrados tienen el carácter de fundamental,¹⁶³ pues la Constitución no establece distinciones jurídicas en torno a la posición y el valor de los derechos sociales y el resto de derechos consagrados. Por tal motivo la consideración de derechos sociales fundamentales se funda y desarrollan constitucionalmente bajo la lógica de un estatuto homogéneo.¹⁶⁴

Pese a lo anterior el artículo 20 de la Constitución chilena,¹⁶⁵ dispone la tutela reforzada para algunos derechos fundamentales, siendo este la única distinción

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 24.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 24.

¹⁶² JORDÁN Díaz, Tomás Pablo. *La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena. Estudios constitucionales* [en línea] 2007, 5 (002):[fecha de consulta: 09 de agosto de 2008] Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82050209>>.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 4. El autor expone que el Art. 19 de la Constitución chilena, donde se encuentran incorporados estos derechos, establece el núcleo central de los derechos fundamentales, toda vez que el enunciado dispone “*La Constitución asegura a todas las personas*”, situando el análisis constitucional desde una visión iusnaturalista, otorgándoles un carácter de derechos reconocidos debido a su existencia anterior y superior al ordenamiento jurídico positivo.

¹⁶⁴ *Ibíd.* p. 3.

¹⁶⁵ Dispone: “**Artículo 20.-** *El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el Artículo 19, Números 1, 2, 3 Inciso cuarto, 4, 5, 6, 9 Inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el Inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del*

constitucional en el tratamiento de estos derechos, así por ejemplo son dos las vías de protección de los derechos que consagra: el recurso de protección que ampara en su mayoría derechos fundamentales de libertad y el recurso de amparo o Habeas Corpus que protegen la libertad personal.

Se esgrime al respecto que la discriminación en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales responde al elemento económico, eje transversal en la concesión de la tutela de los derechos en países como España, donde la racionalidad política interviene en la configuración jurídica de los derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, el bloque de derechos enunciados en el artículo 19 de la Constitución no es taxativo, pues dentro del ordenamiento jurídico también hacen parte otros derechos fundamentales ubicados en otros artículos y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, tal como lo dispone el artículo 5 constitucional.¹⁶⁶

Ahora bien, los derechos fundamentales reconocidos no son absolutos pues dependen de su desarrollo legislativo, siendo esta la primera restricción a estos derechos, no obstante tal ejercicio es limitado en cuanto no debe afectar el contenido esencial de los mismos.

Esta consagración de derechos, ha generado en la mayor parte de la doctrina chilena, la tendencia a establecer una jerarquía de derechos fundamentales a fin de establecer una distinción piramidal de principios que permitan dar solución eventualmente a la colisión de principios.¹⁶⁷

En suma, esta concepción muestra que los derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente en Chile, no ofrecen distinción entre categorías de derechos, no son taxativos, tienen limitaciones y diferenciación en cuanto a su tutela pero no en cuanto a sus contenidos sustanciales.

En lo que respecta al concepto de progresividad, en relación a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos, en Chile este se

Artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

¹⁶⁶ Dispone: “**Artículo 5, (inciso 2):** El ejercicio de la Soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

¹⁶⁷ JORDÁN Díaz, Tomás Pablo. Op. Cit. p. 4 a 18. Al respecto el autor sostiene que tal concepción es errada, en cuanto la Constitución chilena no fija expresamente en el articulado, el criterio por medio del cual se de primacía o preferencia a determinados derechos, ni tampoco norma alguna que establezca tal diferenciación piramidal de los derechos reconocidos, motivo por el cual, se debe utilizar la tendencia constitucional predominante en los tribunales constitucionales de países como Alemania y España, denominada Teoría Multifuncional que se basa en el trabajo de ponderación de derechos fundamentales en conflicto o el colisión bajo el criterio pleno de la proporcionalidad.

encuentra reconocido como un postulado que deviene de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, entre ellos los convenios suscritos con la OIT, en materias laborales¹⁶⁸ y que conforme la Constitución chilena hacen parte del orden jurídico interno.¹⁶⁹

Así, por ejemplo, se entiende que el enfoque de derechos, si bien establece obligaciones específicas en materia social, no impone demandas más allá de lo razonable, en los que todos los derechos humanos deban realizarse en forma inmediata y simultánea. Se permite una realización progresiva o gradual a través del tiempo, y el establecimiento de prioridades entre los derechos, en el contexto de que no todos pueden asegurarse con igual vigor en un momento dado.¹⁷⁰

Esta gradualidad establece un marco temporal, es decir, se reconoce que la plena realización de los derechos puede y debe producirse en un período de tiempo. Esta dimensión temporal y el establecimiento de prioridades deben realizarse bajo ciertas condiciones.

Primero, con los recursos existentes, se deben tomar de inmediato todas las medidas para la mejor utilización de los recursos disponibles. Segundo, se deben elaborar los planes de acción para la realización de los derechos y fijar los plazos para su implementación. Tercero, estos planes deben contar con metas intermedias, para medir su avance. Cuarto, se deben establecer indicadores o puntos de referencia, nacionales, desglosados, del cumplimiento de las metas.¹⁷¹

En cuanto a la determinación de prioridades, se propende porque ésta sea participativa, no en el entendido de considerar un derecho humano como un valor superior a otro, pero sí el dar prioridad a uno por razones prácticas, estratégicas. Sin embargo, al asignar mayores recursos a la realización de un derecho, según la doctrina chilena, se debe procurar no deteriorar el resto de los derechos y

¹⁶⁸ VARGAS Calderón, Mario. *Compromisos Internacionales de Chile en materias laborales*, Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, 1999, 17 p. Disponible en: (www.dialnet.unirioja.es).

¹⁶⁹ ALCALÁ Nogueira, Humberto. *Los derechos contenidos en tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro de Control de Constitucionalidad: La sentencia. Rol. No. 786-2007, del Tribunal Constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, Segundo Semestre, Vol. 5, Nro.002, Santiago de Chile, 2007, 11 p. Al respecto sostiene que los derechos de fuente constitucional como los derechos implícitos y los derechos internacionales, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimentan recíprocamente, en un sentido de progresividad y aplicando el principio favor persona, lo que posibilita que dimensiones o atributos de los derechos considerados de la persona o derivados de su dignidad humana que se encuentran derivados de fuente internacional, sin derogar los derechos directamente constitucionales, pueden considerarse como parte de ellos si aseguran o garantizan ámbitos de tales derechos que no estaban asegurados explícitamente por la norma constitucional. Así este bloque de derechos constituyen parámetros de constitucionalidad de las normas internas infraconstitucionales". p. 6.

¹⁷⁰ DRAGO, Marcelo. *Taller sobre garantías explícitas en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe: el modelo de garantías explícitas en las políticas públicas chilenas*, Santiago de Chile, abril de 2007, 26 p.

¹⁷¹ *Ibíd.* p.7.

mantener al menos, su actual nivel de realización; es decir, dar cumplimiento al principio de *no regresión*.

1.2.3 Argentina. La Constitución Nacional en este país tiene fuerza normativa, lo que significa que es exigible y vinculante para todos, tornándose en elemento normativo fundamental. El ordenamiento jurídico está integrado “*de planos subordinantes y subordinados*”,¹⁷² es decir, al igual que en Colombia existen normas de diferente jerarquía, no obstante a jurisprudencia argentina ha reconocido la superioridad de la Constitución.

Se impone el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, a fin de hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades, “*Ello refleja de manera inequívoca la vigencia del principio de progresividad, que implica que...al deber negativo de no irrespetar, se suma el positivo de garantizar, y por ende, de ir garantizando, cada vez mejor y con más eficacia, aquellos derechos y libertades*”.¹⁷³ Atribuyéndoles de esta forma, rango constitucional a los instrumentos internacionales incorporados en el derecho interno.

Los derechos económicos, sociales y culturales se crearon dada la consideración que el Estado debe estructurar un orden económico justo como vía de acceso a las fuentes de trabajo y de producción, puesto que sin trabajo el ejercicio de la libertad sería limitado. Es así como en la Constitución Argentina de 1994 se consagra el derecho humano y fundamental al desarrollo, al progreso y al bienestar;¹⁷⁴ el artículo 14 por ejemplo, lleva implícito dicho derecho, al señalar el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita y el derecho de asociarse con fines útiles. “*Tales actividades no pueden ser concebidas sino bajo una órbita de aspiración a obtener un beneficio, un progreso económico que posibilite una mejor calidad de vida, educación, capacitación, desarrollo intelectual y cultural, confort, esparcimiento, etc. En esa aspiración no hay exclusiones*”,¹⁷⁵ otorgándole así al derecho al trabajo protección constitucional.¹⁷⁶

¹⁷² BOLESO, Héctor Hugo. *Protección internacional de los derechos humanos*, Equipo Federal del Trabajo, Año I, Revista N° 2. 2005. p. 29-42. p. 30. www.eft.org.ar/

¹⁷³ *Ibíd.* p. 33.

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 17-18

¹⁷⁵ *Ibíd.* p. 19.

¹⁷⁶ *Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.*

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o

Las normas laborales habrán de adaptarse a los modelos de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁷⁷ Sin embargo, aunque tanto constitucionalistas como laboristas *“han puesto al ser humano como última ratio de la vida en sociedad...los preceptos constitucionales que consagran el Derecho Fundamental y Humano al Desarrollo, Progreso y Bienestar, no han trascendido de su condición de normas programáticas”*.¹⁷⁸

Es preciso resaltar que el artículo 14 hace referencia a la “participación en las ganancias”, concebido como un método de remuneración que mejora el nivel salarial, no con el ánimo de sustituirlo sino de complementarlo.¹⁷⁹ Esto dio lugar a la creación de normas que beneficiaron al empleador, pero también al trabajador.¹⁸⁰

El derecho al desarrollo, progreso y bienestar se sitúa en dos direcciones, a saber, la que se concibe como Principio de Progresividad, orientada *“hacia la evolución y consolidación de aquel Derecho mediante la adeudada (sic) reglamentación legal. Ese principio sistematiza un orden de normas para dar encuadramiento jurídico a la cuestión social, que emergió en el siglo XIX y determinó el nacimiento del constitucionalismo social”* y la otra dirección *“plasmada como Principio de No Retroceso, donde el Derecho al Desarrollo, Progreso y Bienestar se dirige a impedir la antítesis: la regresividad”*,¹⁸¹ es decir, volver a situaciones pasadas.

Es así como la realización de los DESC está sometida al principio de progresividad, que hace alusión a la dinámica y el sentido que deben guiar a las obligaciones de los Estados, en búsqueda del perfeccionamiento, progreso y

provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. .

¹⁷⁷RODINO, Ernesto José. *Desarrollo y progreso en el marco del Derecho*, Equipo Federal del Trabajo, Año II, Revista N° 21. 2007. p. 15-26. p. 15. (www.eft.org.ar/pdf/.)

¹⁷⁸ *Ibíd.* p. 17

¹⁷⁹*Ibíd.* p. 20

¹⁸⁰ *Ibíd.* p. 21, *“En los ‘90 bajo el imperio del Orden Público Económico se produjo una importante regresividad en los derechos del trabajador...La Reforma Constitucional del año 1994 llegó a contramano de una política legislativa de retroceso. La convivencia de normas antagónicas se explica en la positivización de esa regresividad pretendidamente compensada con nuevas cláusulas constitucionales que consagraron nuevos derechos, pero carentes de operatividad y obligatoriedad”*.

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 21. El principio de progresividad es asumido, tal como lo señala el autor: *“como una válvula del sistema que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados. Dicho principio impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos de mayor grado de desposesión legitimada y se articula para cumplir la función protectoria, con el principio de la irrenunciabilidad de derechos del trabajador y las reglas de la norma más favorable y condición más benéfica. El principio de no retroceso descalifica toda involución en los derechos y beneficios de los trabajadores”*.

avance, para el logro de la plena efectividad de estos derechos,¹⁸² por ello se ha afirmado que *“La progresividad es dinámica, en suma, puesto que resulta una fuerza llamada a producir un movimiento, incluso constante”*.¹⁸³

Como se mencionó con anterioridad, aunado al logro de la efectividad de los derechos, se tiene que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo, deben analizarse cuidadosamente, siendo una exigencia la justificación plena con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y el aprovechamiento al máximo de los recursos disponibles.¹⁸⁴

No obstante, en Argentina han existido normas que han vulnerado el principio de progresividad,¹⁸⁵ por ejemplo en lo concerniente a la seguridad Social, el Comité de DESC categóricamente ha señalado: *“la jubilación mínima “no deberá ser cercenada ni aplazada unilateralmente, especialmente en tiempo de crisis económica”,*¹⁸⁶ en vista de lo anterior respecto a la normatividad argentina dispuso: *“la ley (argentina) 24.463 (art. 16) que le permite al Estado “reducir e incluso, llegado el caso, no pagar las pensiones invocando dificultades económicas” debe ser derogada para “garantizar el pago completo de todas las pensiones”*.¹⁸⁷

Sin embargo, a nivel jurisprudencial, en el caso *Aquino* de 2004, la Corte Suprema argentina *“consideró inconstitucional la Ley de Riesgos del Trabajo: la cual había eliminado una vía, la acción fundada en el derecho civil, por la que desde siempre el trabajador pudo reclamar un indemnización integral de los daños que le hubiese producido un accidente o enfermedad del trabajo”*.¹⁸⁸

Igualmente, uno de los logros obtenidos fue la adopción del trabajo pero decente, es decir, aquel suficiente en calidad y cantidad, la OIT utilizó por primera vez la expresión “trabajo decente” en la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, con dicho título; *“Allí aparece una primera definición: trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”*.¹⁸⁹

¹⁸² GIALDINO, Rolando E. Op. Cit. p. 29.

¹⁸³ *Ibíd.* p. 26

¹⁸⁴ *Ibíd.* p. 27

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 28. Se ha *“censurado las reformas legislativas producidas en Argentina en el campo del derecho del trabajo, que “tienden a aumentar la precariedad de la relación laboral”, como “el aumento del período de prueba”, “la generalización de los contratos de limitada duración”, y el Título III de la ley 24.467, respecto de la “concertación de convenios colectivos que cercenan las normas de trabajo lícito”. Se trata de normas que, al menos, requieren su revisión por el Estado”*

¹⁸⁶ *Ibíd.* p. 27

¹⁸⁷ *Ibíd.* p. 27

¹⁸⁸ *Ibíd.* p. 28.

¹⁸⁹ CAPÓN Filas, Rodolfo. *Progresividad de los derechos sociales*, Equipo Federal del Trabajo, Año III, Revista N° 36. 2008. p. 43-60. p. 53. Disponible en: (www.eft.org.ar).

En la ley 25.877 artículos 7º se consagra el paradigma del Trabajo Decente como orientador de las políticas de Estado. De esta forma tanto la jurisprudencia como la legislación argentina, propenden por el respeto al principio de progresividad en materia laboral, en el sentido que protegen los derechos del trabajador que se han ido conquistando en el transcurso del tiempo.¹⁹⁰

En lo que respecta a la protección constitucional de los derechos, consagra la Constitución Argentina en su artículo 43 p.12 el Recurso de Amparo,¹⁹¹ por medio del cual se protegen todos los derechos humanos fundamentales.¹⁹²

1.3 ANÁLISIS EN PERSPECTIVA DE COMPARACIÓN

1.3.1 Variables dependientes. De acuerdo a lo anteriormente planteado, podemos observar que tanto España, como Argentina y Chile, se constituyen como Estados Sociales de Derecho, brindando las garantías mínimas constitucionales típicas de esta clase de Estado,¹⁹³ pues no solo procura por el respecto a los clásicos derechos de libertad y los derechos sociales, sino que también vela por el fortalecimiento de un sistema legal, económico y político que vincule al individuo con la sociedad permitiendo su desarrollo, bajo estándares mínimos de protección y garantía.

En el mismo sentido, los países anteriormente mencionados reconocen en sus articulados constitucionales, la inclusión de la normatividad internacional contenida en tratados y convenios internacionales ratificados por los Estados al

¹⁹⁰ *Ibíd.* p. 56

¹⁹¹ Dispone el Artículo 43 p. 12.: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”

¹⁹² ALEGRE Sánchez, Adolfo. *Los mecanismos de protección de los Derechos humanos en la República de Argentina*”, Disponible en: (<http://usuarios.lycos.es/cominternacional/a009.html>.)

¹⁹³ El estado Social de Derecho trata de hacer efectivos los valores y fines del estado cuales son la libertad y la igualdad del individuo, dándoles una base y un contenido material que parte de la consideración de que el individuo y la sociedad no son elementos aislados y contradictorios sino dos términos de implicación recíproca, es un estado que se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con mínimos vitales a partir de los cuales pueda ejercer su libertad, así mismo, busca establecer las bases económicas y sociales para que el individuo desde unos mínimos garantizados pueda desenvolverse, por tal razón la procura existencial de este tipo de Estado no se agota a favor de las clases más débiles sino que se extiende a la generalidad de los ciudadanos.... El Estado Social ha convivido con la máxima *expansión del constitucionalismo*. El Estado Social, que hereda del Liberal los postulados del Estado de Derecho, los ha hecho reales y efectivos, en la misma medida en que se ha dotado de principios democráticos y los ha respetado e impulsado.” Documento disponible en: (<http://estadosocial.estoyenred.es/3.html>)

ordenamiento jurídico interno, aunque lo que varía es el rango de jerarquía que tales normas poseen dentro de cada Estado.¹⁹⁴

Tanto España como Chile y Argentina, doctrinaria, jurisprudencial y constitucionalmente reconocen que si bien los derechos económicos, sociales y culturales son fines del Estado que necesitan ser realizados, en gran medida la garantía de estos derechos depende en primer lugar del nivel de desarrollo que sobre los mismos realice el cuerpo legislativo y en segundo lugar del nivel económico que posean los Estados, debido a la naturaleza prestacional que poseen la mayoría de estos derechos, así como de la implementación de políticas públicas tendientes a su realización fáctica.

En cuanto hace relación al principio de progresividad, los Estados mencionados, reconocen el desarrollo progresivo que tienen los derechos económicos, sociales y culturales, conforme los postulados internacionales y aunque sujetan el concepto a preceptos económicos o de desarrollo legislativo de los derechos, no dejan de lado la necesidad que abarca la implementación efectiva de los mismos.

El derecho al trabajo y demás garantías laborales, se reconocen en todos los países bajo estudio, como un derecho social de gran envergadura que no solo responde a estándares de productividad sino también y en mayor medida a estándares de vida digna, pues se entiende que el trabajo no solo se tomaría como un medio de sustento, sino también como la actividad que dignifica al hombre a través de su ejercicio, a fin de contribuir al desarrollo de la comunidad y del país, en este orden de ideas los Estados se muestran de acuerdo con la llamada prohibición de regresividad en materia laboral que consiste en que las garantías laborales logradas como producto de las luchas sociales y que han sido plenamente reconocidas por un Estado, bajo ninguna circunstancia, a menos que responda al desarrollo progresivo del derecho, podrán ser desmejoradas o restringidas.

1.3.2 Variables independientes. Ahora bien, aunque España, Argentina y Chile reconocen en sus constituciones los derechos humanos mínimos que todo Estado debe garantizar, lo cierto es que el nivel de protección constitucional de que gozan varía en cada uno de los Estados, en efecto, a los derechos considerados fundamentales les otorgan mecanismos judiciales de pronta efectividad como el Recurso de Amparo en España y Argentina, que funciona subsidiariamente a las vías ordinarias, y el Recurso de Protección en Chile, no sucediendo lo propio entrándose de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁹⁴ Por ejemplo en Argentina, si bien los tratados internacionales hacen parte del ordenamiento jurídico del país, se sitúan en un rango inferior a la Constitución pero al mismo tiempo en uno superior a las leyes nacionales (Art. 73 inciso 22) de la Constitución Nacional de Argentina), aunque se excluyen de ello los tratados internacionales complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, a los que se le otorga rango constitucional (Art.31 inc.2).

En efecto, en estos países los llamados DESC, sufren la exclusión con respecto a los derechos de primera categoría, la Constitución Española por ejemplo, los ubica en un capítulo diferente al otorgado a los derechos fundamentales, otorgándoles por tanto distinta naturaleza jurídica, no obstante, su ubicación dentro del texto constitucional no implica la pérdida de su esencia jurídica, en efecto, en algunos Estados gozan de la categoría de fundamentales como en Chile y Argentina, sin embargo lo cierto es que la implementación de estos derechos han presentado varias dificultades en la medida en que el desarrollo progresivo de los mismos se sujetan en mayor medida al desarrollo legislativo y económico del Estado.

1.3.3 Validación de variables. En Colombia, con respecto a la consagración constitucional de los derechos del individuo y de la sociedad en general, se tiene que al igual que la Constitución española, la Constitución Nacional colombiana divide los derechos fundamentales de los económicos, sociales y culturales, consagrados en el Título II, capítulo II de la Carta.

Lo mismo hace en relación a la implementación del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales denominado Tutela¹⁹⁵, pues se excluyen a los DESC de la posibilidad de acudir a este mecanismo de manera directa y aunque a veces se ha concedido el amparo en mención, tutelando derechos sociales en estricto sentido, tales posibilidades como se miró anteriormente responden al cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos.

Sin embargo, el Estado colombiano respetuoso de la normatividad internacional y en particular la jurisprudencia colombiana, se ha visto en el reto de considerar a los DESC como derechos fundamentales en determinadas circunstancias, sin desconocer las competencias legislativas y sin desbordar el gasto público del Estado a través de dos doctrinas, aparentemente contradictorias: la progresividad de los DESC y la protección de su contenido esencial.¹⁹⁶

Como se mencionó anteriormente, un gran e influyente sector de la doctrina considera que los DESC al ser derechos de desarrollo progresivo, los convierte en normas objetivas dirigidas al Estado, pero no como derechos propiamente dichos, o de carácter subjetivo, sino como metas políticas.¹⁹⁷

Pese a lo anterior, acogiendo la postura teórica encabezada por doctrinantes como Alexy, Víctor Abramovich y Christian COURTIS que consideran los DESC

¹⁹⁵ Art.86 de la Constitución Nacional de Colombia.

¹⁹⁶ ARANG, Rodolfo. Ponencia: *La prohibición de retroceso en Colombia*. En: Tercer Congreso Nacional y Primero Internacional de Derecho Constitucional: "Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo" San Juan de Pasto (Nariño-Colombia) abril de 2006, 21 p.

¹⁹⁷ Böckenförde (1993) y Laporta (2004). Citados por ARANGO Rodolfo, Op. Cit. p. 21.

como principios a realizarse en la mayor medida posible, tendríamos que el desarrollo progresivo de los DESC de ninguna manera les restaría su fuerza jurídica.

En este orden de ideas, expone Rodolfo Arango que la jurisprudencia colombiana ha superado la aparente contradicción entre el concepto del contenido esencial y la progresividad.¹⁹⁸, no obstante, los jueces constitucionales colombianos aún relacionan indistintamente el principio de progresividad de los DESC con la prohibición de regresividad o de retroceso, siendo considerada esta última como la expresión vinculante y normativa del principio de progresividad.¹⁹⁹

Incluso han relacionado este principio con la limitación a la libertad de configuración legislativa en materia de derechos sociales, acogiendo el postulado según el cual una vez se ha alcanzado un determinado nivel de desarrollo todo retroceso estaría prohibido y se presumiría contrario a la constitución, obligando a someter tales medidas a un control más estricto por parte de los jueces constitucionales, teniendo en cuenta que el paso regresivo en el desarrollo de un derecho prestacional se permitiría eventualmente si llegasen a existir imperiosas razones que harían necesaria la aplicación de tal medida.²⁰⁰

Como mecanismo de protección del progreso de los DESC, en relación a la llamada prohibición de regresividad, la Corte Constitucional ha propuesto como herramientas metodológicas las reflexiones sobre los “Tests” de constitucionalidad a fin de determinar en un caso específico si de ha presentado o no un retroceso injustificado.²⁰¹

¹⁹⁸ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 4. Sostiene al respecto que ambos extremos son excluyentes, pues de aceptarse de que los DESC dependen de circunstancias normativas y fácticas, es factible su anulación en casos extremos- por ejemplo un tsunami- lo que contraría la doctrina del núcleo esencial, la cual prohíbe el desconocimiento de contenidos materiales y de acogerse la doctrina del contenido esencial, asegurándoles un contenido deontológico a los DESC se estaría incurriendo en una especie de “Intuicionismo Moral”, ajeno a la progresividad.

¹⁹⁹ *Ibíd.* p. 4.

²⁰⁰ *Ibíd.* p. 6. Menciona las siguientes sentencias: C-251 de 1997, Su-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000.

²⁰¹ UPRIMY, Rodrigo y GUARNIDO Diana, *¿es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad. Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana.*” 25 p. Documento disponible en: (http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180.)

2. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

En el presente capítulo, expondremos el surgimiento del concepto del principio de progresividad en el Derecho laboral colombiano como instrumento de protección de los derechos de los trabajadores y los asuntos en los cuales ha logrado adquirir plena eficacia y desarrollo.

2.1 EL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL

En lo concerniente al Derecho al trabajo es menester destacar que desde la adopción del sistema normativo internacional de derechos humanos en la legislación nacional constitucional se ha acogido el criterio según el cual debe éste ser digno, es decir, que no se trata de trabajar por trabajar sino de hacerlo en condiciones óptimas.²⁰² En Colombia la Constitución Política de 1991 no solo concibe el trabajo como un derecho, sino también como un principio y un deber.

El derecho al trabajo tiene una dimensión individual que “*se refiere al trabajador individualmente considerado, a que tenga disponibilidad de trabajo, que pueda acceder a él y que pueda desarrollarlo en condiciones justas, satisfactorias y dignas*”,²⁰³ y una dimensión colectiva que “*implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues de lo contrario el derecho del ejercicio del derecho al trabajo se convertiría en una simple expectativa*”.²⁰⁴

Los Convenios Internacionales del Trabajo emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que tratan sobre aspectos técnicos, administrativos y de derechos humanos, han abordado temáticas como la eliminación del trabajo forzoso, el derecho fundamental al trabajo libremente escogido o aceptado, la

²⁰² Entre los instrumentos internacionales que propenden por la protección del derecho al trabajo y las garantías que lo acompañan se encuentran: La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 23,24 y 25, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículos 6,7,8,9,10, la Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo de San Salvador que consagra el derecho al trabajo y a la garantía de su ejercicio en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, enfatizando en la obligación estatal de adoptar medidas que garanticen la efectividad del derecho, el respeto por los derechos sindicales y el derecho a la seguridad social.

²⁰³ MOLINA Higuera, Angélica. *Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos*. Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Número especial: 9, 2007, 168 p. Disponible en: (http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2354633&orden=86837.)

²⁰⁴ *Ibíd.* p. 168.

eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y el derecho fundamental a la igualdad, abolición del trabajo infantil y la protección de niños y niñas, libertad sindical y negociación colectiva, convirtiéndose en normas que obligan a los Estados que las ratifican, sin que para su cumplimiento influya el nivel de desarrollo económico que posean.²⁰⁵ De esta forma se considera que Colombia siendo miembro activo de la OIT está en la obligación de promover la política de este organismo, la cual se resume en la noción de Trabajo Decente.²⁰⁶

El preámbulo de la Constitución Política consagra el trabajo como un fin que se debe asegurar a los integrantes de la Nación y el artículo 1° señala de la misma forma que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, de manera que el trabajo debe ser ejercido en condiciones dignas, no así se ha afirmado que *“No puede haber mejor indicador del grado de civilización de una sociedad, del nivel y amplitud de su democracia y de la calidad de vida que ofrece a sus miembros, que la forma como se promueven y están protegidos estos derechos, en tanto es la actividad del trabajo la que más liga estrechamente las nociones de libertad e igualdad a las condiciones reales de su ejercicio”*,²⁰⁷ motivo por el cual se ha afirmado que las decisiones tomadas por la Corte Constitucional deben propender por materializar este principio.²⁰⁸

En efecto, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia la importancia que reviste el derecho al trabajo como uno de los valores fundamentales de la actual Constitución, afirmando que:

“La Constitución es un sistema portador de valores y principios materiales. En su «suelo axiológico» se encuentra el valor del trabajo, que según el

²⁰⁵ *Ibíd.* p. 172 y 173.

²⁰⁶ VÁSQUEZ F, Héctor. *La Realidad del Trabajo Decente en Colombia*. Escuela Nacional Sindical, 1 p. Disponible en: (www.ens.org.co/aa/img_upload/) “este objetivo global de la OIT ha sido definido como la promoción de oportunidades para las mujeres y los hombres a fin de que puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. El trabajo decente es el eje en donde convergen los cuatro objetivos estratégicos, es decir los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. Para la OIT el trabajo decente es un concepto organizador que sirve para proporcionar un marco general para las acciones de desarrollo económico y social”.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 1 y 2.

²⁰⁸ TAMAYO Jaramillo, Javier. *El Nuevo Derecho y la Interpretación Constitucional*. En: Tercer Congreso Nacional y Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional «Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo», San Juan de Pasto (Nariño-Colombia), abril de 2006, p. 179, Expuso: *“Diego López Medina expone que la Corte insiste en que el fin u objetivo fundamental de la Constitución colombiana es lograr un “Estado social de derecho”, entendido como la obligación de interpretar los derechos fundamentales como principios que condujeran a una creciente igualación social mediante la redistribución de recursos y oportunidades. De esta forma, la cláusula “Estado social de derecho” fue utilizada como fin constitucional prioritario; y en tal calidad – se agregó –, la cláusula debía integrarse en la interpretación sistemática de cualquier otra disposición constitucional y legal. Por esta razón, la cláusula de Estado social de derecho fue utilizada como la piedra de toque para interpretaciones finalistas y sistemáticas de la Constitución de 1991”*.

Preámbulo de la Carta fundamental se debe asegurar a los integrantes de la sociedad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. Por ello el Constituyente le otorgó al trabajo el carácter de principio formador del Estado Social de Derecho, al considerarlo como uno de sus fundamentos, al lado de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que integran la sociedad y la prevalencia del interés general.²⁰⁹

En este orden de ideas y a pesar de su consagración como principio fundamental del Estado Social de Derecho, lo cierto es que por revestir el carácter de un derecho que reclama su efectividad a través de mecanismos y prestaciones sujetas a desarrollo por parte del Estado se le ha atribuido una naturaleza económica, social y cultural, considerándolo entonces como un derecho-deber.

Así, para entender el derecho al trabajo como un derecho económico, social y cultural se hace necesario distinguir en él por lo menos dos aspectos a saber, el derecho a trabajar y los derechos en el trabajo o derechos laborales, el primero entendido como la posibilidad de realizar una actividad lícita para obtener los ingresos necesarios y el segundo referente a que el desarrollo de esta actividad se efectúe en las condiciones necesarias que garanticen el respeto de todos los derechos humanos.²¹⁰

En este sentido y si se tiene en cuenta que como todo derecho económico, social y cultural, exige acciones positivas por parte del Estado, la obligación de proteger el derecho al trabajo en todas sus dimensiones obliga en particular a las autoridades a desarrollar un sistema de conductas que propendan por la materialización de tal deber, entre las que se puede mencionar: la creación de un sistema normativo adecuado que regule las relaciones laborales, el diseño y desarrollo de políticas macroeconómicas que permitan un mejor desenvolvimiento de las relaciones laborales, la expedición de un estatuto del Trabajo que desarrolle los principios mínimos constitucionales y el cumplimiento de las normas internacionales así como la implementación de una política de pleno empleo.²¹¹

En este derecho, por lo tanto, pueden distinguirse varios componentes: la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Como disponibilidad se entiende el deber que tiene el Estado de prestar servicios especializados de ayuda y apoyo para identificar el empleo disponible y acceder a este; la accesibilidad respecto del mercado de trabajo sin discriminación y con igualdad de oportunidades; finalmente la aceptabilidad y la calidad que giran en torno a

²⁰⁹ Sentencia C-221 de 1992.M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²¹⁰ MOLINA Higuera, Angélica. Op. Cit. p.178

²¹¹ Art.53 y 54 de la Constitución Política de Colombia.

garantizar el derecho en condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo.²¹²

Conforme a lo anterior, resulta claro que el mandato de progresividad en relación a los DESC se hace extensivo al derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores puesto que la plena efectividad de estos derechos no solo se circunscribe a la utilización de todos los recursos disponibles por parte del Estado, también requiere la especial protección de los mismos como una tarea que involucra el accionar tanto de los actores públicos como de los privados²¹³ a fin de que todos los derechos laborales alcanzados no disminuyan su alcance o se retrocedan sus garantías mediante la implementación de medidas que vayan en perjuicio de los mismos.

2.2 ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO LABORAL COLOMBIANO

Según lo preceptuado por el artículo 53 inciso 4 de la Constitución Política Colombiana, “*los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*”, entendiendo la ratificación como el depósito que se efectúa ante las oficinas del Director de la OIT en Ginebra (Suiza) de la Ley que aprobó el Congreso de la República y que fue sancionada por el Presidente de la República, con la revisión de constitucionalidad encomendada a la Corte Constitucional y las publicaciones en las cuales se promulga.²¹⁴

Lo anterior se armoniza con lo dispuesto en el artículo 93 de la carta que dispone: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”.

En desarrollo de lo anterior el Estado Colombiano ha reconocido y suscrito diferentes pactos y convenios internacionales relacionados con los derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos que entraron en

²¹² MOLINA Higuera, Angélica. Op.Cit. p. 182 y 183. “*las condiciones adecuadas pueden agruparse por materias, de la siguiente manera: i) derechos relacionados con la limitación razonable de la jornada, el disfrute del descanso, el tiempo libre y las vacaciones periódicas pagadas; ii) la existencia de regímenes disciplinarios adecuados; iii) el ascenso y la promoción en el empleo con base únicamente en la capacidad y tiempo de servicio; iv) el salario o la remuneración adecuada, que incluye la aplicación del principio de “a trabajo igual salario igual”; v) el desarrollo del trabajo en condiciones seguras y de higiene laboral; vi) la estabilidad en el empleo; y vii) la igualdad en el trato o no discriminación en el trabajo*”.

²¹³ KÜNNEMANN Rolf y BERGMAN David. *Obligaciones de los estados y los actores no estatales* Adobe 7.0, p. 19. Disponible en: (http://www.iie.org/ihrip/circulo_derechos/27aModulo 9.pdf).

²¹⁴ CORREDOR Torres, Carlos Alberto. *Las normas internacionales del Trabajo garantías de los derechos laborales en el trabajo*, En: Seminario Uniamericas/Fescol Bogotá, junio de 2007, Adobe 6.0, p. 11. Disponible en: (www.fescol.org.co/DocPdf/UNI-LAS-NORMAS-INTERNACIONALES.pdf)

vigor el 3 de enero de 1976 y el 18 de julio de 1978 respectivamente, igualmente el Pacto de San Salvador, aprobado mediante la Ley 319 de 1996.

En relación al ámbito jurídico laboral, los convenios de la OIT ratificados plenamente por Colombia se han constituido en sistemas de protección y garantía de los derechos laborales, productos de las conquistas sociales alcanzadas por la sociedad trabajadora a lo largo de la historia.

Colombia siendo un Estado miembro de la OIT desde 1919, ha suscrito y ratificado 60 convenios en relación al Trabajo de los cuales 54 se encuentran en vigor²¹⁵ incorporándolos al ordenamiento interno, sin embargo, la realidad laboral actual ha demostrado las dificultades que se han presentado en cuanto al efectivo cumplimiento de tales mandatos, así lo ha evidenciado la OIT en las diferentes observaciones que le ha hecho al país en lo que respecta a las violaciones al derecho de libertad y asociación sindical y al incremento del desempleo y la discriminación.²¹⁶

Se ha afirmado entonces que siendo Colombia un Estado Social de Derecho es su deber garantizar la efectividad de los derechos laborales,²¹⁷ derechos que si bien se han reconocido constitucionalmente han presentado dificultad de aplicación dado que como DESC *“las constituciones no desarrollan el alcance de los mismos, quedando a disposición del legislador la facultad soberana de desarrollarlos y concretarlos en prestaciones determinadas que puedan exigirse si es del caso por vía judicial”*.²¹⁸

Inclusive, Diego López Medina expone al respecto que *“la aplicación del principio del Estado social ha generado un crecimiento desordenado de las prestaciones que el Estado de bienestar debe a sus ciudadanos, con una consecuente presión fiscal por encima de las posibilidades realistas del Estado colombiano”*.²¹⁹

²¹⁵ Organización Internacional del Trabajo, Oficina Subregional para los países Andinos, Documento disponible en: (<http://www.oitandina.org.pe/documentos/colombia22.pdf>.)

²¹⁶ ROCAFORT Piza, Rodolfo E. *Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales*. En: Revista IIDH 40. Edición Especial sobre derechos económicos, sociales y culturales, Julio – Diciembre de 2004. Adobe 6.0, p 57. Disponible en: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr11.pdf>.)

²¹⁷ TAMAYO Jaramillo, Javier. Op. Cit. p.14 El autor afirma que en teoría los DESC se pueden hacer cumplir así: “a) Mediante el control constitucional que la Corte hace de las leyes que de una manera u otra pueden atentar contra los mismos...b)... cuando el legislador o el ejecutivo han dictado normas de carácter general que conceden esos derechos,... si el Estado o un particular se niegan a reconocer tales derechos, sus titulares podrán acudir a las vías judiciales, generalmente a la tutela, para que se les haga respetar ese derecho. d) (sic) La situación complicada de resolver se presenta cuando ni el legislador ni el ejecutivo han desarrollado esos derechos constitucionales y un particular quiere hacer valerlos por vía judicial, acudiendo por ejemplo, a la acción de tutela”.

²¹⁸ *Ibíd.* p. 29

²¹⁹ *Ibíd.* P. 181

En efecto, los problemas en la economía del Estado para desarrollar materialmente la mayoría de derechos económicos, sociales y culturales garantizados constitucionalmente, se ha constituido en la inexorable excusa de los Estados en vía de desarrollo para justificar el por qué los DESC no se han hecho efectivos en su totalidad, al respecto se ha manifestado que: *“los jueces deben seguir aplicando la cláusula de Estado social, pero reparando en que los límites económicos materiales del Estado pueden, a veces, limitar la justiciabilidad plena de los derechos; y, además, que las consecuencias concretas de los fallos bien intencionados deben, en la práctica, realizar los fines que dicen buscar”*.²²⁰

Siguiendo esta concepción, suele predicarse también por algunas escuelas de política económica, que la conquista de un determinado desarrollo económico resulta una condición ineludible para el goce de los derechos consagrados en el PIDESC, entre los que se encuentra el derecho al trabajo.²²¹ Razón por la cual se considera que la garantía de los derechos en mención no depende tanto de la voluntad del ejecutivo o del legislativo, sino de las circunstancias históricas del momento sobre todo las de índole financiera.

Sin embargo, también suele advertirse que el desarrollo económico es, en los hechos, imposible sin el goce de los DESC, pues no sería posible su avance si la sociedad se encuentra en alarmantes índices de desnutrición, carentes de trabajo, educación y salud.²²²

En este contexto, la progresividad, tal y como la ha interpretado el Comité de DESC, implica que los Estados avancen cada vez más en la protección de derechos partiendo de un mínimo esencial que debe estar garantizado, afirmando que: *“Cada Estado parte tiene una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.”*²²³

Tales consideraciones en Colombia se han acogido a través de una de las fuentes del Derecho Laboral más importante e influyente: la Jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial la realizada por la Corte Constitucional, en su función de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.²²⁴ En efecto, fue por vía

²²⁰ LÓPEZ Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*, Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2006, p.366.

²²¹ GIALDINO, Rolando E. Dignidad, Justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Apuntes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social, Documento Word, p. 22. Disponible en: (www.jursoc.unlp.edu.)

²²² ARANGO, Rodolfo. Op. Cit p. 249, al respecto menciona que *“El contenido de los derechos sociales fundamentales puede determinarse judicialmente con la ayuda del principio de igualdad en conexidad con otras disposiciones de derechos fundamentales”*, cabe mencionar que no están de acuerdo con dicho autor quienes se oponen a que los derechos sociales sean aplicados directamente por los tribunales constitucionales, cuando estos no han sido desarrollados por el legislador, ver al respecto Tamayo Jaramillo Javier.

²²³ Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General No. 3 relativa a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 3 del Pacto). Quinto periodo de sesiones 1990. Figura en el documento E/1991/23.

²²⁴ Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

jurisprudencial que se instituyó el concepto del bloque de constitucionalidad brindando con ello coherencia y congruencia a la interpretación de las normas internacionales con fuerza de ley interna, garantizando de esta forma su aplicación por parte de los jueces de la República.

De conformidad con lo anterior, la adopción del principio de progresividad, señalado expresamente en el artículo 2.1 del PIDESC, no solo se ha hecho por vía legislativa sino también por vía jurisprudencial mediante su incorporación al bloque de constitucionalidad y la aplicación de éste en los casos concretos, al respecto se asevera que fue desde el año de 1997 donde la Corte Constitucional Colombiana comenzó la labor interpretativa referente al principio de progresividad y la consecuente prohibición de retrocesos.²²⁵

Por ejemplo, en relación a varias medidas regresivas impuestas por los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, citando entre otras por ejemplo, la Ley 789 de 2002, la cual recortó varios de los derechos y garantías laborales, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse con respecto al principio de progresividad o prohibición de retrocesos, en esta ocasión y pese a declarar la constitucionalidad de las normas demandadas la Corte Constitucional, en su labor interpretativa, adicionó para el caso de las medidas regresivas de los derechos laborales tres condiciones para admitir su aplicación: que no se desconozcan derechos adquiridos, que se respeten los principios constitucionales del trabajo contenidos en el artículo 53 y que sean proporcionales.²²⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro y trascendental el papel que juega el poder judicial constitucional en materia del desarrollo y aplicación del principio de progresividad, pues no solo se limita a reconocerlo sino que, al igual que cualquier principio no absoluto, también lo delimita, lo nutre y lo aplica a la realidad concreta.

Lo anterior sin perjuicio del rol que juegan los demás poderes del Estado en procura de alcanzar la plena efectividad de estos derechos, puesto que se obligan a reconocer que *“en principio no deben adoptarse medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo, y si el Estado las adopta, debe demostrar que se hizo después de considerar todas las alternativas posibles”*,²²⁷ de ahí que el principio de progresividad se torne vinculante y se convierta en una obligación ineludible, a fin de garantizar la realización de todos los derechos humanos en virtud a su interdependencia y procurando avanzar en su desarrollo, evitando en consecuencia desmejorar los logros obtenidos.²²⁸

²²⁵ Ver al respecto las Sentencias C-470, C-251, C-506, SU 111 de 1997, entre otras.

²²⁶ Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²²⁷ *Ibíd.* p. 184.

²²⁸ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. p.20. Como bien lo señala, la prohibición de retroceso no solo se vulnera por “errar Reversa” en las conquistas ya alcanzadas, sino también por el efecto estático del Estado frente al desarrollo de los DESC.

2.3 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD APLICADO EN ASUNTOS LABORALES POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

El Dr. Antonio Barreto Rozo mencionó que en Colombia “*algunos consideran a la Corte Constitucional como una institución per se antiformalista (v.gr. en materia de derechos fundamentales) o formalista (v.gr. en la aplicación de derechos sociales sin tener en cuenta variables macroeconómicas)*”,²²⁹ sin embargo, suele decirse que las instituciones no son formalistas o antiformalistas sino las personas en determinados contextos, motivo por el cual la Corte ha tenido decisiones en uno y otro sentido entratándose de los DESC, la sentencia T-406 de 1992 afirmó por ejemplo que “*al juez la lógica del legislador de aplicación programática*” de dichos derechos “*puede terminar pareciéndole formalista*”.²³⁰

Ahora bien, definir en términos generales cuando se está ante una situación que implica progresividad no es tarea fácil, prueba de ello han sido los diferentes análisis que suelen hacerse de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana frente a los DESC, sobre todo en lo concerniente al efecto de los fallos y las consecuencias que estos han desencadenado en la realidad económica, social y cultural del país.

La Corte Constitucional, como órgano supremo de la Jurisdicción Constitucional, desde su creación, ha procurado fielmente cumplir con su función de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución mediante el ejercicio de varias tareas a ella encomendadas, entre otras, la de ejercer el control constitucional tanto de las leyes, decretos con fuerza de ley, actos legislativos reformativos de la Constitución, de los fallos proferidos por los demás jueces constitucionales en materia de Tutelas por medio del mecanismo de la Revisión, así como también la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos en contra de las disposiciones legales vigentes dentro del ordenamiento jurídico.²³¹

²²⁹ BARRETO Rozo, Antonio. *Formalismo y Antiformalismo en la Interpretación y Aplicación de los Derechos Fundamentales*. En: Tercer Congreso Nacional y Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional «Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo». San Juan de Pasto, abril de 2006. p. 1-5.

²³⁰ *Ibíd.* p. 4

²³¹ Sus funciones, descritas en el artículo 241 de la Constitución, consisten en decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución; resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional; ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los estados de excepción; decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del artículo 137 de la Carta; decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y revisar las decisiones

En esta medida se considera que es esta corporación la encargada de establecer, como interprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución.

Los pronunciamientos que ha emitido la Corte Constitucional mediante los fallos de revisión de Tutela, (T-) los que deciden sobre la Constitucionalidad de las normas (C-) y aquellos de unificación de jurisprudencia (SU-), en relación a temáticas de toda índole, ha permitido a la academia, a los ciudadanos, a los poderes públicos e inclusive al sistema judicial como tal, una comprensión más clara sobre la interpretación constitucional de los principios y la normas como sustento teórico de las decisiones, ejercicio este que pese a resultar complejo y por ende no inmune al debate abre paso sin duda alguna al análisis y al cuestionamiento dentro de las confrontaciones teóricas y fácticas en búsqueda de la mejor respuesta a los problemas jurídicos que se suscitan en el seno de la sociedad.

La jurisprudencia constitucional, en este sentido, como fuente del derecho en general, se constituye en un parámetro de estudio obligatorio cuando de investigación constitucional se trata, más aún cuando ha sido esta corporación la que ha venido desarrollando los principios, fijándoles no solo su alcance sino también su forma de aplicación. En este punto y no por ser menos importante, no nos detendremos a exponer el debate teórico que ha girado en torno al criterio interpretativo de considerar la jurisprudencia constitucional como fuente auxiliar u obligatoria del derecho, pues consideramos que este tema puede ser objeto de otro trabajo investigativo.

Ahora bien, la jurisprudencia en materia laboral ha sido tan amplia como en cualquier otra de las áreas del derecho, el desarrollo que ha tenido la misma puede observarse desde todos los ángulos de los derechos laborales reconocidos en nuestra Constitución, sin embargo y teniendo en cuenta que ha sido esta corporación la que ha venido desarrollando el principio de progresividad, objeto de nuestro estudio, lo cierto es que la aplicación de este principio en asuntos de índole laboral puede observarse más claramente desde las tres muestras de estudio que hemos logrado identificar: en materia de seguridad social en relación a la pensión de invalidez en el régimen de prima media, en asuntos de estabilidad reforzada como derecho que adquieren determinados trabajadores, particularmente cuando se esta en presencia de procesos de reestructuración estatal y las decisiones que se han proferido frente a demandas por inconstitucionalidad de leyes que han implicado retrocesos laborales a cambio de la promoción de otros fines estatales.

judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución.

2.3.1 El principio de progresividad y las reformas laborales: el caso de la Ley 789 de 2002. El principio de progresividad, conforme se ha expuesto, abarca un gran escenario dentro del ordenamiento jurídico de los Estados cuando se esta en presencia de medidas que retroceden en la protección de cualquiera de los DESC reconocidos en los diversos instrumentos internacionales vigentes sobre la materia y que se han adoptado por los propios Estados parte. Se ha considerado al respecto que, una de las formas por las cuales se retrocede en desmedro de los DESC, es la posible desarticulación que estos derechos sufren mediante la regulación legislativa de que son objeto y más cuando se le ha confiado a esta el deber de desarrollarlos, fijarles su alcance y contenido.

De esta forma se discute la vulneración del principio de progresividad cuando se adoptan medidas legislativas regresivas en relación a los DESC sin que para su implementación se haya evaluado el impacto que puedan causar las mismas o sin que se haya considerado la posibilidad de adoptar otras disposiciones menos lesivas promoviendo el desarrollo de otros DESC más prioritarios justificando de esta forma el paso regresivo de la ley.

El Estado colombiano no ha resultado ajeno a la adopción de medidas legislativas que han implicado retrocesos en referencia a los DESC, tal como se expuso con anterioridad, el Legislador colombiano en el año 2002 profirió la Ley 789 por medio de la cual se dictaron disposiciones con el fin promover el empleo, ampliar la protección social y modificar varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo.

Tal reforma laboral, ha sido catalogada como una de las modificaciones legislativas más importantes acontecidas en los últimos tiempos, pues ha raíz de las flexibilizaciones laborales que introdujo, las consecuencias que ello ha traído consigo tanto al mercado laboral como a la economía, han sido ampliamente discutidas por diversos sectores sociales,²³² los que, basados en estudios económicos en su mayoría, han determinado los efectos negativos que sobre el sector laboral colombiano habían ocasionado las disposiciones contempladas en la Ley 789 de 2002.

No obstante, la citada ley fue demandada por cargos de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, bajo la consideración de que las medidas adoptadas por el

²³² Ver al respecto los estudios realizados por las Universidades: U de los Andes, Facultad de Economía-CEDE: NUÑEZ, Jairo. “Éxitos y Fracagos de la ley 789 de 2002”, Bogotá, Julio de 2005, 36 p. Adobe 7.0 Documento disponible en: (<http://quimbaya.banrep.gov.co/economia/seminar-reform-laboral.col.abr-05/Exitos-Fracagos-Reforma-Laboral-JNM.pdf>), GAVIRIA, Alejandro. “ley 789 de 2002 ¿Funcionó o no?” Bogotá, Págs. 49 Adobe 7.0 Documento disponible en: (http://economia.uniandes.edu.co/es/investigaciones_y_publicaciones/cede), U Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Centro de estudios para el Desarrollo- CID- “Impactos de la reforma laboral ley 789 de 2002” Bogotá, Marzo de 2007, págs.89 Documento disponible en: (http://www.cut.org.co/index.php?Itemid=456&id=489&option=com_content&task=view.)

legislador vulneraban varios de los derechos laborales fundamentales plenamente reconocidos por la carta constitucional además de presentar un grave retroceso en las garantías laborales ya alcanzadas por la sociedad trabajadora.

La Corte Constitucional, mediante un análisis interpretativo de las disposiciones contempladas en los tratados internacionales protectores de los derechos económicos, sociales y culturales como instrumentos integrantes del ordenamiento jurídico interno del Estado colombiano, declaró la constitucionalidad de la ley en comento bajo la premisa de que el Estado podía retroceder en la protección de estos derechos cuando se tratara de promover la realización de otros fines estatales que revistieran mayor importancia teniendo en cuenta el contexto y la situación real del país, la que en ese entonces atravesaba por una preocupante crisis social debido al alto índice de desempleo y desocupación.²³³

En este sentido, se consideró como una excepción al llamado principio de progresividad la adopción de estas medidas teniendo en cuenta que las mismas promovían la realización de mayores derechos y beneficios para la población trabajadora, no obstante la realidad laboral actual en el país ha arrojado nuevos elementos de juicio que permiten entrever que los fines propuestos con las reformas legislativas no han alcanzado aún su realización, violando de manera flagrante los principios internacionales adoptados en procura del respeto y protección de los DESC.

2.3.2 El principio de progresividad en el derecho a la seguridad social. El Derecho a la Seguridad Social, reconocido por la Constitución Nacional en el artículo 48 siendo considerado como un derecho económico social y cultural por su carácter esencialmente prestacional, fue desarrollado por el legislador colombiano mediante la Ley 100 de 1993 que regula actualmente el Sistema de Seguridad Social, el cual comprende o abarca tres subsistemas: el de la Salud, el de las Pensiones y el de Riesgos Profesionales.²³⁴

Se ha afirmado doctrinariamente que el derecho a la seguridad social tiene su origen inmediato en el derecho laboral, existiendo por tanto una relación recíproca entre ambas disciplinas, así, la seguridad social dependería del derecho del

²³³ Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²³⁴ El artículo 48 dispone: “*La Seguridad Social es un servicio de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las entidades de seguridad social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”

trabajo para identificar los sujetos responsables de la cotización, los ingresos laborales que permiten fijar las cotizaciones y la cuantía de las prestaciones²³⁵ y al mismo tiempo el derecho al trabajo se serviría de la seguridad social en cuanto a los deberes empresariales de prevención y primeros auxilios en accidentes laborales o el pago del mayor valor prestacional que se hubiese creado por acuerdos convencionales superado los fijados por las normas de la seguridad social.

No obstante otros sectores doctrinales defienden la idea de considerar la seguridad social como una rama jurídica autónoma en virtud a las diferencias que sostiene frente al derecho del trabajo, en efecto, mientras en la seguridad la base sociológica son las contingencias sociales en el derecho laboral lo sería el trabajo asalariado; con respecto al contenido, el derecho a la seguridad social estaría determinado por las contingencias sociales y las instituciones que las prestan en el derecho laboral lo sería el contrato de trabajo y los conflictos que le son propios a la relación entre trabajador y empleador, inclusive, mientras que para el derecho laboral el fin sería el de proteger al trabajador de su relación con el empleador siendo estos dos sujetos los intervinientes, por el contrario para la seguridad social el fin perseguido lo constituiría la seguridad económica de la población siendo los sujetos intervinientes todas las personas, sean independientes o asalariados, sean sujetos que no pueden trabajar (inválidos), los que aún no lo hacen (niños) o aquellos que ya lo han hecho (ancianos).²³⁶

Sin embargo, el doctrinante Almansa Pastor ha señalado que no se ha producido aún una completa deslaboralización del derecho a la seguridad social,²³⁷ pues, las relaciones jurídicas que dan lugar a la vinculación de trabajador y empleador al sistema, cuales son la afiliación, la cotización y la protección no permiten realizar algún tipo de separación sustancial entre ambas categorías.²³⁸

Acogiendo la tesis de la Jurisprudencia Constitucional, según la cual el derecho a la seguridad social hace parte de los derechos de los trabajadores, pues con ella quedan protegidos contra toda contingencia de salud derivada del ejercicio directo de su profesión, de los riesgos que se contraen en el desarrollo de las actividades laborales y contra toda eventualidad derivada de la vejez,²³⁹ la invalidez o la

²³⁵ ARENAS Monsalve, Gerardo, *El derecho colombiano de la Seguridad Social*. Primera Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2006, 57 p.

²³⁶ CETINA Vargas, Oswaldo. *Derecho integral de seguridad social*. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, 119 p. Citado por ARENAS Monsalve Gerardo p.58.

²³⁷ ALMANSA Pastor, José Manuel. *Derecho de la Seguridad Social*. Cuarta Edición, Madrid, Tecnos, 1984. Citado por. Citado por ARENAS Monsalve, Gerardo. p.57.

²³⁸ CAÑÓN Ortigón, Leonardo. *Una Visión integral de la Seguridad Social*” Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Volumen I, Segunda Edición, Bogotá, 2007, 225 p.

²³⁹ Sentencia T-453/92 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein. Al respecto sostuvo “La seguridad social que se reclama mediante el reconocimiento de la pensión de vejez, no puede verse como algo independiente o desligado de la protección al trabajo, el cual es garantizado de manera especial en la Constitución, por considerar que es un principio fundante del Estado Social del Derecho que ella organiza. Como el derecho

muerte, resulta claro que, este derecho se sujeta a las disposiciones que con motivo del desarrollo del principio de progresividad se han realizado, inclusive, es posible afirmar que fue este derecho con el que se dio inicio, a nivel jurisprudencial, en el reconocimiento del principio de progresividad y la consecuente prohibición de retrocesos para luego extenderse a toda situación en donde resultase necesaria su aplicación.

Por ejemplo, en las sentencias C-251 de 1997, SU 225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006, entre otras, la Corte desarrolló el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social, para lo cual se fundamentó en la doctrina internacional más autorizada sobre el tema: la incluida en los informes del Relator del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del PIDESC.²⁴⁰

De dichas decisiones puede extraerse principalmente que “ i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudir a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Corte ha referido iv) a la **prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social** consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.²⁴¹

Si bien se ha reconocido que la Seguridad Social no es un derecho fundamental, sea por su ubicación constitucional dentro de la carta política como uno de los DESC o por su naturaleza programática y asistencial, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución Política, puede eventualmente adquirir tal categoría dentro del ordenamiento jurídico cuando según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las

controvertido nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales se condicionó su nacimiento es necesariamente derivación del derecho al trabajo”

²⁴⁰ Los Principios de Limburgo, fueron concebidos en el seno de la reunión que sostuvieron distinguidos expertos internacionales de 29 países del mundo en Maastricht, Países Bajos, la cual tuvo por objeto considerar la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados parte del PIDESC, así como ofrecer una clara serie de principios interpretativos referentes a las partes II, III y IV del Pacto en comento. Documento disponible en: (www.plataforma-colombiana.org/drupal/files/biblioteca_pag/005.rtf).

²⁴¹ Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004.

personas.²⁴² Lo anterior, cobraría aún más importancia entratándose de personas de especial protección constitucional como se verá más adelante.

En este sentido, el mandato de la progresividad del derecho a la seguridad social “no es óbice para que el Estado desatienda sus deberes sociales cuando las necesidades básicas ya han sido cubiertas mediante el desarrollo de la infraestructura económica y social y, por lo tanto, se encuentre materialmente en capacidad de satisfacerlas, ya de manera general o particular. En estas circunstancias se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales.”²⁴³

La necesidad de garantizar el derecho a la seguridad social responde en gran medida a su conexión directa con derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, entratándose de salud,²⁴⁴ igualmente con el mínimo vital, la vida digna y la protección constitucional especial para personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, en materia de pensiones²⁴⁵ o de riesgos profesionales.²⁴⁶

Siendo viable su protección por vía judicial mediante el mecanismo de la tutela, bajo los anteriores presupuestos, lo cierto es que el fundamento del derecho a la seguridad social recae en la función del Estado Social de Derecho de procurar el bienestar de la ciudadanía en general, bajo el respeto de la dignidad humana y el desarrollo del principio de la solidaridad, conforme se sostuvo: “El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general”.²⁴⁷

Sin embargo, pese a que el desarrollo del derecho a la seguridad social se tome como una competencia destinada exclusivamente al legislativo, lo cierto es que “el

²⁴² Ver Sentencias: T-426/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-062/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁴³ Sentencia T-426/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz p.8.

²⁴⁴ Sentencia SU 111/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto sostuvo: “La salud de los habitantes del territorio nacional se convierte en cometido específico del Estado. Se parte de la premisa de que en las condiciones de la sociedad actual, sólo la instancia pública es capaz de organizar y regular el servicio de salud de modo tal que toda persona pueda efectivamente contar con el mismo cuando ello sea necesario. En otras palabras, hay aspectos del bienestar personal que en un sentido global escapan a las fuerzas del individuo y que por su carácter perentorio no pueden en ningún momento ser ajenos a la órbita pública, así la prestación eventualmente se preste por conducto o con el concurso de entes privados. Es el caso de la salud, que reúne las características de bien básico para el individuo y la comunidad.”

²⁴⁵ Ver Sentencias: T-1055/01 M.P. Clara Inés Vargas.

²⁴⁶ El Decreto 1295 de 1994, definió el sistema de Riesgos Profesionales como “El conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que pueden ocurrir con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”

²⁴⁷ Sentencia SU 111/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*legislador, independientemente de su ideología y de las mayorías políticas, está vinculado por el mandato del Estado social de derecho, así éste último admita desarrollos y modulaciones distintas según los tiempos y las posibilidades materiales de la sociedad.”*²⁴⁸

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el principio de progresividad, en sus inicios, se ha concretado, reconocido y aplicado jurisprudencialmente en relación al derecho a la seguridad social, tanto por mandato expreso del artículo 48 de la C.P como en virtud a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, puede observarse con más claridad tales apreciaciones entratándose del subsistema de pensiones, con particular referencia a los casos sobre pensión de invalidez por riesgo común, los cuales se abordaran más adelante.

2.3.2.1 Aplicación en el sistema de pensiones: el caso de la pensión de invalidez por riesgo común. El sistema de pensiones regulado en la ley 100 de 1993, como parte del Sistema General de Seguridad Social actual tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones, así como el propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubierto por un sistema general de pensiones.²⁴⁹

Este sistema, cuenta con dos regímenes pensionales que pueden ser elegidos libremente por los trabajadores, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el cual los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, el monto de las pensiones es preestablecido así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización y la vinculación se hace ante el Seguro Social o I.S.S.; y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el cual los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abonan sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los subsidios del Estado si hubieren y todos los rendimientos financieros que genere y donde la vinculación puede surtirse ante cualquier administradora de fondos de pensiones privadas.

Sobre la naturaleza jurídica que reviste el derecho pensional, la jurisprudencia ha sido clara en sostener que el derecho al reconocimiento de la pensión, que hace parte del núcleo esencial del derecho a la seguridad social del trabajador, no tiene naturaleza *ius fundamental* principalmente porque su estructura está enmarcada en dos condiciones que le restan eficacia inmediata y justiciabilidad directa, características éstas predicables solamente de los derechos fundamentales, a saber: **i)** su desarrollo depende de la configuración normativa del legislador, puesto que a la ley corresponde evaluar, de un lado, la política general de prevención y protección de los derechos del trabajador y, de otro, el impacto y

²⁴⁸ *Ibíd.* p.3.

²⁴⁹ Art 10 Ley 100 de 1993 que entro a regir el 1 de abril de 1994.

capacidad económica del Estado para asumir dichas prestaciones. Al respecto, el artículo 48 de la Constitución es claro en señalar que el servicio público de la seguridad social, que se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, se prestará “en los términos que establezca la ley”; que podrá ser prestada por entidades públicas y privadas, “de conformidad con la ley” y que los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante serán definidos por “la ley”. ii) la cobertura del derecho a la seguridad social en pensiones debe garantizarse por el Estado en forma progresiva. Esto no sólo significa que la aplicación de la seguridad social depende del momento histórico, social y económico del país, sino también del diseño de políticas generales dirigidas a aumentar, cualitativa y cuantitativamente, la cobertura del servicio.²⁵⁰

Sin embargo, ha sido una constante en materia legislativa, las reformas introducidas en este campo, las cuales en general se han orientado a incrementar los requisitos para acceder a las pensiones, es el caso por ejemplo de la Ley 797 de 2003 en materia de pensión de vejez en el Régimen de Prima Media o de la Ley 860 de 2003 en el caso de la pensión de invalidez por riesgo común.

Tales modificaciones legislativas, han obedecido a razones de diversa índole, se ha argumentado por ejemplo en el caso de la Ley 860 de 2003, la necesidad de promover la cultura de la afiliación al sistema y así evitar fraudes al mismo, lo cual a la luz del ordenamiento jurídico resulta un fin legítimo, pero, sin que para ello se hubiese previsto o evaluado el impacto de las medidas y sus consecuencias, trayendo consigo enormes desventajas a la población discapacitada conforme se podrá observar en el Tercer Capítulo del presente trabajo.

En este sentido la jurisprudencia a indicado que la amplia potestad del legislador de fijar los requisitos para el acceso a las prestaciones pensionales, como la edad y tiempo de servicios, no implica que ésta pueda ejercerse de manera arbitraria y termine por desconocer de facto el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social, así lo hubo señalado al afirmar que: “estas dos condiciones de edad y tiempo de servicios tienen que ser acordes con la realidad social concreta del país, y deben tener en cuenta factores esenciales como lo son, entre otros, la expectativa de vida histórica y actual de los colombianos, y los índices de mortalidad, y otros aspectos demográficos y financieros, de tal modo que se les permita a las personas gozar efectivamente del derecho a la pensión”.²⁵¹

En razón a lo anterior y con el fin de minorizar los efectos de las reformas legislativas, la jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia que

²⁵⁰ Sentencia T-641/07 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵¹ Sentencia C-789/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Al respecto sostuvo: “Esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”

revisten en este sentido los regímenes de transición, entendidos como las previsiones legislativas que tienden a proteger a quienes sin estar cobijados por las condiciones del derecho adquirido se encuentran dentro de alguna circunstancia de favorabilidad y se hacen merecedoras de su reconocimiento. Se trataría entonces de los casos en los que los trabajadores afiliados bajo un régimen específico que se hayan próximos a cumplir los requisitos para acceder a la prestación se enfrentan al tránsito legislativo que modifica tales requerimientos, esto no solo afectaría de forma directa sus expectativas legítimas²⁵² y por ende sus derechos fundamentales conexos sino que también vulneraría el principio de la confianza legítima, conforme al cual se busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración y el legislador, lo que a su vez responde a los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, tal como lo ha establecido la jurisprudencia.²⁵³

Atendiendo tales aseveraciones, la ley 100 de 1993 previó un régimen de transición únicamente para la pensión de vejez y solamente aplicable a los trabajadores que se encontraban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tuvieran 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaran 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando en ambos supuestos, en ese momento tuvieran vigente el vínculo laboral.²⁵⁴

Lo anterior significaba que, a través del citado beneficio, los requisitos para acceder a la pensión de vejez, serían los del régimen anterior, siempre y cuando se cumplieran los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas exigidas en el régimen de transición, al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

No sucedió lo mismo con las demás prestaciones pensionales como la pensión de invalidez por riesgo común, la cual como se verá, legislativamente tuvo cambios y modificaciones más rigurosas para su acceso sin que se hubiese previsto un

²⁵² Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, se ha estimado que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

²⁵³ Ver Sentencias: C-596/97 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-798/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-020 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵⁴ El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que **al momento de entrar en vigencia el Sistema** tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. ...” Por su parte, el artículo 151 de la misma Ley establece: “Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá **a partir del 1o. de abril de 1994.** ...”.

régimen de transición que aminorara los efectos y protegiera los derechos de los trabajadores como si sucedió con la pensión de vejez.

Lo anterior, repercutiría directamente con el principio de progresividad si se tiene en cuenta que el mismo trae consigo el mandato o la prohibición de retroceso, según la cual no puede el Estado y por ende el poder legislativo retroceder en el nivel de protección alcanzado de un derecho, en este caso del derecho a la seguridad social, a menos de que existan imperiosas razones que hagan necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

Sobre el particular, a sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la encargada de establecer, en asuntos pensionales, por medio de la revisión de tutela y en su competencia para decidir sobre la inconstitucionalidad de las normas, si se está en presencia de medidas, que resultan violatorias del principio de progresividad o si por el contrario se ajustan a la carta y a las disposiciones internacionales sobre la materia.

El estado de invalidez por Riesgo Común, se configura por la enfermedad o por el accidente que le sobreviene al trabajador, sin causa a su trabajo, que lo imposibilita para continuar laborando, así se entiende, que la persona invalida conforme al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, es aquella que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

De acuerdo a lo anterior, la pensión de invalidez que se causa por riesgo común difiere de la que se causa con ocasión de la actividad laboral que desarrolla el trabajador, la cual se encuentra regulada por el Sistema de Riesgos Profesionales.

Para fines de que el trabajador logre el reconocimiento de la pensión de invalidez de que se trata, legalmente debe cumplir con una serie de requisitos que actualmente se encuentran establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 referentes a periodos mínimos de cotización y tiempo de fidelidad al sistema, sea que la causa que haya dado origen a la invalidez haya sido por enfermedad o accidente.

La calificación sobre el estado de invalidez de una persona, conforme lo señala la ley, se realiza en primera instancia por el I.S.S., por las administradoras de riesgos profesionales (ARP) dado el caso, las compañías de seguros que asuman el riesgo o por las empresas promotoras de salud (EPS) y de presentarse inconformidad con el mismo, el interesado tiene la facultad de acudir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez para que la determinen, decisión esta, que puede ser apelada ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

En este sentido, la jurisprudencia ha determinado que la Pensión de Invalidez tiene por objeto *“compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental en su condición de esenciales e irrenunciables (art. 48 C.P.).”*²⁵⁵ así las cosas, la Corte ha reiterado²⁵⁶ que este derecho prestacional puede adquirir el carácter de fundamental (factor conexidad) cuando su *no reconocimiento implique la vulneración de derechos de tal categoría como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo, la igualdad, dignidad humana, entre otros, y máxime cuando su titularidad radica en personas con disminución física, sensorial o psíquica,*²⁵⁷ que conforme la Constitución Política gozan de protección especial, lo que hace que sea procedente su protección por vía de tutela en los casos concretos.

Sin embargo, como se expuso en líneas precedentes, la pensión de invalidez por riesgo común ha presentado un significativo desarrollo legislativo que, si bien bajo examen constitucional ha resultado válido y ajustado a las realidades económicas, políticas y sociales del momento, respondiendo al postulado según el cual el ordenamiento jurídico no puede quedarse estático sino que debe responder a las situaciones reales del país, lo cierto es que, los mismos se han implementado muchas veces vulnerando los derechos fundamentales de las personas que se hayan bajo estas circunstancias, entre otras cosas, por la ausencia de un régimen de transición que aminore los impactos de las reformas introducidas conforme se podrá observar en el siguiente acápite.²⁵⁸

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en el cuadro siguiente se expone el tránsito legislativo que ha presentado la pensión de invalidez por riesgo común desde el año de 1993 en cuanto a los requisitos para su acceso:

Art. 6 del Decreto 758 de 1993	Artículo 39 de la Ley 100 de 1993	Artículo 11 de la ley 797 de 2003	Artículo 1 de la Ley 860 de 2003
<i>“Tendrán derecho a la pensión de invalidez de</i>	<i>“Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los</i>	<i>“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado</i>	<i>“Requisitos para obtener la pensión de invalidez.</i>

²⁵⁵ Sentencia T-292 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁵⁶ Sentencias T-974 de 2005, T-1007 de 2004, T-026 de 2003, T-888 de 2001, T-775 de 2000, T-553 de 1998, entre otras.

²⁵⁷ Sentencia T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁵⁸ Aunque la CSJ en Sentencia 24280 de Julio 5 de 2005 M.P. Camilo Tarquino Gallego, sostuvo al respecto que *“...en la (Pensión) de vejez es viable para el legislador considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a la prestación (por el transcurso del tiempo-hecho determinable-, ya para completar cierta edad o , para sumar, un periodo de cotizaciones); mientras que en la pensión de invalidez, obedece a contingencias improbables de predecir, y por ende, no regulables por un régimen de transición.”*

<p>origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:</p> <p>a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,</p> <p>b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”</p>	<p>afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:</p> <p>a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.</p> <p>b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”</p>	<p>al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:</p> <p>1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</p> <p>2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (25%)</p>	<p>Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:</p> <p>Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez’.</p> <p>Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la</p>
---	---	---	---

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

Como se puede observar, los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común se han visto endurecidos con el transcurso del tiempo y teniendo en cuenta que la normatividad aplicable a fines del reconocimiento a la prestación es aquella vigente al momento de la estructuración de la invalidez, conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia,²⁵⁹ tales medidas han resultado en determinados casos flagrantemente violatorias del derecho a la seguridad social y los derechos fundamentales de los trabajadores que se hayan bajo tales circunstancias y a las cuales su no reconocimiento, fundados en el nuevo esquema legal, amenaza con privarles del sustento básico y asistencial, deteriorando su calidad de vida y por ende violando el principio de respeto a la dignidad humana.

Tales son los casos que se presentan ante las instancias judiciales por vía de tutela en su mayoría, decenas de los cuales ha revisado la Corte constitucional conforme a su competencia, profiriendo reglas jurisprudenciales específicas entrándose de casos concretos que han requerido del más cuidadoso estudio a la luz de los postulados constitucionales nacionales e internacionales, sobre todo en lo que respecta a la determinación del papel que juega el principio de progresividad y la prohibición de retrocesos en estos casos, los que no por ser específicos son menos importantes, si tenemos en cuenta la construcción del precedente y de su carácter vinculante para todos los jueces de instancia.

2.3.3 El principio de progresividad en materia de estabilidad laboral reforzada: aplicación en el Programa de Renovación a la Administración Pública Ley 790 de 2002. Para la consecución de los fines establecidos en el interior de cualquier Estado social y democrático de Derecho, se hace necesario

²⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 9 de agosto de 2006, Rad.27464 M.P. Gustavo Gnecco Mendoza.

que la efectividad del derecho al trabajo, esté sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 C.P.

Uno de ellos, es el derecho a la estabilidad laboral, el cual conforme lo ha interpretado la jurisprudencia no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo.²⁶⁰ En este sentido, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato de trabajo.

Este derecho sin que se confunda con el derecho al trabajo,²⁶¹ puede revestir varias clases:

1. La estabilidad impropia, en la cual el retiro del trabajador da lugar al pago de indemnización por parte del empleador.
2. La estabilidad “precaria”, que se presenta en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad.
3. La estabilidad absoluta, donde se presenta el reintegro del trabajador derivado de considerar nulo el despido.²⁶²

No obstante, este derecho laboral, en determinadas circunstancias puede revestir un carácter reforzado, en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas que protege y por disposición expresa de la constitución política, lo que guarda estrecha relación con el mandato de progresividad, si tenemos en cuenta que el derecho a la estabilidad en el empleo, como parte de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrados en el artículo 53 de la C.P, debe desarrollarse en la mayor medida posible por parte del Estado, con los máximos de los recursos que disponga a fin de lograr su plena efectividad, evitando en consecuencia, los retrocesos de los logros ya alcanzados en la materia.

Entendiendo la aplicación del principio de progresividad como un avance en la protección constitucional de que goza este derecho laboral, resulta claro que en el contexto del Estado Social de Derecho, la estabilidad laboral en el empleo; derecho que si bien no es absoluto; responde a la necesidad de proteger los

²⁶⁰ Sentencia C-042 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁶¹ Sentencia T-047 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se afirmó: “Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados.”

²⁶² Sentencia T-395 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

derechos fundamentales, no solo del titular del derecho sino también de las personas que puede tener a cargo eventualmente.

La jurisprudencia ha reiterado en distintas oportunidades que en el evento en que una de las partes de la relación laboral este conformada por una persona que goza de especial protección constitucional, uno de los principios establecidos en el artículo 53 de la constitución cobra especial prevalencia, este es el principio a la estabilidad en el empleo, conforme al cual, el trabajador tiene derecho a permanecer en él y gozar de cierta seguridad en la continuidad del vinculo laboral contraído, mientras no exista un causal justificativa del despido, lo anterior en virtud de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.²⁶³

Tal seguridad ha sido identificada como una estabilidad laboral reforzada que se constituye en un derecho constitucional predicable de grupos sociales tales como las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, las madres cabeza de familia y los trabajadores aforados.

Sobre el particular, la Corte a establecido que: *“no existe un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a permanecer determinado tiempo en cierto empleo. No obstante, en virtud de las particulares garantías que señala la Constitución, algunas personas merecen especial protección a su estabilidad laboral. En esta medida no se les puede desvincular laboralmente mientras no exista una especial autorización de la oficina del trabajo o del juez”*.²⁶⁴

De conformidad con lo anterior, la Corte ha protegido a las personas que padecen de alguna limitación o desventaja, subordinando su despido a la autorización del juez o la autoridad laboral competente, garantizando así que la terminación del vinculo laboral no sea determinada por el estado de debilidad manifiesta o por la situación de desventaja o incapacidad,²⁶⁵ de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.²⁶⁶

²⁶³ Sentencia T-1117 de 2005. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁶⁴ Sentencia T-002 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁶⁵ Sentencias: T-530 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza , T-689 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁶⁶ Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”* dice en su Art. 26: *“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Con relación a la protección a la estabilidad laboral reforzada de la madre cabeza de familia ha sido abundante la jurisprudencia que ha considerado que este derecho por disposición expresa del artículo 43 de la Constitución, goza de especial protección, no por la condición de ser mujer u hombre, sino porque en ellos recae la calidad de cabeza del hogar como tal, protegiendo de esta forma el derecho a la familia y de manera especial los derechos de los niños que conforme a la Constitución son derechos que prevalecen sobre los demás.²⁶⁷

Teniendo en cuenta la difícil situación particular que enfrentan las madres cabeza de familia y en desarrollo del mandato constitucional del artículo 43, el Congreso de la República expidió la Ley 82 de 1993 modificada por la Ley 1232 de 2008, por medio de la cual creó normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, definiendo y reconociendo en el artículo 2 inciso 2 que:

“La Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

En virtud al principio de igualdad, la Corte²⁶⁸ amplió esta categoría a los padres cabeza de familia, haciendo extensivos los beneficios consagrados en la Ley 82 de 1993 a los menores hijos o a otras personas incapacitadas para trabajar dependientes del hombre que de hecho se encontrase en las mismas situaciones de las madres cabeza de familia.

²⁶⁷ Sentencia T-1117 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis. En la cual se afirmó que “ Las razones básicas de esta protección especial a los niños son: I)el respeto a la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el artículo 1° de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho Colombiano; II) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, III) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad mediante la garantía de vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.”

²⁶⁸ Sentencia C-954 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Lo mismo se ha consagrado en relación a las personas protegidas por el fuero sindical, garantía conforme al cual, los trabajadores miembros fundadores o integrantes de un sindicato que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 406 del C.S. del T., no pueden ser despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo o trasladados sin justa causa previamente calificada por el juez de trabajo,²⁶⁹ la Corte a establecido que solo asegurando la estabilidad laboral reforzada de este grupo de personas, se puede proteger otro valor constitucional cual es el derecho de asociación sindical dispuesto en el artículo 39 de la C.P.²⁷⁰

Ahora bien, la especial protección que la Constitución consagra a favor de estas personas se hace particularmente relevante entratándose de los procesos de reestructuración estatal.

Estos procesos, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, son legítimamente justificados, en virtud a la facultad que el ordenamiento jurídico colombiano le da al legislador de regular la organización y el funcionamiento de las entidades administrativas del orden nacional, sin embargo, dicha potestad del legislador no supone un ejercicio independiente y arbitrario de la misma, requiere por el contrario de la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes en esta materia ya que la iniciativa de esas leyes pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional.²⁷¹

En relación a la necesidad de implementarlos se tiene establecido que, los procesos que se lleven a cabo en procura de la modernización del Estado colombiano, tienen como objeto principal mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en cumplimiento de los fines esenciales del Estado, resultando para ello necesario reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlo y así las cosas, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc., y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente.²⁷²

En razón de lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible pudiendo entonces reformarse e incluir en tal proceso la readecuación de la planta física y de personal, no obstante, estableció que la reforma de las entidades y organismos sólo es procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no resulta violatoria los derechos

²⁶⁹ Art.405 del C.S. del T.

²⁷⁰ Sentencia T-029 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁷¹ Sentencia C-209 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁷² *Ibíd.* p. 17.

fundamentales de los ciudadanos, en especial, de los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., artículos 53 y 58).²⁷³

En ese orden de ideas, el proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social.²⁷⁴

Es en este contexto donde la protección a la estabilidad laboral reforzada de las personas anteriormente mencionadas en los procesos de reestructuración estatal, adquiere especial relevancia, no solo porque obedece al desarrollo del principio de igualdad, sino que también responde a las llamadas acciones afirmativas, de competencia del legislador y por medio de las cuales se busca proteger a grupos discriminados o aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta a fin de que puedan gozar de una igualdad real y sustancial, mediante el otorgamiento de un trato preferente y privilegiado en lo que respecta a su estabilidad laboral, conciliando de esta forma los intereses en conflicto: eficiencia, economía y eficacia por un lado y los derechos al trabajo y al mínimo vital por el otro.²⁷⁵

En este sentido, dentro de la concepción del Estado Social de Derecho estas acciones afirmativas se convierten en el medio adecuado a través del cual la pretensión o el fin de lograr no solo la igualdad formal sino también la material de las personas, puede alcanzar su máxima expresión y eficacia.²⁷⁶

Es así como en el año 2002, el Congreso de la República en uso de sus facultades, promulgó el 27 de diciembre de 2002, la Ley 790, a través de la cual se dictaron normas para adelantar el programa de renovación de la administración pública, y se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República. La precitada ley consagró en su artículo 12 una protección laboral de la siguiente manera:

*“Artículo 12. Protección especial. “De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, **no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa**”*

²⁷³ Sentencia C-074/93, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

²⁷⁴ Ver Sentencias: T-512 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett., T-733 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-766 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-793 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

²⁷⁵ Sentencia T-1031 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁷⁶ Sentencia C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

económica²⁷⁷, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley". (Negrillas fuera de texto).

De acuerdo a las facultades de reglamentación que le fueran conferidas al Presidente de la República, el 30 de enero de 2003, promulgó el Decreto 190 que en su artículo 16 limitó en el tiempo la protección especial contenida en el artículo 12 de Ley 790 de 2002. En efecto el artículo 16 estipuló lo siguiente:

*"Artículo 16. Aplicación en el tiempo. "Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, **las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1° de septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004**". (Negrillas fuera de texto).*

Posteriormente, el día 26 de junio de 2003, el Congreso de la República expidió la Ley 812, la cual en su artículo 8º, literal D consagró que los beneficios establecidos en el capítulo II de la Ley 790 de 2002, se extenderían en el tiempo únicamente hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo referente al tema de las personas que estuviesen próximas a pensionarse, las cuales permanecerían en ejercicio de sus cargos. Al respecto, el mencionado artículo estableció:

(...)

*"Los beneficios consagrados en el Capítulo 2 de la Ley 790 de 2002, se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, **a partir del 1º de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004.***

Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicaran hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado

²⁷⁷ En Sentencia C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte amplió la interpretación de la norma en comento incluyendo en la misma categoría a los hombres, padres cabeza de familia que se encontrasen en las mismas circunstancias.

con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez”.
(Negrillas y subrayado fuera de texto).

La jurisprudencia constitucional, de conformidad con lo anteriormente dicho, sostuvo que el programa de renovación a la administración pública, respondía a la formulación de metas válidas, pues la búsqueda de lograr la mayor eficiencia del aparato administrativo estatal y la mejora del fisco en procura de un mayor gasto de inversión, correspondían a objetivos acordes con los mandatos constitucionales, de ahí que, el deber de establecer acciones afirmativas a favor de las personas de especial protección que pueden resultar afectadas con tales medidas se exigiera con mayor intensidad.²⁷⁸

En este sentido, sostuvo la Corte que el llamado “Retén social” consagrado en la Ley 790 de 2002, respondía a una acción afirmativa, que a la luz del principio de igualdad, artículo 13 de la C.P, resultaba siendo una medida de discriminación positiva o inversa, por cuanto al aplicar la doctrina de la distribución de un bien escaso, como lo es el empleo, en beneficio de las personas de especial protección, esta resultaba ser una medida razonable y proporcional, la que entrándose de las madres cabeza de familia por ejemplo, tenía la finalidad de corregir o compensar la desigualdad que históricamente había recaído sobre la mujer en los campos económico y social de la vida colombiana y particularmente en el campo laboral frente al hombre.²⁷⁹

De la misma forma sostuvo que dado el carácter regresivo que implica la adopción de las disposiciones legislativas en mención, aunque las mismas se encontrasen plenamente justificadas a la luz del ordenamiento jurídico, al analizar el denominado Retén Social y las posibles limitaciones en cuanto a el término de su protección, en reiterada jurisprudencia, se afirmó que *“Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”*,²⁸⁰ relacionando así el principio de progresividad con el derecho a la estabilidad laboral reforzada como un límite a la potestad configurativa del legislador en la materia, tal como se expondrá en el capítulo siguiente.

Acogiendo las anteriores consideraciones dadas por la Corte Constitucional, en reciente fallo de segunda instancia de Tutela, el Tribunal Administrativo de Nariño, se pronunció sobre el caso de un empleado con nombramiento provisional desvinculado de INCODER a consecuencia del Programa de Renovación de la Administración Pública, desconociendo con ello su calidad padre cabeza de

²⁷⁸ Sentencia C-911 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁷⁹ Sentencia C-044 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁸⁰ Sentencia C-911 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

familia y de discapacitado, la Sala Cuarta del Tribunal, sostuvo que si bien la liquidación de INCODER se había producido el 21 de diciembre de 2007, quedando por fuera de término de vigencia del Plan de Desarrollo 2003-2006, resultaba este proceso ser propio del Programa de Renovación implementado, motivo por el cual se le hacían extensivos los beneficios consagrados en la Ley 790 de 2002, particularmente en lo referente al denominado “Reten Social” estipulado en el artículo 12, en consecuencia y de conformidad con la jurisprudencia, se entendía que tales beneficios establecidos no tenían límite de aplicación temporal, pues de lo contrario “*violaría el principio de igualdad y se constituiría en un retroceso en el reconocimiento de derechos sociales a sujetos de especial protección constitucional*”.²⁸¹

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta que el beneficio del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 recae sobre todos los empleados públicos y trabajadores oficiales sin consideración a su vínculo legal o contractual, la Sala decide tutelar los derechos fundamentales del accionante, revocando en consecuencia el fallo de primera instancia y ordenando al INCODER iniciar una actuación administrativa encaminada a revisar y resolver la situación del accionante a fin de que pueda ser incluido en el Reten Social y de comprobarse el cumplimiento de los requisitos proceder a su reintegro.

De esta forma y en relación a esta materia, se puede observar que no solo la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional ha hecho referencia sobre el principio de progresividad, a nivel local, los jueces con funciones constitucionales en los asuntos puestos su conocimiento, además de reconocer la importancia que ha revestido el principio de progresividad y la prohibición de retroceso han procurado aplicar y proteger este mandato en los casos que así lo han ameritado, cumpliendo de esta forma con la obligación de respeto a los DESC y de los derechos fundamentales conexos.

²⁸¹ Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Sala Cuarta de Decisión, Fallo de Segunda Instancia .Tutela M.P. Jorge Ordoñez Ordoñez, Exp. 520013331002200800080-01, 9 de Julio de 2008.

3. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA LABORAL EN LAS PROVIDENCIAS DICTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA AÑOS 2004 A 2008

En el presente capítulo daremos a conocer la postura que ha asumido la Corte Constitucional Colombiana con relación al Principio de Progresividad en los diferentes fallos que ha emitido relativos a materias laborales tales como: la reforma de ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento jurídico con el fin de promover otros fines del Estado, igualmente en lo referente a la pensión de invalidez cuando los requisitos para su acceso se han visto agravados en el tránsito legislativo, y por último respecto a la estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia y los discapacitados afectados por las reformas estructurales del Estado, cuando su protección se limita en el tiempo.

3.1 LA REFORMA DE CIERTAS GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES RECONOCIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON EL FIN DE PROMOVER OTROS FINES DEL ESTADO

Problema Jurídico: ¿Se vulnera el Principio de Progresividad cuando se modifican ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento jurídico, por medio de medidas legislativas con el fin de promover el empleo de quienes carecen de trabajo?

Cuadro No. 1 Línea Jurisprudencial sobre la reforma de ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento jurídico con el fin de promover otros fines del Estado.

<p>Si vulnera el principio de progresividad y el mandato de no retroceso el modificar ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento jurídico, por medio de medidas legislativas con el fin de promover el empleo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li style="text-align: right;">● C-038 de 2004* (Sentencia Hito) M.P. Eduardo Montealegre Lynett Reitera C-596/97 C-251/97 C-671/02 <li style="text-align: center;">● Salvamento y aclaración de voto C-038 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra <li style="text-align: center;">● Salvamento parcial de voto C-038 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería <li style="text-align: center;">● Salvamento y aclaración de voto C-038 de 2004 M. P. Jaime Córdoba Triviño <li style="text-align: right;">● C-257/08 M.P. Clara Inés Vargas H. Reitera C-038/04 <li style="text-align: center;">● Salvamento de voto C-257/08 M.P. Jaime Araujo Rentería 	<p>No vulnera el principio de progresividad y el mandato de no retroceso el modificar ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento jurídico, por medio de medidas legislativas con el fin de promover el empleo.</p>
---	--	---

● **Sentencia C-038 DE 2004:**

M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Hechos: El ciudadano Enrique Borda Villegas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra la totalidad de la Ley 789 de 2002

por vicios de trámite y por considerar que ese cuerpo legal califica, en forma ilegítima, al trabajo como una mercancía. Adicionalmente, y por otras razones, el actor solicita la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de esa misma ley que regulan el sistema de protección social, el trabajo ordinario y nocturno, el trabajo dominical y festivo, la indemnización en caso de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por falta de pago, la relación de aprendizaje, y la jornada laboral flexible.

El Magistrado sustanciador, mediante auto del 13 de junio de 2003, admitió la demanda contra los artículos 1º, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002, pero inadmitió la demanda presentada contra la totalidad de la ley, por falta de claridad en la formulación de los cargos. El auto concedió al actor un término de tres días para corregir el escrito. Como la demanda no fue corregida dentro de ese plazo, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 3 de julio de 2003, rechazó la demanda presentada contra la totalidad de la Ley 789 de 2002.

Ratio Decidendi: La Corte Constitucional en esta sentencia analiza diferentes artículos demandados de la Ley 789 de 2002, estableciendo que tales disposiciones si bien constituyen un eventual retroceso en cuanto a la protección de los derechos laborales, tal medida es constitucional y justificable, por cuanto la labor del legislador no solo se circunscribe al respeto de los derechos adquiridos sino también al respeto de los principios mínimos del trabajo, el bloque de constitucionalidad, el deber de progresividad y la prohibición prima facie de retrocesos, en esta medida y de acuerdo al postulado de la progresividad cuyo fin es el logro de la efectividad de los DESC y por tanto del logro del reconocimiento de prestaciones y proyecciones mayores y superiores con relación a cada uno de los derechos sociales, es claro que las medidas regresivas y conforme lo postula el Comité de DESC se presumen contrarias al Pacto y por lo tanto inconstitucionales a menos que se justifiquen y se tomen con el mayor cuidado y revisión.

En el caso, se plantea que el fin que persigue la norma es el aumento del empleo, motivo por el cual tal fin es constitucional pues es idóneo, ya que se basaron en estudios cuidadosos, necesario, por cuanto el congreso considero que no habían otras alternativas eficaces que fueran menos lesivas y proporcional porque las medidas a pesar de su retroceso conserva la protección mínima constitucional de los derechos de los trabajadores y además la medida promueve la realización de otro derecho cual es el mandato constitucional de procurar por parte del Estado el empleo a los ciudadanos, lo que hace que el fin perseguido sea constitucionalmente válido.

Decisión: Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-781 de 2003, que dispuso declarar exequible en lo acusado el inciso primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2003, salvo la expresión “o si presentara la demanda, no ha habido

pronunciamiento judicial”, que se declara inexequible, y declarar exequible, en lo acusado, el párrafo segundo del artículo 29 de la Ley 789 de 2003.

Declaró exequibles por los cargos estudiados los siguientes artículos de la Ley 789 de 2002: 25 que regula el trabajo ordinario y nocturno, 26 que trata sobre el trabajo dominical y festivo, 28 sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, 30 que trata sobre el contrato de aprendizaje y 51 que trata sobre la jornada laboral flexible. Además declaró exequibles las expresiones “Lo dispuesto en el inciso 1º. de este artículo” y “Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente” del párrafo 2 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Declaró exequible el artículo 1º de la ley en mención en el entendido de que los programas sociales deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto se haya incorporado previamente en el correspondiente presupuesto; salvo las expresiones “que el Gobierno Nacional defina como prioritarios” y el párrafo que se declaran inexequibles.

Se inhibió de conocer, por ausencia de cargo, de la constitucionalidad del numeral segundo y del párrafo primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, así como del segundo párrafo del numeral primero de ese artículo, que literalmente dice: “Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero”.

1. Salvamento y Aclaración de Voto a la Sentencia C-038 de 2004 Mag. Alfredo Beltrán Sierra.

Ratio Decidendi: En un Estado Social de Derecho adquiere trascendencia jurídica el preámbulo de la Constitución que adopta el trabajo como un valor fundante y el artículo 53 de la C. P. que consagra los principios mínimos fundamentales, cuyo objetivo es asegurar a los trabajadores que las reformas laborales no pueden menoscabar sus derechos.

El trabajo es un valor, un principio y un derecho, su regulación debe tener en cuenta el establecimiento de un “orden justo”, lo cual impide que la ley laboral se torne regresiva y disminuya los derechos de los trabajadores.

Las normas en cuestión quebrantan la Constitución, puesto que se parte de la consideración del trabajo como mercancía, evidente tanto en la exposición de motivos por parte del Gobierno como en la discusión correspondiente, donde se expresó que las normas contenidas en la ley son importantes para disminuir los costos de los empleadores.

2. Salvamento Parcial de Voto a la Sentencia C-038 de 2004 Mag. Jaime Araujo Rentería.

Ratio Decidendi: En este salvamento parcial el Mag. Jaime Araujo Rentería, expone que los derechos fundamentales nacen solo con los propios límites que la propia constitución les establezca y en esta medida toda limitación de un derecho se presume inconstitucional, por lo debe ser justificada por quien hace la limitación, en el caso a revisión considera que por tratarse del derecho al trabajo, que no solo es un derecho fundamental sino también un principio constitucional que sirve de sustento al Estado por virtud del artículo 1 el control de constitucional debe ser más estricto, en este sentido el juicio de igualdad llevado por la Corte constitucional en la sentencia resultó desproporcionado pues el fin perseguido por la Ley 789 de 2002 no era claro en las metas propuestas, ni los medios idóneos y necesarios, con lo cual la norma es violatoria del principio de no retroceso.

3. Salvamento y Aclaración de Voto a la Sentencia C-038 de 2004 Mag. Jaime Córdoba Triviño.

Ratio Decidendi: Expuso en este salvamento que la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas de la Ley 789 de 2002 se basó en el supuesto de que los fines de la promoción del empleo y el crecimiento económico del Estado eran objetivos constitucionalmente válidos, y pese a que así lo hayan sido resultó necesario, según lo manifiesta el H. Magistrado, distinguir entre los fines perseguidos por la norma y las justificaciones que deben tener esas medidas para lograr esos fines, pues de haberlo hecho las normas acusadas se hubiesen declarado inexecutable, ya que la mera existencia de motivos para implementar las medidas de carácter regresivo no servían como razones constitucionalmente válidas que permitiesen generar el juicio de proporcionalidad que hizo la Corte y aún más cuando las mismas someten al trabajador a situaciones de indignidad laboral.

• Sentencia C-257/08:

M.P. Clara Inés Vargas

Hechos: En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, el ciudadano Carlos Rodríguez Díaz solicita a la Corte Constitucional la declaración de inexecutable de los artículos 25 que hace alusión al trabajo ordinario y nocturno siendo el primero de 6:00 a.m. a 10:00 p.m., el 26 sobre trabajo dominical y festivo, el 28 sobre terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y el 51 jornada laboral flexible (en lo acusado) de la Ley 789 de 2002.

En razón a que se vulneraba el Preámbulo y los artículos 1 (principios fundantes del Estado colombiano), 2 (fines del Estado Colombiano), 3 (soberanía popular), 4

(supremacía de la Constitución), 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 25 (derecho al trabajo), 53 (principios mínimos del estatuto del trabajo), 93 y 94 (cláusula de los derechos innominados) de la Constitución; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parámetros de constitucionalidad estricto sensu. Al igual que los artículos 2.1, 4, 5, 6.1, 6.2, 7 (literal d) y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los criterios interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenidos en las Observaciones Generales del Comité Económico y Social de la ONU y los Principios de Limburgo y Maastricht, como normatividad integrante el bloque de constitucionalidad lato sensu.

Ratio Decidendi: En esta sentencia, la Corte no analizó de fondo el asunto bajo examen ni hizo alusión al principio de progresividad, se está a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004 bajo la consideración de que no es procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto i) se ha configurado la cosa juzgada formal relativa al demandarse nuevamente las mismas normas bajo idénticos cargos, ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y iii) se radicó en el legislador a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, evaluación que sería propia de un juicio político mas no jurídico.

Decisión: Estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso declarar Exequibles, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

1. Salvamento de Voto a la Sentencia C-257 del 2008 Mag. Jaime Araujo Rentería.

Se reitera lo argumentado en el salvamento de voto de la sentencia C-038 de 2004. Manifestando que no existe cosa juzgada constitucional y deben prosperar los cargos de inconstitucionalidad formulados contra los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002.

Ratio Decidendi: “De otra parte, aún cuando se aceptara que hay cosa juzgada, en criterio del suscrito magistrado hay que tener en cuenta que se trata de una ley que condicionó su validez a su eficacia.

A este respecto, no debe olvidarse que una es la existencia, otra la validez, y otra la eficacia de una norma, que puede subsistir a pesar de la inexecutable o

derogatoria. Como lo señala Kelsen, una norma en particular, puede perder vigencia por falta de eficacia. En el caso concreto, es claro que las disposiciones eran regresivas y que por lo mismo, sólo serían constitucionales si lograban el objetivo propuesto. Es de advertir que en este caso nos encontramos en el cotejo de la ley con la realidad, con elementos de hecho, cotejo que debe tener lugar por haberse incluido en la misma ley y en la sentencia que estudió su constitucionalidad.”

Cabe resaltar que en esta providencia salvó el voto el presidente de la Sala HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, y aclararon el voto los Magistrados JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, sin embargo dichos pronunciamientos no fueron encontrados en la página Web de la H. Corte Constitucional, ni en otros sitios oficiales.

3.2 LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN

Problema Jurídico: ¿Vulnera o no el Principio de Progresividad el no reconocimiento a la Pensión de Invalidez cuando en tránsitos legislativos se generan requisitos adicionales para su acceso?

Cuadro No. 2 Línea Jurisprudencial sobre la pensión de invalidez por riesgo común.

<p>Si vulnera el principio de progresividad y el mandato de no retroceso de las medidas de protección alcanzadas en materia de Pensión de Invalidez.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • T-1291/05 M.P. Clara Inés Vargas • T-221/06 M.P. Rodrigo Escobar Gil. • T-1064/06 M.P. Clara Inés Vargas, Reitera T-1291/05 T-221/06. • T-1065/06 M.P. Humberto Sierra Porto. • T-043/07* (Sentencia Hito) M.P. Jaime Córdoba Triviño. 	<p>No vulnera el principio de progresividad ni el mandato de no retroceso, pues se encuentran las medidas justificadas en materia de Pensión</p>
--	--	--

	<p>•</p> <p>T-580/07 M.P. Humberto Sierra Porto.</p> <p>•</p> <p>T-628/07 M.P. Clara Inés Vargas.</p> <p>•</p> <p>T-641/07 M.P. Marco G. Monroy Cabra. Reitera T-221/06 T-043/07 T-1291/05.</p> <p>•</p> <p>T-699A/07 M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p> <p>•</p> <p>T-1072/07 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Reitera T-221/06 T-043/07 T-580/07</p> <p>•</p> <p>T-018/08 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Reitera T-221/06 T-043/07 T-1291/05.</p> <p>•</p> <p>T-069/08 M.P. Manuel José Cepeda. Reitera T-221/06 T-043/07. T-699A/07 T-1291/05.</p> <p>•</p> <p>T-078/08 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Reitera T-221/06 T-043/07 T-1291/05.</p> <p>•</p> <p>T-080/08 M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p> <p>•</p>	de Invalidez
--	---	--------------

	<p>T-103/08 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Reitera T-221/06 T-043/07 T-580/07 T-699A/07 T-641/07 T-1291/05.</p> <p style="text-align: center;">•</p> <p>T-104/08 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Reitera T-221/06 T-043/07 T-580/07 T-699A/07 T-1072/07</p>	
--	---	--

- **Sentencia T-1291 de 2005:**

M.P. Clara Inés Vargas.

Hechos: La accionante interpone acción de tutela contra el fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. por violación a sus derechos fundamentales a la vida, integridad física y seguridad social. Señala que el 28 de enero de 2004 sufrió un accidente cerebro vascular, en consecuencia la Junta de Regional de Calificación de Invalidez le asignó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 69.05%. Sin embargo al solicitar el reconocimiento a la pensión de invalidez la AFP negó la solicitud aduciendo que no cumplía con el mínimo de semanas de cotización conforme el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

La sentencia de primera instancia negó el amparo aduciendo que la actora contaba con otros mecanismos de defensa judicial. La sentencia de segunda instancia confirmó el fallo del ad quo por no encontrarse en el caso concreto una violación de derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela.

Ratio Decidendi: Conforme los postulados internacionales entre los que se destaca el PIDESC y las observaciones hechas por el Comité del PIDESC, sobre la necesidad de brindar asistencia médica y financiera a las personas discapacitadas, en materia de seguridad social, la corporación afirmó que si bien este no es un derecho fundamental por la naturaleza prestacional que reviste, lo cierto es que por su condición necesaria para la realización de valores individuales tales como la vida, la dignidad humana, el trabajo y la integridad personal y bajo ciertas circunstancias es merecedora de protección mediante tutela.

En materia de pensiones, en lo que respecta a la pensión de invalidez, sostuvo que cuando la AFP y el I.S.S. definen las alternativas prestacionales a aplicarse en un caso concreto, debe considerar tres criterios: la favorabilidad, el principio de Progresividad y la definición del régimen de transición cuando hay cambio normativo.

En lo que respecta al principio de progresividad la sentencia hace alusión a los postulados internacionales que hacen referencia al mandato y que han sido integrados al ordenamiento jurídico por vía del bloque de constitucionalidad por ejemplo el PIDESC y el acatamiento a los lineamientos internacionales dados por las observaciones que han formulado el Comité de DESC, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y además a lo reiterado en las sentencias C-596 de 1997 y C-1165 de 2000, C-038 de 2004 al respecto, concluyendo que:

“Conforme a lo anterior, el derecho a la seguridad social está regido por el principio de progresividad a partir del cual la Corte ha rechazado, como regla general, cualquier medida regresiva que no se justifique debidamente. Además, teniendo en cuenta que dicho principio tiene una conexión íntima con el derecho a la igualdad, la Corte ha previsto que cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisibles.”

Por ello considero que uno de los instrumentos por medio de los cuales se ha protegido los derechos de quienes se les ha cambiado las condiciones para acceder a determinadas prestaciones sociales frente a los cambios legislativos son los regímenes de transición.

En el caso concreto, atendiendo a las razones expuestas y por lo demás a la protección constitucional de las madres cabezas de familia y de los derechos fundamentales de la accionante, considero que las decisiones judiciales de instancia, acogidas para dar solución al caso en concreto, si bien se ajustaban a la ley resultaban violatorias de la Constitución y del principio de progresividad del sistema de seguridad social más aún cuando el legislador no había previsto un régimen de transición. En consecuencia y conforme al principio de favorabilidad ordena la aplicación en el caso concreto del literal b) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, requisitos que cumple a cabalidad la accionante.

Decisión: Concede el amparo a la accionante, tutelando sus derechos y los de su hija menor, revocando los fallos de instancia y ordenando a la entidad tutelada el reconocimiento a la pensión de invalidez correspondiente.

• **Sentencia T- 221 de 2006:**

M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: La Sala Quinta de Revisión conoció el caso de una mujer de 73 años de edad, quien a causa de un accidente de trabajo contrajo cáncer pulmonar, enfermedad que redujo su capacidad laboral en un 58,6%. Ante esta situación, acudió ante la administradora de pensiones para que le fuera reconocida la pensión de invalidez. Frente a esta solicitud, la entidad consideró que la peticionaria no cumplía con el segundo requisito previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, esto es, una fidelidad de afiliación del 20% desde el momento en que la cotizante cumplió 20 años y la fecha en que se produjo la primera calificación del estado de invalidez.

La sentencia de primera instancia, negó las pretensiones aduciendo la improcedencia de la acción de tutela, decisión que fue confirmada en segunda instancia:

Ratio Decidendi: Luego de reiterar el carácter prestacional y programático que reviste el derecho a la seguridad social, la Corte realiza una breve exposición sobre los principios fundamentales que coadyuvan a la materialización de este derecho entre los cuales se encuentra el principio de progresividad que conforme lo ha expuesto la jurisprudencia consiste en que:

*“existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la **progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales**, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad”.*²⁸² (negrillas originales).

Así, si bien la libertad configurativa del legislador es amplia en la materia, encuentra sus límites en el respeto a los derechos fundantes del Estado Social de Derecho, en este sentido se creó la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, procurando realizar y conciliar los principios mencionados precedentemente. En este orden de ideas afirmó que: *“Si bien es cierto que el legislador tiene dentro del ámbito de sus facultades, amplia libertad de configuración legislativa en materia de derechos prestacionales y asistenciales, ella encuentra límites en relación con el principio de progresividad, de tal forma que inicialmente no le es dado establecer normas que desconozcan conquistas en materia de estos derechos.”*

En el caso de la pensión de invalidez, que como una prestación social, responde al deber del Estado de proteger especialmente a las personas disminuidas

²⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

físicamente, lo cierto es que contrario a lo establecido para la pensión de vejez, la Ley 100 de 1993 no consagró un régimen de transición y aunque las Sentencias C-125 de 2000 y T-951 de 2003 justificaron la ausencia de esta disposición, consideró la Corte en relación a las modificaciones introducidas al artículo 39 original de la Ley 100/93 que:

“...resulta contrario a la lógica propia de los derechos económicos y sociales que el legislador introduzca una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión. No obstante, es factible que el legislador establezca regulaciones regresivas en tratándose de derechos sociales y económicos, cuando éstas sean razonables y proporcionales y se encuentren debidamente justificadas.”

En el caso concreto, estableció: *“De otra parte, se tiene que la norma que se considera no afecta a la población en general sino que va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios cuales son las personas discapacitadas que merecen una especial atención por parte del Estado.”*

Así concluye que la aplicación de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 860/03 contrariaba la Carta Política, en tanto resultaba incompatible con el mandato de progresividad de los derechos sociales, habida cuenta que (i) no existía una razón legislativa suficiente, que justificara el aumento de los requisitos para el acceso a la pensión de invalidez, más aún cuando las modificaciones normativas sobre la materia debían tener en cuenta, en todo caso, la obligación estatal de protección de las personas en situación de discapacidad; y (ii) los hechos particulares del caso propuesto demostraban la incapacidad de la actora para acreditar las cotizaciones faltantes en los términos de la ley mencionada, en consideración a su ingreso tardío al régimen de seguridad social; al igual que la afectación cierta del derecho fundamental al mínimo vital, cuya efectividad dependía del acceso a la prestación económica solicitada.

Considera que la norma en comento carece de justificación en cuanto afirma que la reforma se introdujo en virtud al fomento de la cultura de la afiliación al sistema, sin tener en cuenta los efectos sobre los diferentes grupos poblacionales, al respecto afirmó:

“La cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella. No puede por tanto el legislador, pretender infundir una cultura de afiliación desprotegiendo a ciertos sectores de la población, sin crear un régimen de transición o un

mecanismo similar que ampare a las personas que bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema”.

Decisión: Con base en las siguientes consideraciones, y teniendo en cuenta que el punto de la progresividad resultó altamente relevante para la inaplicación de la norma por inconstitucional, la Corte, en efecto, aplica la excepción de inconstitucional frente al artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por violar evidentemente los artículos 13,36 y 48 de la Constitución Política y en su lugar ordena a la entidad tutelada el reconocimiento de la pensión de invalidez de la accionante mediante la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original revocando en consecuencia las sentencias de instancia.

• **Sentencia T- 1065 de 2006:**

M.P. Humberto Sierra Porto.

Hechos: El ciudadano por acción de tutela busca que se le restablezca los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna en razón a la negativa del Instituto de Seguros Sociales en el reconocimiento a la Pensión de Invalidez en virtud a que según la entidad no cumplía con el requisito mínimo de cotización establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pese a haber cotizado interrumidamente desde 1975 hasta el año 1990 y a que la calificación emitida por la Junta regional de Calificación de Invalidez sobre la pérdida de su capacidad laboral había sido estimada en un porcentaje de 50.7% con fecha de estructuración 23 de mayo de 2003.

La primera instancia, Juzgado Único Laboral del Circuito negó el amparo por cuanto la norma aplicable era el artículo 39 de la ley 100/93 y no el decreto 758 de 1990 por cuanto a la fecha de estructuración no se encontraba vigente. La sentencia de segunda instancia, Tribuna Superior Sala Laboral, confirmó el fallo del ad-quo. Tutelado el fallo, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo por ser improcedente la tutela contra sentencias y en su turno la Sala de Casación Penal de la misma corporación confirmó el fallo dado por la Sala de Casación Laboral.

Ratio Decidendi: Una vez efectuado el análisis sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en el caso por vía de hecho por defecto fáctico, pues el juez de segunda instancia consideró que al accionante se le había cancelado la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez y, con fundamento en tal circunstancia, resolvió no ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al actor de la presente tutela, la Corte aplica en el caso los principios de favorabilidad, progresividad y confianza legítima.

De conformidad con lo establecido por las sentencias T-1291 de 2005, C-251 de 1997, concluyo que el principio de progresividad guarda una especial relación con el principio de favorabilidad, en el sentido en que:

“...las medidas adoptadas por los Estados deben orientarse siempre a ampliar la protección y no a disminuirla, tal como lo manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando se pronunció sobre este tema en el “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”: “La obligación del desarrollo progresivo de dichos derechos, exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo.” De ahí la estrecha relación existente entre el principio de favorabilidad y el principio de progresividad. Cuando existe duda seria y razonable acerca de la aplicación de las fuentes formales del derecho en un caso concreto, ha de aplicarse a aquella legislación que garantice ampliar el ámbito de protección de los derechos en materia laboral y no lo disminuya... allí donde la restricción se predique de derechos cuyos titulares sean personas, las cuales, “por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(Art. 13 C.)... entonces la prohibición de regresión se presenta con mayor intensidad”.

En el caso concreto consideró la Corte que: *“tanto por virtud del principio de favorabilidad, como en razón del principio de progresividad resulta obligatorio aplicar – como lo reconoció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta - lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, así la invalidez se haya estructurado bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993”. Y en tanto que “el cambio de legislación defraudó la confianza del señor Becerra respecto de la posibilidad de acceder a un derecho cuyo cumplimiento - bajo la legislación anterior – podía exigir en el momento en que se presentara la invalidez”.*

Consideró en razón de lo anterior que: *“de no reconocerse el pago de la pensión de invalidez se afectaría su derecho fundamental al mínimo vital y se desconocerían de manera ostensible los principios de favorabilidad, de progresividad en materia laboral así como el principio de confianza legítima”.*

Decisión: En virtud de lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional revoca las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, así como las sentencias de instancia, y en consecuencia ordena al I.S.S. el reconocimiento a la Pensión de Invalidez correspondiente.

- **Sentencia T-043 DE 2007:**

M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Hechos: En este caso la Corte Constitucional, analiza en conjunto tres casos que tratan sobre el reconocimiento a la pensión de invalidez mediante tutela por vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida en conexidad con el derecho a la Salud y a la Seguridad Social.

- 1. Expediente T-1411101:** Se plantea el caso de un señor que tras solicitar la calificación que determinara el porcentaje (%) de pérdida de incapacidad laboral ante BBVA Horizonte a fin de solicitar la pensión de invalidez, tras ser evaluado en casi tres oportunidades, fue finalmente calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la que certificó una pérdida de capacidad laboral del 58.81% con fecha de estructuración de 6 de noviembre de 2003, sin embargo la entidad BBVA Horizonte negó el reconocimiento de la misma en virtud a que el actor no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema previsto en el artículo 39 de la Ley 100/93 modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003. El actor interpuso acción de tutela contra BBVA Horizonte alegando que la norma sobre la cual se basó la entidad para la negativa en el reconocimiento a la pensión de invalidez había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1056 de 2003.
- 2. Expediente T-1430828:** En este caso, el actor quien padece de ptosis palpebral con cubrimiento total de la pupila y después de que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le determinara una pérdida de capacidad laboral del 64.25 %, con fecha de estructuración de 12 de diciembre de 2004, solicitó el reconocimiento a la pensión de invalidez ante BBVA Horizonte, la cual negó la solicitud en virtud a que el solicitante no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema conforme lo establece el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.
- 3. Expediente T-1432311:** El actor quien padece de cáncer de colon y problemas de visión en su ojo izquierdo y al cual se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 61.47%, con fecha de estructuración del 11 de noviembre de 2004, solicitó al I.S.S. el reconocimiento a la pensión de invalidez correspondiente, sin embargo la entidad negó la solicitud aduciendo que el solicitante carecía del requisito establecido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 referente a: *que haya cotizado cincuenta (50) semanas durante los últimos tres años, inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.*

En estos casos la entidad accionada, con excepción del I.S.S., manifestó que aplicaba lo dispuesto en el artículo 16 del C.S. del T., el cual establece que las normas laborales son de orden público, producen efecto general e inmediato y no pueden aplicarse retroactivamente, esto es, no afectan situaciones definidas o

consumadas conforme a leyes anteriores y en virtud de lo anterior había aplicado la ley vigente para el momento de la estructuración de la invalidez.

En el primer caso, tanto la primera como la segunda instancia negó el amparo solicitado en virtud a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, en el segundo evento, la sentencia de primera instancia negó el amparo en virtud a que contaba con la vía ordinaria para discutir sus pretensiones, sentencia que no fue recurrida, finalmente en el tercer caso, la sentencia de primera instancia considero improcedente la acción de tutela toda vez que según el Ad quo los hechos planteados corresponden a asuntos litigiosos que están sujetos a discusión, de tal forma que el accionante debió controvertir la decisión del I.S.S. a través del agotamiento de la vía gubernativa., fallo que fue confirmado por la segunda instancia, bajo el argumento de que, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, esta no puede girar en torno al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Para el Tribunal, esta controversia corresponde a la jurisdicción competente, que a diferencia de lo dispuesto por el *a quo*, no es la contenciosa administrativa sino la laboral, conforme lo dispone el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo.

Ratio Decidendi: En esta sentencia, la Corte Constitucional establece como mandato general que:

“La Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas²⁸³ de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas,

²⁸³ La Corte indicó que la actuación del legislador no es absolutamente libre, sino que por el contrario está limitada por las expectativas legítimas, que si bien no pueden conducir a la “petrificación del ordenamiento”, deben recibir determinado grado de protección, pues los tránsitos normativos deben ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, la expectativa de acceder a una pensión se torna legítima cuando más cerca está la persona de cumplir los requisitos para su reconocimiento. Bajo esta óptica, una modificación que haga más exigente el acceso a este derecho social deberá estar plenamente justificada.

contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas.”

En virtud a que en el sistema de pensión de invalidez, no se previó un régimen de transición, se concluye que la regla general de aplicación de la ley es la que esta vigente al momento de estructurarse la invalidez, sin embargo, frente al primer caso considera que *“en virtud al principio de favorabilidad debe darse preferencia a lo fijado por el artículo 39 de la Ley 100/93, en tanto permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión con el cumplimiento de menores requisitos.”*

Frente al análisis del segundo y tercer caso, la Corte sostuvo, luego de analizar las sentencias: C-671/02, C-991/04, C-789/02, C-038/04 y T-221 de 2006, que *“Por lo tanto, se constata que la Ley 860 de 2003 al incrementar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en relación con la legislación anterior, Ley 100 de 1993, restringe el acceso a la pensión de invalidez por cuanto hace más exigentes sus requisitos de reconocimiento, siendo entonces una medida de carácter regresivo”*.

En virtud de lo anterior la Corte, reiterando las sentencias: T-1291/05 y T-221/06, y teniendo en cuenta que la Ley 860 de 2003 presenta razones que resultan inconstitucionales para el caso concreto en razón a que resultan regresivas y que afecta de manera flagrante a las personas de especial protección constitucional y con el fin de inaplicar la ley vigente estableció que:

“Estas reglas, a juicio de la Sala, gravitan sobre dos instancias definidas. La compatibilidad entre las normas legales aplicables y el principio de progresividad de los derechos sociales y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez”

En virtud de lo anterior la Corte definió las reglas sobre las cuales procedía el amparo solicitado, en virtud al mandato de progresividad:

“...las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación

desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

.... Para este efecto, servirán de criterios indicadores de esta afectación, entre otros (i) la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación; y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión "original", para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo."

En los casos analizados encontró la Corte que, en el primero debe darse aplicación al principio de favorabilidad, y en virtud a que el artículo 1 de la Ley 860 establecen medidas regresivas que resultan desproporcionadas en cuanto afectan las expectativas legítimas de los accionantes, observó que de aplicarse la norma en los casos dos y tres, se afectaría de manera directa el derecho fundamental al mínimo vital de los accionantes desconociendo al mismo tiempo la especial protección constitucional de que gozan.

Decisión: Por las razones expuestas la Corte, decide revocar las sentencias proferidas en las diferentes instancias y en su lugar ampara los derechos de los accionantes, ordenando a las entidades correspondientes el reconocimiento a la Pensión de Invalidez a la cual tienen derecho.

• **Sentencia T-628 de 2007:**

M.P. Clara Inés Vargas.

Hechos: En el mes de septiembre de 2000, el actor de la tutela, fue diagnosticado como persona portadora del virus de VIH/SIDA, motivo por el cual la Oficina de Calificación de Invalidez, el 28 de agosto 2003, lo declaró inválido por la pérdida de su capacidad laboral correspondiente al 53.92%, a partir de junio 30 del mismo año.

El 07 de junio de 2005 radicó ante el I.S.S. la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la que fue resuelta en virtud a una acción de tutela y un incidente de desacato, mediante la Resolución N° 00 9018 de marzo 1° de 2006, la cual le negó el derecho bajo el argumento de que conforme *"al artículo 39 de la ley 100 y modificado por el artículo 11 de la ley 797 no había cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez"*.

Sostiene que la negativa de la entidad, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y de petición. La primera instancia, negó el amparo por cuanto considero que el actor tenía a su disposición otros mecanismos de defensa judicial dónde podía exponer su inconformidad con las decisiones del I.S.S. que le negaron la pensión de invalidez. La sentencia de segunda instancia confirma la decisión de primera instancia, pues consideró que la acción de tutela no fue instituida para ordenar el reconocimiento de pensiones ya que dicho tema escapaba del ámbito competente del juez constitucional. Aseveró que el derecho a la seguridad social deviene fundamental cuando pone en peligro otros derechos y principios fundamentales, los cuales no están probados en el caso del señor XX.

Ratio Decidendi: En esta sentencia luego de reiterar el carácter progresivo del derecho a la Seguridad Social, conforme dispone el artículo 48 de la Constitución Política, procede a señalar que si bien, la seguridad social es un derecho de carácter prestacional, por su conexión a derechos fundamentales tales como la vida o el mínimo vital, este derecho reconocido como un Derechos económico, social y cultural puede eventualmente transmutar a un derecho subjetivo en procura de la protección de los derechos fundamentales, haciendo posible su judicialidad.

En este orden de ideas, y en relación al principio de progresividad en materia de seguridad social así como en la especial protección que gozan las personas invalidas, sostuvo que: *“...la conexión íntima que guarda dicho principio de progresividad con el derecho a la igualdad, esta corporación ha manifestado que “cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisibles”.*²⁸⁴ *Prohibición de retrocesos que no por sí misma resulta ser absoluta ya que puede en un momento determinado resultar justificable al existir “imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del un derecho social”.*

Sin embargo, en el caso concreto y atendiendo a las consideraciones emitidas por la corporación, manifestó el deber ineludible que tiene el Estado de proteger a personas enfermas por VIH, en virtud a la gravedad que reviste la enfermedad.

En este orden de ideas, sostuvo que la legislación en materia pensional, como la variación de requisitos para su reconocimiento, debe contemplar los llamados regimenes de transición, en razón al principio de confianza legítima y la protección de las llamadas expectativas legítimas, sobre todo cuando se afecta a personas de especial protección constitucional, por lo que, reiterando las sentencias T-221/06 y T-1291/05, afirmó:

“el legislador, al gozar de un amplio margen de configuración, puede prescindir de la creación de un régimen de transición en materia de

²⁸⁴ Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

pensiones, cuando la reforma legislativa implica una medida favorable para las personas, es decir, cuando se está en presencia de una regulación progresiva. En sentido contrario, si el legislador crea una medida regresiva, por tratarse de derechos sociales y económicos debe procurar que la lesión que se cause a las personas pertenecientes al régimen de seguridad social sea mínima, de tal suerte que resulte lógica la creación de un régimen de transición o, en caso de que el legislador no lo considere prudente, la justificación plena de las razones que lo llevan a tomar una medida regresiva en materia de derechos económicos y sociales sin la precaución de salvaguardar las expectativas legítimas de las personas de acceder a una pensión de invalidez en caso de que les sobrevenga una contingencia que merme su capacidad laboral en cuantía superior al cincuenta por ciento (50%).”

Sostuvo que tratándose de personas de especial protección constitucional el legislador debe contemplar con mayor razón la posibilidad de establecer un régimen de transición frente a medidas regresivas. Normas legales que una vez expedidas habrán de ser interpretadas *“de manera tal que favorezcan, dentro de los límites de lo razonable, a las personas minusválidas”*.

Analizando el caso en concreto encontró que si bien la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez se fundamentó en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ley vigente al momento de la pensión de invalidez, e inclusive el Art.1 de la Ley 860 de 2003, no se tuvo en cuenta que con anterioridad al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 se encontraba vigente el Decreto 758 de 1990 el cual establecía como uno de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez : *Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.*

Como el tránsito legislativo no tuvo en cuenta la implementación de un régimen de transición, la norma más favorable para el discapacitado resulta ser el Decreto 758 de 1990. Sin embargo la Corte en observancia del artículo 4 de la Constitución Política, sin que con ello aplique la favorabilidad, procede a aplicar directamente el texto constitucional, amparado los derechos de accionante y ordenando al I.S.S. el reconocimiento a pensión de invalidez.

Decisión: la Corte, decide revocar las sentencias proferidas en las diferentes instancias y en su lugar ampara los derechos del accionante, ordenando al I.S.S. el reconocimiento a la pensión de invalidez.

- **Sentencia T-699A de 2007:**

M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: El actor se encontraba afiliado al Fondo de pensiones y cesantías BBVA Horizonte, desde el mes de noviembre de 2002, posteriormente contrajo SIDA, motivo por el cual la Junta Regional de calificación de invalidez, en dictamen del 5 de febrero de 2004, estableció que dicha enfermedad le producía una pérdida de la capacidad laboral del 53.25%, lo cual configuraba un estado de invalidez cuya fecha de estructuración había sido el 24 de julio de 2003. Al solicitar la pensión por invalidez, la entidad la negó aduciendo que no cumplía con el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, de haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En atención a la apelación que se surtió sobre el dictamen, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modificó la fecha de estructuración al 5 de junio de 2003, posteriormente y tras solicitar la nueva calificación esta se determinó en una pérdida de capacidad laboral del 61.05%, sin embargo la entidad volvió a rechazar la solicitud aduciendo las mismas razones sin que la modificación de la fecha de estructuración de invalidez incidiera en la decisión. En virtud de lo anterior considera vulnerados sus derechos a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

La sentencia de primera instancia negó el amparo alegando que la decisión que tomó la entidad se ajustó a derecho y que el conflicto que era de carácter legal debía ser suscitado ante la justicia laboral. La sentencia no fue impugnada.

Ratio Decidendi: Dado el carácter progresivo de la seguridad social, que se impone como un deber por parte del Estado en virtud al compromiso adquirido con los mandatos internacionales relacionados con los DESC, *“el Congreso, al momento de reconocer y fijar las condiciones de los derechos, beneficios y prestaciones de la seguridad social deberá, en cumplimiento del principio de progresividad, por un lado, establecer condiciones mínimas que no pueden ser desmejoradas, y por el otro, hacer efectiva la ampliación de los beneficios y la creación de garantías más favorables para la población”*.

Motivo por el cual una consagración legislativa que resulte regresiva se presume, *prima facie*, inconstitucional, salvo que las razones que motivaron ese retroceso sean *justificables y proporcionadas* en comparación con las posibles circunstancias desfavorables que se causen. Afirmó:

“..Esta Corte definió, de forma común, los casos en los que la respectiva A.F.P. había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez con

fundamento en que no se cumplían los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 o en la Ley 797 del mismo año, y que se trataba de personas que se encontraban cotizando bajo la aplicación de la Ley 100 cuando entró en vigencia la modificación al régimen. Al respecto, esta Corporación definió que la aplicación de una norma que hace más gravoso cumplir con los requisitos para acceder al beneficio pensional incorpora un carácter regresivo y desproporcionado que afecta desfavorablemente a los afiliados que tenían la expectativa de pensionarse bajo los supuestos de la Ley 100 de 1993, y para quienes el Legislador no previó un régimen de transición, en consecuencia, tiene cabida que el juez de tutela haga uso de la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar aquella disposición que resultó ser regresiva y desconoció el principio de progresividad en materia de seguridad social, de tal forma que se protejan los derechos fundamentales que resulten afectados, en especial, el derecho al mínimo vital de quienes no pueden desempeñar una labor que les permita atender sus necesidades, y requieren de una mesada pensional como única fuente de ingreso”.

En el caso concreto consideró lo desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que hubiese cumplido los requisitos del régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez.

Decisión: Revocar la sentencia de primera instancia proferida, tutelar los derechos del accionante y ordenar a BBVA Horizontes el reconocimiento a la pensión de invalidez.

• **Sentencia T-1072-07:**

M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: El 30 de marzo de 2007, el accionante interpuso acción de tutela en contra del fondo de pensiones y cesantías protección S.A, por violar sus derechos a la vida, la salud, el trabajo y la igualdad ante la negativa en el reconocimiento a la pensión de invalidez, pues pese a encontrarse afiliado desde 1999 y su calificación sobre la pérdida de capacidad laboral fue del 52.84% con fecha de estructuración de 2 de agosto de 2005, la entidad le niega el derecho aduciendo que el actor no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema contemplado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. La sentencia de primera instancia amparo transitoriamente los derechos vulnerados en consideración a la violación del

mínimo vital del accionante, sin embargo en segunda instancia el fallo fue revocado en virtud a la improcedencia de la acción de tutela.

Ratio Decidendi: La Corte en este fallo, expone claramente la importancia del principio de progresividad en materia de seguridad social, basándose en las consideraciones hechas al respecto, en las sentencias T-580/07, T-221/06 y T-043 de 2007 entre otras sostuvo:

“Específicamente, el principio de progresividad, implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.”

Ahora bien, teniendo en cuenta que la prohibición de retrocesos admite medidas regresivas en virtud a criterios de necesidad, idoneidad y proporcional la Corte, con base a esas consideraciones entra a analizar las modificaciones legislativas introducidas a los requisitos para acceder a la Pensión de Invalidez y el impacto en el caso concreto estableciendo que, la regulación vigente (Ley 860 de 2003) de manera clara resulta ser flagrantemente regresiva pues contempla requisitos más rigurosos para el acceso a la pensión de invalidez, en este sentido reitera lo establecido en la sentencia T-221/06 cuando estima que las razones de justificación que sustentan las medidas, cuales son el propender por la cultura de afiliación al sistema de seguridad social y controlar los fraudes, en el caso concreto resultan desproporcionadas e irracionales y en virtud que no se previó un régimen de transición que salvaguardara las expectativas legítimas de obtener la pensión de invalidez a la cual hubiera tenido acceso bajo la vigencia de la norma conforme a la cual inició su afiliación al sistema, así lo advirtió cuando dijo que:

“Resulta claro para esta Corporación que la medida asumida por el legislador es desproporcionada, para el caso particular de las personas que se encontraban afiliados al sistema en vigencia del texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, porque para fomentar los fines expuestos, sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección por parte del Estado colombiano. Además de desproporcionada, la norma es injustificada porque de la historia legislativa no se desprende que el legislador haya considerado la adopción de un régimen de transición o la disposición de medidas alternativas para acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población.”

En este sentido y atendiendo directamente al principio de progresividad sostuvo:

“La Sala encuentra que la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez vulnera los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, como quiera que se fundamenta en una norma, que según se analizó en las consideraciones precedentes, deviene inconstitucional por desconocer el principio de progresividad.

*En efecto, esta Corporación ha señalado que “[e]l principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues **a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria**, primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte”.²⁸⁵ (Negrillas originales).*

Decisión: En merito de lo expuesto, la Corte Constitucional aplica en el caso concreto la excepción de inconstitucionalidad sobre el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para dar aplicación al texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia revoca las sentencias de instancia y ordena a la entidad tutelada el reconocimiento a la pensión de invalidez respectiva.

• **Sentencia T-080 de 2008:**

M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: El actor interpone acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida, ante la negativa del fondo de pensiones del reconocimiento a la pensión de invalidez a la que aduce tiene derecho, por cuanto se adujo no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. El actor que tenía 28 años de edad, estaba afiliado a la entidad desde al 1 de diciembre de 2003, en el mes de mayo de 2005 fue diagnosticado con *Carcinoma Nasofaríngeo Linfoepitelial*, frente a lo cual la EPS lo remitió a Medicina Laboral para determinar el % de incapacidad correspondiente, siendo este del 60.19%, la entidad tutelada lo remitió posteriormente a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida para que efectuase la valoración correspondiente, estableciendo una pérdida de capacidad laboral del 68.19 % generada por enfermedad común y con fecha de estructuración diecinueve (19) de agosto de 2005. El 28 de diciembre de 2006 el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, solicitud que fue negada por la entidad por las razones expuestas. La sentencia de primera instancia negó el amparo solicitado aduciendo que el actor contaba con otros mecanismos judiciales para perseguir el derecho demandado.

²⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

La sentencia de segunda instancia confirmó el fallo al considerar que no le corresponde al juez de tutela reconocer la pensión de invalidez que reclama el actor.

Ratio Decidendi: La Corte Constitucional en esta oportunidad reitera lo establecido por la jurisprudencia de la corporación, con respecto al carácter progresivo de la Seguridad Social y la prohibición de retrocesos, que obedece a los postulados internacionales adoptados por Colombia en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, en razón de lo anterior sostuvo que:

“Esta Corporación ha desarrollado la doctrina de la inconstitucionalidad prima facie según la cual, como quiera que existe una prohibición inicial para que el legislador adopte medidas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales²⁸⁶, cuando se esté frente a una medida que tenga esta naturaleza se presume prima facie su inconstitucionalidad.

Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada si se demuestran los siguientes elementos que han sido establecidos por la Corte Constitucional:

“(i) Que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad;

(ii) Que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas²⁸⁷”.

En el caso concreto, y teniendo en cuenta que la modificación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, introducida por el legislador mediante el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en el momento resultan ser más estrictos que los señalados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y *“que el legislador no previó un régimen de transición que permitiera garantizar que no se afectarían los derechos de aquellos que habían cotizado en vigencia de la norma original de la Ley 100 de 1993.”*, resultan ser las medidas aplicadas regresivas en materia de seguridad social. Lo que va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios, cuales son las personas discapacitadas que merecen una especial atención por parte del Estado en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta.

²⁸⁶ Ver, entre otras, Sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-624 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1165 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1489 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-043 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁸⁷ Sentencia T-043 de 2007, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

En este sentido sostuvo que: *“en el caso del accionante la aplicación de la nueva normatividad -mucho más exigente en este punto que la anterior-, hizo nugatorio el derecho que, a la luz del contenido normativo original de la Ley 100 de 1993, le hubiera sido posible exigir al accionante. Esta situación es una clara muestra de la forma en que la regresividad de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 afecta la situación de personas que, como el demandante, se afiliaron al sistema bajo unos supuestos distintos y quienes ahora se han visto sometidos a una situación de desprotección en virtud de disposiciones claramente violatorias del principio de progresividad.”*

Además considero que:

“... las razones aducidas para la implementación de los requisitos consagrados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 son claramente desproporcionadas, circunstancia que resulta más evidente a la luz de los elementos fácticos del presente asunto. Así, si uno de los argumentos para la exigencia de la fidelidad de cotización para con el sistema es impedir que se produzcan fraudes al mismo.... , en casos como el presente es claro que la búsqueda de dicha finalidad a partir de una exigencia como la señalada, además de presumir la mala fe de los afiliados, genera que personas que en forma imprevista y sorpresiva se han visto afectadas en su salud por una grave enfermedad o por un accidente que los lleva a un estado de invalidez, queden desprotegidas y no puedan acceder a un beneficio establecido precisamente para evitar esta situación.”

En consecuencia: *“resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece..... por lo que ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida resulta necesario inaplicar la disposición atrás señalada”.*

Decisión: Frente al caso, la Corte Constitucional hace uso de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicando por tanto el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y ordenando que, en su lugar y como mecanismo para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales del actor, la administradora de fondos de pensiones accionada dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, a fin de que le sea reconocida al actor la pensión de invalidez.

3.3 LA ESTABILIDAD REFORZADA EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN ESTATAL: PROGRAMA DE RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LEY 790 DE 2002

Problema Jurídico: ¿Vulneran o no el Principio de Progresividad los desarrollos legislativos en caso de reestructuración estatal cuando se fundamentan en la limitación a la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada en el tiempo?

Cuadro No. 3 Línea sobre estabilidad reforzada en procesos de reestructuración estatal: Programa de Renovación de la Administración Pública Ley 790 de 2002.

<p>Si vulnera el principio de progresividad y el deber de no retroceso, la limitación en el tiempo de la protección a la estabilidad laboral reforzada en caso de reestructuración estatal.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • T-792/04 M.P. Jaime Araujo Rentería. • T-925/04 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Reitera T-792/04 • T-964/04 M.P. Humberto A. Sierra Porto. Reitera T-792/04 • C-911/04* (Sentencia Hito) M.P. Marco G. Monroy Cabra. • SU-388/05 M.P. Humberto A. Sierra Porto. • T-546/05 M.P. Jaime Araujo Rentería. Reitera SU-388/05 T-925/04. T-792/04. • T-602/05 M.P. Clara Inés Vargas H Reitera C-911/04 SU-388/05 • T-866/05 M.P. Jaime Araujo Rentería. 	<p>No vulnera el principio de progresividad y el deber de no retroceso la limitación en el tiempo de la protección a la estabilidad laboral reforzada en caso de reestructuración estatal.</p>
---	---	--

	Reitera C-911/04 SU-388/05 • T-1030/05 M.P. Humberto A. Sierra Porto. Reitera C-911/04 • T-1031/05 M.P. Humberto A. Sierra Porto. Reitera C-911/04 T-792/04. • T-1037/05 M.P. Jaime Araujo Rentería. Reitera: C-911/04 SU-338/05 T-602/05 T-546/05. • T-1167/05 M.P. Humberto A. Sierra Porto. Reitera C-911/04 T-792/04. SU-388/05. • T-1183/05 M.P. Clara Inés Vargas H. Reitera C-911/04 Su-388/05	
--	--	--

• **Sentencia T-792 DE 2004:**

M.P. Jaime Araujo Rentería.

Si bien en esta sentencia la Corte Constitucional no hace referencia expresa al principio de progresividad, lo cierto es que en virtud a la que la Ley 790 de 2002, se consideró como una medida legislativa de carácter regresiva en materia del derecho a la estabilidad laboral, la Corte se pronuncia con respecto a la estabilidad reforzada de la que gozan los sujetos de especial protección constitucional frente a medidas reestructurales que si bien son permitidas bajo justificaciones válidas no pueden desconocer derechos fundamentales.

Hechos: La accionante entabla acción de tutela para proteger sus derechos consagrados en los artículos 42, 43, 44 de la Constitución, pues su despido, ocurrido el 31 de enero de 2004, en razón de la liquidación de Telecom no tuvo en cuenta su pertenencia al llamado “reten Social” establecido por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, por ser madre cabeza de familia y su pérdida de capacidad laboral estimada en un 47%, pues el mismo obedeció al límite temporal impuesto

al reten social por parte del Decreto 190 de 2002 reglamentario de la Ley 790 de 2002. Tanto el fallo de primera instancia como el de segunda se negó a amparar los derechos de la accionante aduciendo la legalidad y la justificación de la liquidación de Telecom.

Ratio Decidendi: Después de analizar que dentro de la población en general existen personas con especial protección constitucional entre ellos los niños, las madres cabeza de familia y los discapacitados, estableciendo en el caso particular que: *“El amparo del cual son beneficiarias las madres cabeza de familia, abarca igualmente la protección laboral y frente a esa situación se puede establecer que gozan de una estabilidad laboral reforzada, estabilidad que se traduce en una permanencia en el empleo”*, siendo esta protección un aplicación directa del principio de igualdad que la corporación ha reiterado en tantas oportunidades para dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes, la Sala de Revisión estudió, de manera sistemática, el límite de aplicación en el tiempo fijado por el Decreto 190 de 2003 artículo 16, y por la Ley 812 de 2003 artículo 8 literal D, último inciso, a la protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, aunque ninguna de las partes se pronuncio con respecto a ella.

Para la Sala de Revisión, en virtud a la jerarquía normativa, el artículo 16 del Decreto Reglamentario no puede limitar en el tiempo lo que la ley a reglamentar no ha establecido, por lo que no puede vulnerar los derechos reconocidos para las madres cabeza de familia y los niños, no obstante el artículo 8 literal D de la Ley 812 de 2003 si lo hizo limitando la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2003.

En este orden de ideas, la corporación consideró que el plazo fijado por este decreto y por el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003 configuró una omisión legislativa al quebrantar el principio de igualdad, en virtud de que si bien a la protección especial laboral de los sujetos próximos a pensionarse no le establecía el límite del 31 de enero de 2004, sin razón suficiente, sí se lo fijaba a las madres y padres cabeza de familia y a los discapacitados. Por tanto, después de haber utilizado el test estricto de razonabilidad, consideró que las medidas eran discriminatorias razón por la cual se aparta de dichos preceptos normativos y ampara los derechos de la accionante, por ser beneficiaria del Retén social, el cual conforme a la providencia *“deberá extenderse en el tiempo hasta tanto no se efectúe el último acto que ponga fin a la vida jurídica de la empresa accionada. Se debe tener presente que Telecom – en proceso liquidación, es una empresa que aún subsiste, y subsistirá hasta tanto no quede aprobada el acta final de su liquidación”*

Decisión: Revocar el fallo de segunda instancia y ordenar el reintegro de la trabajadora, en razón a ser beneficiaria el reten social hasta tanto finalice el proceso de liquidación de Telecom.

- **Sentencia C-991 de 2004:**

M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Hechos: En esta sentencia la Corte analiza la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 cuyo objeto fue la de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional a fin de garantizar un adecuado cumplimiento de los fines del Estado y el artículo 8 literal D de la Ley 812 de 2003, el cual consagra un limite temporal para los beneficios otorgado por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, pues parece vulnerar los derechos laborales de las personas de especial protección constitucional.

Ratio Decidendi: La Corte luego de observar que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, establecía un especial protección laboral a las personas de especial protección constitucional, a no ser retirados del servicio en el desarrollo del programa de Renovación de la administración pública, considera válido la protección teniendo en cuenta el deber del estado de garantizar la igualdad material, a fin de proteger los derechos de los menos favorecidos, permitiéndose por tanto un trato diferencial

Sin embargo la Corte, considero que aunque el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 no fijo un limite temporal a la protección reconocida el artículo 8 literal D de la Ley 812 de 2003 si lo fijo, de manera que la modificación introducida por la última ley, conforme al mandato de progresividad de los DESC:

“presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “prote[er] especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional.”

Al aplicar en este caso el Test estricto de razonabilidad, pues se trata de medidas que recaen en personas de debilidad manifiesta, afirmó que 1) Si bien el limite temporal contemplado por la Ley 812 de 2003 era una medida legítima, adecuada, pues la Corte a establecido que las medidas tendientes a disminuir el gasto público justifican en determinados casos medidas regresivas y que responde al postulado del desarrollo de la eficiencia pública, en cuanto, el disminuir el gasto de funcionamiento en el pago de los empleados repercute de manera directa en

redireccionamiento de lo ahorrado para gastos de inversión, y necesaria pues no encontró la Corte otra medida que satisficiera el fin perseguido y un beneficio a los empleados desvinculados simultáneamente; 2) En cuanto al análisis de la proporcionalidad en estricto sentido, que consiste determinar “*si el beneficio logrado con la medida es tanto mayor cuanto mayor sea la afectación de los intereses de los sujetos afectados con ésta*”, la Corte encuentra presente la inexecutable de la limitación impuesta por la norma, pues afectaba de forma grave el mínimo vital y la seguridad social de las personas de especial protección constitucional.

Sostuvo entonces: “*Así al aplicar la regla de la ponderación según la cual para que una limitación sea executable el grado del beneficio del fin buscado por el legislador debe ser tanto mayor cuanto mayor sea la afectación del principio constitucional en colisión, se tiene que el límite del 31 de enero de 2004 establecido en el último inciso del artículo 8, literal D, de la Ley 812 de 2003 es inexecutable.*” Sin que con ello signifique que el derecho a la estabilidad reforzada sea de carácter absoluto, pues en el evento de configurarse una justa causa, el despido es válido y surte todos los efectos legales, quedando la carga probatoria en cabeza del empleador.

Decisión: Declarar inexecutable el artículo 8, literal D. último inciso en el aparte que señala el límite temporal a los derechos reconocidos al señalar que “*aplicarán hasta el 31 de enero de 2004*”.

• **Sentencia SU-388 DE 2005:**

M.P. Humberto Sierra Porto.

Hechos: La Corte analiza en este revisa varios expedientes acumulados sobre controversias entre ex – servidores públicos y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones- TELECOM- en liquidación por la terminación de sus contratos de trabajo el 1 de febrero de 2004 como consecuencia de la aplicación del Decreto Reglamentario 190 de 2003.

Las accionantes manifiestan la violación a los derechos a la protección de la familia y el menor así como el desconocimiento a la protección dada por la Ley 790 de 2002 en sus condiciones de madres cabeza de familia. Por lo anterior solicitan la permanencia en el servicio y la inaplicación del mencionado decreto.

En 5 expedientes la primera instancia concedió el amparo por ser el Decreto contrario a la Ley 790 de 2002 haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad y en segunda instancia 4 de ellos fueron revocados por no vulnerar derechos fundamentales. En 7 expedientes la primera instancia negó el amparo y no fueron objeto de recurso, mientras que en 8 expedientes tanto la

primera como la segunda instancia negaron el amparo y en 2 expedientes la primera instancia negó el amparo mientras que en la segunda instancia el amparo fue concedido transitoriamente.

Ratio Decidendi: Destacando la especial protección que gozan las madres cabeza de familia y el deber del Estado de implementar acciones afirmativas a favor de estos sectores de la población vulnerables sin que ello constituya forma alguna de discriminación.

Sin embargo a pesar de que la estabilidad laboral no es un derecho fundamental puede en casos concretos vulnerarse por afectación a los derechos fundamentales que con ella van conexos. En este sentido la estabilidad laboral reforzada de este sector social se predica en razón a las acciones afirmativas que emprende el Estado para garantizar el máximo respeto de los derechos de los trabajadores vulnerados con medidas de reestructuración estatal.

La Ley 790 de 2002 previó en el artículo 12, acciones afirmativas para proteger a las personas que gozan de especial protección constitucional, así las cosas se tiene que el limite previsto en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 ya había sido previsto en el artículo 8 literal D de la Ley 860 de 2003 el cual fue declarado inexecutable por la Corte en sentencia C-911 de 2004 por *cuanto el legislador violó la prohibición de retrocesos (acciones afirmativas) en la protección de algunos sujetos sin que se ajustara a los parámetros de razonabilidad*, de lo cual se puede entender que tales limitaciones se retiraron del ordenamiento jurídico.

Así y a fin de garantizar los derechos fundamentales de las accionantes madres cabeza de familia, la Corte ordenó el reintegro de las mujeres, dejando sin efectos las indemnizaciones y ordenando en consecuencia las restituciones mutuas por cuanto la indemnización tuvo lugar en razón de las desvinculaciones.

Decisión: Confirma los fallos de instancia que ampararon los derechos y Revoca los fallos de primera o segunda instancia que los negaron, Ordena al liquidador de Telecom el reintegro de las accionantes hasta que se produzca la terminación jurídica de la empresa así como el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

4. EVALUACIÓN SOBRE EL GRADO DE DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN ASUNTOS LABORALES POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Teniendo en cuenta que una de las garantías más importantes a fin de lograr la justiciabilidad y exigibilidad de los DESC lo es la garantía Jurisdiccional, el presente acápite se centrará en el análisis sobre los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional sobre el principio de progresividad visto desde la perspectiva de los derechos laborales, conforme se pudo observar en el capítulo antecedente.

4.1 EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El principio de progresividad, como se ha hecho alusión a lo largo del presente trabajo, es un mandato que tuvo su origen a nivel internacional con los diversos pactos y convenios alusivos a los DESC, siendo su adopción y desarrollo de carácter gradual dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte, sin embargo es su contenido universalmente reconocido en cuanto hace referencia al deber que tienen los Estados de adoptar medidas, principalmente económicas y técnicas, tanto por separado como por medio de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos que dispongan a fin de lograr progresivamente y de acuerdo con la legislación interna la plena efectividad de los DESC que se protegen.

Se ha interpretado por parte de un gran sector doctrinal que la efectividad a la que alude el principio, no puede solo ser vista como la posibilidad de reclamo que los ciudadanos puedan realizar ante las instancias judiciales en procura de la protección de sus derechos sociales, pues ello sería una consecuencia de la misma y no su fundamento, sino más bien debe entenderse como la plena realización de estos derechos dentro de la sociedad, es decir, la garantía de su implementación o prestación en condiciones de igualdad y dignidad para todos, lo cual se lograría mediante la adopción de modelos legislativos y económicos que favorecieran el desarrollo de estos derechos al mismo tiempo que mejoraría los mecanismos de protección con los que cuentan actualmente en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Sin embargo, las obligaciones que asumen los Estados mediante el reconocimiento de tal principio acarrearán no solo el deber de alcanzar la plena efectividad de estos derechos, también suponen correlativamente la obligación de no retroceder en las garantías ya otorgadas a estos derechos, haciendo referencia

con esto a la prohibición de retrocesos conforme a la cual cualquier medida regresiva en torno a los DESC se encuentra restringida, requiriendo el estudio y la evaluación más cuidadosa para fines de su implementación.

La jurisprudencia constitucional ha sido basta en desarrollar el contenido dogmático del derecho al trabajo en sus dimensiones individual y colectiva, de manera que la aplicación del principio de progresividad en referencia a las problemáticas surgidas en torno a este principio integrador del Estado Social del Derecho, de conformidad con lo expuesto en el tercer capítulo de este trabajo, se ha realizado adoptando los criterios generales que sobre el principio de progresividad ha construido a partir de los preceptos internacionales adoptados por el Estado Colombiano.

De esta forma, manejando indistintamente los conceptos de progresividad y no retroceso, fue como la Corte, al analizar los casos en los cuales se vieron vulnerados los principios mínimos fundamentales del trabajo tales como la seguridad social, la estabilidad reforzada, el trabajo en condiciones dignas y justas, entre otros, acogió el desarrollo conceptual sobre la prohibición de retrocesos, pues las medidas legislativas de que tuvo conocimiento resultaban ser más regresivas que progresivas en referencia a los principios y derechos mencionados.

En este sentido, sostuvo que la progresividad hacia referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales y prestacionales, lo que significa, que el Estado tiene el deber de asegurar tan pronto como sea posible coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, estableciendo condiciones que no puedan ser desmejoradas. Al mismo tiempo afirmó que a menos que existieran razones muy poderosas que justificarán la prevalencia de otro principio, la observancia del principio de progresividad resulta obligatoria en primer lugar para el legislador y luego cuando se adelanta el control constitucional ante la Corte.

De manera que, toda medida regresiva, atentatoria de los derechos mínimos laborales no solo se presume inconstitucional sino que para fines de su justificación debe respetar el contenido mínimo de estos derechos, consagrados en el artículo 53 C.P., los derechos adquiridos y la proporcionalidad.

4.2. LA PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS CASOS CONCRETOS.

Es así como para comprender el alcance que han tenido las diferentes decisiones de la Corte Constitucional en relación al principio de progresividad frente a los derechos laborales sobre los cuales se ha centrado este análisis, resulta pertinente tener en cuenta el método de argumentación constitucional utilizado por esta

Corporación cuando se ha visto pronta a resolver conflictos entre valores, objetivos, intereses o principios constitucionales: la Ponderación.

Partiendo de la premisa bajo la cual los derechos consagrados en la Constitución revisten la forma de los principios entendidos como mandatos de optimización a realizarse en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, tenemos que el modelo de los DESC no estaría completamente definido en la medida en que dependería de los condicionantes jurídicos y económicos de los Estados, encontrándose por tanto sometidos a la “Reserva de lo Posible”, esto llevaría a sostener que en determinados casos los DESC se verían obligados a ceder frente a otros derechos o bienes dignos de tutela pero sin que por este motivo se llegue a anular la eficacia y la potencialidad de desarrollo que detentan dentro del ordenamiento jurídico.

Lo que sucede en estos casos, y así se ha expuesto, es que el juez constitucional en su labor interpretativa muchas veces se encuentra en presencia de conflictos entre principios jurídicos a proteger y aplicar, debiendo acudir al criterio de la ponderación a fin de adoptar uno de los principios contrapuestos, hecho que acontecerá luego de determinar el peso de los principios en el caso concreto, observando, entre otras cosas, el grado de satisfacción obtenido por cada uno de ellos en la solución del problema jurídico planteado y la carga de la argumentación conforme ALEXY, cumpliendo de esta forma con el postulado según el cual: *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*.²⁸⁸

En efecto, el método de la ponderación se puede llevar a cabo de diferentes maneras y en distintos grados de intensidad, en tal sentido la ponderación sería uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual conforme lo ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia, se compondría por tres reglas que toda intervención por parte del Estado en los derechos constitucionales debe observar para que se la pueda considerar como legítima o constitucional: la regla de la idoneidad, la de la necesidad y la de la proporcionalidad en estricto sentido.

Siguiendo las reglas en mención, la intervención realizada debe ser en si misma idónea para alcanzar el objetivo perseguido, debe hacerse pensando que es la más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revisten igual idoneidad y por último la importancia del objetivo que se persigue con la intervención debe guardar una relación adecuada con el significado del derecho que se interviene, de manera que las ventajas obtenidas con estas medidas compensen los sacrificios que ello ha implicado para su titular y para la sociedad en general.

²⁸⁸ ALEXY Robert, Op. Cit. P.

4.2.1 De la Ley 789 de 2002. Acogiendo estas consideraciones la jurisprudencia resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la Ley 789 de 2002, presentada bajo la consideración de que las medidas adoptadas con la ley resultaban violatorias de los principios mínimos laborales fundamentales reconocidos por la propia Constitución y del principio de progresividad adoptado por el Estado colombiano por vía del bloque de constitucionalidad.

La Corte sostuvo que aunque las medidas en si mismas resultaban regresivas y por ende violatorias del principio de progresividad y los principios mínimos constitucionales del trabajo, pues modificaron varias de las garantías laborales establecidas en el ordenamiento jurídico. No obstante, bajo la luz del principio de proporcionalidad, tanto el principio de progresividad como los principios mínimos fundamentales del trabajo debían ceder frente a la realización de otro derecho que revestía igual importancia y necesidad de desarrollo: la generación de empleo, como una garantía para la realización del derecho al Trabajo el cual, se adujo, gozaba del mismo rango de protección constitucional que los demás principios en juego.

En razón de ello sostuvo que las medidas adoptadas resultaban necesarias, idóneas y proporcionales, puesto que el objetivo propuesto se orientaba al logro de prestaciones y proyecciones mayores en relación al derecho social del Trabajo, inclusive, reconociendo que la prohibición de retrocesos es de carácter *prima facie* resultaría procedente la adopción de las normas laborales controvertidas bajo su adecuada justificación, estudio y evaluación, en esta tarea por tanto, fue indispensable la observancia de tres aspectos: el respeto a los derechos adquiridos, los principios mínimos fundamentales reconocidos en el artículo 53 de la Constitución y la proporcionalidad con respecto a los derechos que se pretendía intervenir so pena haber sido las normas declaradas inconstitucionales.

Teniendo en cuenta además que por competencia se le impedía pronunciarse sobre las decisiones económicas debatidas por el Legislativo en el presente caso, asuntos que se consideran como propios de este órgano estatal, consideró que las aseveraciones tendientes a establecer puntos de decisión sobre las teorías económicas en pugna y sobre los posibles impactos y beneficios que ello traería como consecuencia a la sociedad trabajadora resultarían improcedentes puesto que la ley aún no se había implementado, motivo por el cual declaró la constitucionalidad de la norma, sometiéndola sin embargo a un permanente seguimiento por parte de la comisión de evaluación que para estos fines se había creado.

No obstante se ha afirmado que la promoción del empleo de que trató la Ley 789 de 2002 ha llevado implícita la permanente disminución de los costos asociados a la contratación laboral, la que no solo en Colombia sino también en Europa y el resto de América Latina ha operado como un poderoso criterio orientador de la actividad legislativa, dando origen a normas laborales de “nueva generación” las

cuales conforme lo ha expuesto la doctrina, se enfocarían más en la función promotora de empleo antes que la tradicional función protectora del Derecho Laboral. Normas que en la práctica se han mostrado ineficaces para combatir el desempleo y por el contrario le han quitado la protección legal al trabajo, haciéndolo cada vez más volátil, inestable e inseguro, fragmentado e insuficiente para promover el sustento familiar y personal.²⁸⁹

De sostenerse que el crecimiento económico necesita de la permanente reducción de los derechos bajo la fórmula de que el mercado de trabajo necesita mostrarse útil y barato a fin de que resulte competitivo dentro del sistema de capitales, se desconocería el acuerdo social que dio origen a la democracia moderna en la cual se reconocieron derechos a cambio de la prestación de la fuerza laboral en virtud del contrato laboral, dando lugar al declive de los derechos en el trabajo, tal como acontece hoy en día.

Ahora bien, trascurridos casi 4 años después de la implementación de la norma en comento, la misma fue nuevamente demandada por cargos de inconstitucionalidad, en esta ocasión la Corte sostuvo que los cargos formulados por el demandante resultaban ser similares a los formulados en aquella oportunidad donde la Corte había declarado la exequibilidad de la ley, configurando con ello la cosa juzgada formal, motivo por el cual se abstuvo de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones, sujetándose a lo resuelto por la sentencia anterior.

Desacertadamente, en esta sentencia se dio prevalencia al principio de la seguridad jurídica sobre los derechos mínimos de los trabajadores, pues aunque los estudios económicos realizados por las Universidades de los Andes y Nacional lograban entrever las debilidades que en la práctica tuvo la Ley 789 sobre el mercado laboral, presentado con ello un nuevo estado de cosas que ameritaban por ende un nuevo estudio y revisión, no obstante, la Corte desconoció los pronunciamientos por ella misma proferidos en el sentido de que las medidas regresivas adoptadas por el Estado por medio de políticas públicas en contra de los DESC deben responder a la consecución de fines mayores a los existentes dentro de un espacio de tiempo prudencial,²⁹⁰ hechos que se demostraron no habían acontecido.

²⁸⁹ LOPEZ, Diego. *¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? la nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo*. GL. [online]. abr. 2004, vol.10, no.1, p.21-44. Disponible en la World Wide Web: (http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?pid=S1315-85972004004000002&script=sci_arttext).

²⁹⁰ Así lo sostuvo en los fallos referentes a la indexación de los salarios de los Servidores Públicos, afirmó al respecto que la congelación en la indexación de los salarios de los servidores públicos no se podía mantener por periodos indefinidos de tiempo ya que afectaría derechos fundamentales, además, aunque esas medidas respondieron a la difícil situación fiscal por la que atravesaba el país en su momento no es lo menos que el Estado debía propender por la búsqueda de políticas que restablecieran los derechos existentes o propendiese

En este punto, resulta obvio entrever que la Corte se encontró limitada para intervenir en asuntos económicos de gran trascendencia para el Gobierno aún cuando estuviesen en juego los derechos fundamentales de los trabajadores, pues pese a que la violación de estos se hizo evidente desde la creación de la norma, la misma se justificó haciendo uso de la condición prima facie de la prohibición de retrocesos, pero una vez replanteado el debate la Corte hizo caso omiso a los nuevos planteamientos protegiendo con ello la aparente estabilidad económica en materia laboral, es por lo menos decir que le resultaba complejo retroceder al estado de cosas anterior a la implementación de la Ley 789 de 2002 y más aun cuando respondía a los objetivos políticos formulados por el Gobierno de turno.

Son estas las realidades las que percibieron los H. Magistrados que en sentencias salvaron o aclararon el voto, según ellos no podía justificarse el retroceso en la protección de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores amparados en mecanismos que resultaban adversos y contrarios a la Carta Política, de ahí que no se haya dudado en señalar que el propósito de ampliar la cobertura de empleabilidad se hubo concebido a costa del desmedro en los derechos y la calidad del trabajo.

Al respecto resulta necesario sostener que aunque en el campo internacional se ha reconocido que bajo determinados eventos justificantes se puede retroceder en la protección de los DESC no es lo propio desconocer que esto solo se ve encaminado al desarrollo de otros derechos igualmente importantes, de manera que si los fines propuestos por un Estado no se han conseguido en un espacio de tiempo racional, es por lo menos indiscutible que está incumpliendo con las obligaciones por él contraídas en los pactos y convenios internacionales.

Fueron muchas las consecuencias que la reforma laboral trajo consigo, pero sin lugar a dudas el empleo solo se ha visto reflejado en estadísticas que no han mostrado los resultados esperados, inclusive, ha sido una muestra clara el aumento del trabajo informal, de ahí que el gobierno actualmente busque por medio del documento CONPES 3527 de junio de 2008 la formalización laboral y empresarial como uno de los cinco pilares de la estrategia de competitividad del país,²⁹¹ no obstante, bajo las condiciones actuales en materia de legislación laboral es innegable que el trabajo seguirá siendo medido cuantitativamente, por lo que resultaría necesario que la formalización laboral prestara un acercamiento a la noción del Trabajo Decente, conforme a la cual, las políticas que se llegasen a implementar en relación a los derechos laborales necesitarían desarrollarse bajo la concepción del trabajo en condiciones dignas y justas a fin de cumplir el mandato

por su mejora. Sentencias: C-1433 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-1064 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza y Jaime Córdoba Triviño.

²⁹¹ AVENDAÑO Cruz, Hernán. *Muy Formal*, En: Opinión, *Ámbito Jurídico*, 1 al 14 de diciembre de 2008, Pág. 16-18, 2C.

de progresividad, puesto que de lo que se trata es que el logro de la plena efectividad de los derechos laborales se realice respetando la integridad del contenido de los derechos.

Los contenidos mínimos de la noción de trabajo en condiciones dignas que reivindica la Constitución Política y de Trabajo Decente que promueve la OIT, se concretan en los siguientes derechos: el pago de un salario mínimo, la afiliación a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales; las vacaciones pagas, el pago de la prima de servicios, de las cesantías y de los intereses a las cesantías; la protección de los derechos derivados de la maternidad; la protección de la salud en los lugares de trabajo; la protección especial de la estabilidad laboral de ciertas categorías de trabajadores en condición de minusvalía; la prohibición del trabajo infantil, de la discriminación en el trabajo y del trabajo forzoso; la dotación para el trabajo; el subsidio de transporte; el pago de indemnizaciones por despido injusto; el derecho a constituir sindicatos y a negociar efectivamente las condiciones de trabajo y de empleo.²⁹²

No obstante, ha sido claramente establecido que el desarrollo de los derechos laborales como DESC en gran medida depende del ejercicio legislativo debido a su naturaleza prestacional y asistencial, no así la Constitución Nacional le ha encomendado al Congreso la tarea de expedir el Estatuto del Trabajo, hecho que aún no ha acontecido, pero además suele manifestarse que debe contarse con el grado de desarrollo económico de los Estados a fines de lograr la implementación efectiva de estos derechos, garantizando de esta forma el cumplimiento del principio de progresividad.

Sin embargo, la Corte Constitucional que desde sus orígenes se ha mostrado respetuosa de los asuntos de competencia del legislativo, ha tomado decisiones tanto en materia laboral como en referencia a otros DESC, que en su mayoría han generado impactos económicos.

Estas clases de decisiones han abierto un gran debate dentro de amplios sectores sociales del país, algunos consideran que en muchas ocasiones la jurisprudencia de la Corte tiende a imponerle cargas al Estado que no le son soportables desde el punto de vista financiero, entrometiéndose en asuntos propios de la legislatura o del gobierno, otros sin embargo, han admitido que aunque la economía es un factor determinante a la hora de evaluar el efecto de las medidas frente a los casos concretos, el hecho de que se haya reconocido que los recursos son

²⁹² Estos derechos se encuentran incluidos entre otros en la Constitución Política, en el Código Sustantivo del Trabajo, los Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT, la Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Pacto Internacional sobre DESC y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

escasos y que existen restricciones presupuestales no implica que deba admitirse que los derechos sean violados so pretexto de ahorrar recursos económicos.²⁹³

En consecuencia, no sería admisible sostener que por ser los DESC los que demandan mayores gastos públicos se les deba restringir de toda protección, en efecto existen muchos derechos de primera generación que demandan prestaciones, es decir, que tienen dimensiones positivas y no por ello dejan de garantizarse o de hacerse efectivos.

El problema, sin embargo, parece mas bien centrarse en el diseño de las políticas públicas y en la articulación interdisciplinaria que se pueda lograr entre los campos jurídicos y económicos, puesto que la jurisprudencia en este aspecto muchas veces se encuentra limitada para armonizar los valores de la eficiencia y la justicia, pronunciarse en casos concretos sobre temas macros, sobre probabilidades de garantías de derechos a futuro o de hacer públicas no solo las consideraciones empíricas sino también los juicios de valor presentes detrás de toda decisión que ha implicado la distribución de recursos en procura de la protección de un derecho sobre otro.²⁹⁴

4.2.2 Del derecho a la seguridad social en materia de pensión de invalidez por riesgo común. Es por lo anterior que en materia del derecho a la seguridad social por ejemplo, entendido como un derecho de origen laboral por las correlativas relaciones que mantiene con esta disciplina, se ha dejado por sentado que debe ser garantizado mediante gasto público conforme las decisiones tomadas por el Congreso y el Ejecutivo, de forma que las sentencias de la Corte en ese ámbito necesariamente han implicado costos económicos.

Esto se torna relevante si tenemos en cuenta que el derecho a la seguridad social demanda expresamente la progresividad en procura del logro de su efectividad plena para todos los ciudadanos.

En efecto y de conformidad con lo expuesto, la naturaleza prestacional del derecho a la seguridad social no ha impedido que en determinados eventos este derecho sea protegido por vía de tutela, mecanismo únicamente establecido para la defensa de los derechos fundamentales, al respecto la jurisprudencia ha sido basta en afirmar que aunque la naturaleza prestacional que reviste este derecho le resta aplicación directa, en determinados casos, la regla general admite excepciones entratándose de eventos en los que se encuentre inminente la afectación de derechos fundamentales, motivo por el cual el factor de conexidad es determinante, aunque no el único, a efectos de establecer en los casos concretos la vulneración del derecho reclamado.

²⁹³ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. 1ª Edición, Editorial Legis. Bogotá, 2007, 137 p.

²⁹⁴ *Ibíd.* p.147.

La jurisprudencia en estos casos ha establecido que este derecho de carácter generalmente programático tiende a trasmutarse en un derecho subjetivo en la medida en que se establecen las condiciones necesarias para su efectiva aplicación, lo cual dependería del derecho conexo de que se tratase.

Fue así como se les otorgó la protección del derecho a la seguridad social, por vía de acción de tutela a las personas a la cuales las AFP o el I.S.S. les negaba el derecho al acceso a la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumplían con uno o varios de los requisitos establecidos por la ley vigente al momento del suceso, la línea jurisprudencial elaborada al respecto muestra claramente la tendencia a proteger los derechos vulnerados bajo el argumento de que los requisitos legales para acceder a la prestación se hubieron endurecido a lo largo del tiempo agravando la situación de la personas afectadas con la situación de discapacidad, igualmente sostuvieron que no respondían a justificaciones válidas que facultasen al Congreso para disminuir la protección, pues afectaban en gran medida a la personas que por situación de discapacidad eran sujetos de especial protección constitucional además de no contemplar medidas adicionales que buscasen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, es decir, la implementación de un régimen de transición.

La ausencia de un régimen de transición en la pensión de invalidez resultó ser una de las razones más importantes por las cuales la Corte decidió tutelar el derecho a la seguridad social y los derechos fundamentales de los accionantes, pues a su criterio debido a esta situación es que la aplicación de la ley vigente en el momento de la estructuración de la invalidez en muchas oportunidades ha dado lugar al desconocimiento del principio de favorabilidad y del de progresividad.

Contrario sensu, y a manera de ilustración en este tema, la Corte Suprema de Justicia en una de sus sentencias sostuvo que la ausencia de un régimen de transición para la pensión de invalidez se justificaba en el hecho de ser este acontecimiento un hecho imprevisible que de manera alguna configuraría en cabeza de los afiliados un tipo de derecho adquirido o expectativa legítima como si acontecía en el caso de la pensión de vejez, no obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este sentido ha sido tendiente a ser más garante de los derechos fundamentales de la personas inválidas en razón a la especial protección constitucional de que gozan.

En este orden de ideas, la Corte estableció que el principio de progresividad es un mandato de obligatoria observancia para los legisladores y para la propia Corte cuando adelanta el control constitucional salvo que existan razones extraordinariamente poderosas que justifiquen la prevalecía de otro principio, razones que deben no solo encontrarse plenamente ajustadas al principio de proporcionalidad sino también deben respetar los derechos adquiridos, de manera

que en el evento en que estos se lleguen a vulnerar, deben contemplar otros mecanismos dirigidos a la protección de los mismos y de las expectativas legítimas dado el caso.

En razón de lo anterior, de llegarse a establecer que las medidas no cumplen con los parámetros anteriormente fijados, las disposiciones deberán ser consideradas inconstitucionales, así lo concibió la jurisprudencia al aplicar en estos casos concretos la “Excepción de Inconstitucionalidad” conforme a la cual le es permitido al juez de oficio dar aplicación preferente a los mandatos constitucionales frente a cualquier otra norma cuando advierte que la misma se opone de manera directa a las disposiciones establecidas en la Carta Política.²⁹⁵

De esta forma se pudo entrever que la Corte en estas sentencias lo que hizo fue hacer uso de los principios de progresividad, favorabilidad, igualdad y proporcionalidad con el fin de justificar la protección dada a los derechos invocados por encima del principio de legalidad, en esta medida y teniendo en cuenta además que la Corte tiende a relacionar indistintamente la prohibición de retrocesos con el principio de progresividad, sostuvo que las medidas que se muestran regresivas en materia de DESC deben responder a finalidades y principios de sustancial importancia de manera que propendan por el desarrollo de los mismos derechos.

En estos casos, el estado de invalidez por ser una condición que imposibilita al trabajador la continuación de sus labores convierte a las personas que la padecen en sujetos de especial protección constitucional, motivo por el cual el acceso a la prestación a la que tienen derecho, para la Corte, no tendría más condicionantes que acreditar los requisitos que le impone la ley más favorable siempre y cuando el acaecimiento se haya estructurado con cercanía al momento en que ha ocurrido la modificación normativa que ha establecido requisitos más estrictos para el reconocimiento y pago de la prestación.

4.2.3 Del derecho a la estabilidad laboral reforzada en el Programa de Renovación de la Administración Pública Ley 790 de 2002. La protección especial de la que trata la Constitución Política y que recae principalmente en los niños, los discapacitados y las madres o padres cabezas de familia a sido plenamente observada por la corporación constitucional aduciendo al respecto que la prohibición de retroceso cobra mucha más relevancia e importancia cuando se adoptan medidas que afectan notoriamente los derechos de estas personas.

²⁹⁵ CIFUENTES MUNOZ, Eduardo. *Jurisdicción Constitucional en Colombia. Ius et Praxis*, 2002, vol.8, no.1, p.283-317. I.S.S.N 0718-0012. Disponible en: (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100015&script=sci_arttext&tlng=en.)

Tales fueron las consideraciones que al respecto sostuvo entendiéndose de los casos en los que se les hubo protegido el derecho a la estabilidad laboral a estas personas frente al Programa de Renovación de la Administración Pública, implementado por el Gobierno mediante la Ley 790 de 2002, en estas oportunidades la Corte señaló que estos sujetos gozaban de una estabilidad laboral reforzada, la cual se traduce en el derecho a permanecer en el cargo y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído mientras no exista una causal justificativa del despido, fue lo que se denominó como “Retén Social”.

En este sentido, era claro que la disposición contemplada en el artículo 12 de la citada ley se orientaba a este fin, no obstante, el Gobierno y el poder legislativo mediante el Decreto 190 y la Ley 812 de 2003 establecieron un límite temporal a la protección otorgada, el mismo que fue en principio inaplicable por la Corte Constitucional mediante la excepción de inconstitucionalidad en aquellos casos en que se presentó la supresión de los cargos que venían desempeñando las personas protegidas por el Retén Social a consecuencia de la aplicación del citado límite.

La jurisprudencia en estos casos adujo que el Decreto había establecido límites a la protección laboral que ni siquiera la Ley 790 de 2002 había contemplado, además sostuvo que el legislador había incurrido en omisión legislativa al quebrantar el principio de igualdad, pues la Ley 812 de 2003 no había establecido ningún límite a la protección especial laboral de las personas que se hallaban próximas a pensionarse pero si lo había hecho con las madres y padres cabeza de familia y discapacitados, motivo por el cual y de conformidad con el principio de razonabilidad las medidas resultaban ser discriminatorias de manera que la protección debía extenderse hasta tanto se expidiera el último acto que pusiera fin a la empresa accionada.

No obstante, en un posterior providencia, la Corte declaró la inexecutable del artículo de la Ley 812 de 2003, que establecía la limitación mencionada bajo el argumento de que contrariar el principio de progresividad, toda vez que se estaba en presencia de un retroceso injustificado del derecho al trabajo en cabeza de las personas que por sus condiciones particulares eran merecedoras de una especial protección constitucional, reiterando que, en estos eventos es cuanto cobra más importancia la prohibición de retrocesos de los DESC.

Para la Corte, de conformidad con el test de razonabilidad las medidas adoptadas con la Ley 812 de 2003 si bien resultaban legítimas, puesto que la finalidad perseguida cual era la de disminuir los gastos públicos con objeto de mejorar la eficiencia del aparato estatal, era una meta que justificaba eventualmente la adopción de medidas regresivas, además de que también resultaba necesaria por no encontrarse otra estrategia que satisficiera el fin perseguido sin afectar los derechos de los empleados desvinculados, la medida en si misma, sin embargo,

no era proporcional puesto que la limitación impuesta afectaba con mayor intensidad los derechos al mínimo vital y seguridad social de los sujetos de especial protección constitucional, lo que no hacía justificable el sacrificio de estos derechos en procura de la satisfacción de otro menos relevante, de forma que la disposición normativa fue declarada inexecutable.

Fue así como la Corte en sus posteriores sentencias dio protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada en conexidad con los derechos fundamentales de los actores que por vía de tutela reclamaron el derecho a que se les respetara su inclusión en el Retén Social y en consecuencia se ordenarán los reintegros de conformidad con los pronunciamientos emitidos en la sentencia de inexecutableidad proferida por esa Corporación.

Inclusive, la Corte mediante sentencia de unificación, tuteló los derechos de aquellos accionantes beneficiados con la protección laboral que habían sido despedidos a consecuencia del proceso de reestructuración, en fechas anteriores a la de la sentencia de inexecutableidad, a tal decisión la Corte le otorgó un efecto "*Inter Comunis*", es decir, los efectos del fallo se hicieron extensivos a las madres cabeza de familia que habían sido despedidas con fechas anteriores a la declaratoria de inexecutableidad y a las que habiendo tutelado les fueron resueltas sus peticiones desfavorablemente y no fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional.

Además, en esta y otras sentencias la Corte dejó sin efecto las indemnizaciones que por los despidos se habían efectuado, posición que fue criticada en otras sentencias en razón a que tales pagos derivarían en la improcedencia de la acción de tutela al no existir vulneración de derechos fundamentales, no obstante la Corte sostuvo que las indemnizaciones tuvieron lugar en razón a la desvinculación de sujetos de especial protección constitucional y estas decisiones se habían fundamentado en disposiciones inconstitucionales.

4.3 CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia, como de ha observado a lo largo de este trabajo investigativo, a relacionado indistintamente el principio de progresividad con la consecuente prohibición de retrocesos, estableciendo inclusive, reglas jurisprudenciales más claras en referencia a la adopción justificativa eventual de medidas regresivas en contra de los derechos laborales. De manera que los diferentes pronunciamientos que profirió en relación al mandato de progresividad llevaron aparejados el reconocimiento al deber de no retroceso, conceptos que se consideró formaban una unidad indivisible y correlativa.

De acuerdo a lo anterior, puede afirmarse que la jurisprudencia en materia laboral aplicó en los casos concretos el mandato de progresividad o prohibición de

retrocesos cuando tuvo conocimiento de medidas legislativas regresivas atentatorias de los derechos laborales de los trabajadores en materia de pensión de invalidez y estabilidad laboral reforzada, no obstante, también hizo uso de la condición prima facie de la prohibición de retrocesos para justificar la implementación de otras bajo la consideración de promover otro derecho laboral que demandaba en el momento mayor desarrollo, decisión que hasta la actualidad ha sido objeto de amplias discusiones.

Es así como, de conformidad con las consideraciones hechas en los apartes preliminares del presente análisis resulta posible determinar que la jurisprudencia constitucional si bien ha reconocido y desarrollado el principio de progresividad en diversos asuntos laborales de gran importancia para el país, el mismo ha cobrado mayor trascendencia en el campo de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones, que son temas sobre los cuales la jurisprudencia ha sido basta y extensa, y aunque ha sido objeto de pronunciamientos en otros asuntos laborales diversos tal y como lo acabamos de exponer, aún falta hacer extensivo tal desarrollo frente a situaciones que así lo demanden en referencia a todos los demás derechos laborales protegidos constitucionalmente.

La aparente inactividad se justificaría si tenemos en cuenta que los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre el reconocimiento del principio de progresividad no habrían sucedido sino hasta el año de 1997, no obstante, no dejan de ser relevantes los avances que sobre este mandato se han realizado en el transcurso de los 11 años de labor jurisprudencial y su progresivo adelanto en el terreno de la aplicabilidad del mismo en los casos laborales que así lo han requerido.

De forma que puede resaltarse que la jurisprudencia constitucional colombiana ha presentado desarrollos significativos en referencia a la protección de los derechos constitucionales laborales a través de la implementación del principio de progresividad como parámetro para evitar la desmejora en las garantías ya reconocidas por el Estado en relación a estos derechos, pese a haber justificado otras amparadas en el logro de metas políticas que hasta el momento, y así lo han demostrado varios análisis que al respecto se ha hecho, aún no han alcanzado los objetivos o expectativas esperadas.

No obstante, la labor jurisprudencial aún continua, moviéndose entre las tensiones del formalismo y el antiformalismo, de la estructura y la flexibilización, pero que siempre se dirigirá al cumplimiento de la obligación de determinar en qué casos concretos y cómo han de hacerse valer las garantías constitucionales, tarea propia de un derecho constitucional bien estructurado.

En este sentido, el principio de progresividad, como uno de los tantos principios desarrollados por la Corte Constitucional, aún tiene mucho camino por recorrer a fines de que en el futuro no solo sea considerado como un mandato de no

retroceso sino, como su significado lo indica, de progreso en la búsqueda por el logro de la plena efectividad de los DESC.

Objetivo que no únicamente debería ser difundido y garantizado por vía jurisprudencial sino que también implicaría el compromiso a su desarrollo y cumplimiento por los demás poderes públicos, de manera que se logre cada vez más la materialización y realización de los derechos objeto de su amparo, puesto que de poco serviría la protección que eventualmente le pueda prodigar la Jurisdicción constitucional a los DESC vulnerados si la regulación de estos por parte del Estado sigue en avance a su regresión u retroceso.

CONCLUSIONES

- Entre los instrumentos internacionales referentes a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el Estado colombiano ha ratificado, pueden destacarse: la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los cuales le han impuesto claras obligaciones en relación con el logro de la materialización y respeto de estos derechos humanos.
- Para efecto del reconocimiento e incorporación de estos mandatos internacionales en el ordenamiento jurídico interno, ha sido importante la labor que ha desempeñado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la cual en su tarea interpretativa, desde sus orígenes, se ha mostrado respetuosa de dichos mandatos adoptados por el Estado colombiano, pues no solo los ha integrado por medio del bloque de constitucionalidad, sino que también les ha conferido eficacia a través de su aplicación en los casos sometidos a su conocimiento.
- Fue así como adopto y desarrollo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el contenido del principio de progresividad y la consecuente prohibición de retrocesos, conceptos que ha usado indistintamente a lo largo de sus decisiones, más aún entratándose de asuntos laborales en los que se adoptaron medidas legislativas, que por su naturaleza regresiva implicaron un análisis más juicioso sobre su justificación dentro del ordenamiento jurídico y constitucional.
- El principio de progresividad como mandato internacional claramente establecido en el artículo 2 N° 1 del PIDESC, ha sido interpretado por la jurisprudencia como un deber de obligatoria observancia para todos los poderes estatales, que hace referencia al deber de adoptar todas las medidas de orden interno y por medio de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y de acuerdo al nivel de desarrollo económico del Estado, con el fin de obtener progresivamente, por todos los medios inclusive los legislativos, la plena efectividad de los DESC, sin embargo, tal obligación lleva incluida la prohibición de retrocesos, conforme a la cual una vez se ha alcanzado determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, por lo que todo retroceso se

presume prima facie inconstitucional salvo que obedezca a razones justificativas y suficientemente válidas que hagan necesario dar ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

- Estos conceptos que se han construido en el seno de la jurisprudencia no difieren de los que se ha concebido en otros países como España, Argentina o Chile, puesto que pese a la diferencia estructural de los derechos en las Constituciones, tales obligaciones internacionales se han asumido bajo las mismas premisas, aunque se ha considerado que el desarrollo de las mismas ha dependido más de los factores económicos y de la ejecución de políticas públicas por parte de los poderes legislativo y ejecutivo del Estado, que de la incidencia de la jurisprudencia constitucional, no obstante, no por ello se le ha restado la importancia que esta jurisdicción a revestido en la promoción y protección de la dignidad del ser humano, resultando trascendental su papel como garante en relación al respeto y protección de los DESC reconocidos constitucionalmente.
- La aplicación del principio de progresividad y su consecuente prohibición de retrocesos por parte de la Corte Constitucional ha presentado un desarrollo paulatino a partir del año 1997, época en que comenzó su labor interpretativa a través de diferentes sentencias relacionadas con el derecho a la seguridad social en asuntos pensionales y de salud, para luego retomar de ellas conceptos generales sobre el principio de progresividad o no retroceso y aplicarlos a diversos asuntos en los que se vieron vulnerados otros derechos laborales sustanciales, los mismos que fueron expuestos en las líneas jurisprudenciales elaboradas con base en las sentencias proferidas a partir del año 2004.
- De conformidad con las líneas jurisprudenciales en mención, la tendencia jurisprudencial ha sido la de ser supremamente garantista al aplicar el principio de progresividad cuando se han visto vulnerados los derechos fundamentales y sociales de las personas que gozan de una especial protección constitucional, tales fueron los casos en que por vía de acción de tutela se protegieron en conexidad los derechos a la seguridad social en materia de pensión de invalidez cuando se presentaron cambios normativos, y el derecho a la estabilidad laboral reforzada dentro del Proceso de Renovación de la Administración Pública implementado con la ley 790 de 2002, en estos eventos la Corte sostuvo que la prohibición de retrocesos se convertía en un mandato mucho más vinculante y de obligatoria observancia para los poderes públicos.

- La Corte en todas las decisiones en las que acogió el principio de progresividad como fundamento para justificar o no la vulneración de los derechos laborales en juego en los casos mencionados, hizo uso de la ponderación como una herramienta no solo para determinar la proporcionalidad entre los fines perseguidos con las medidas regresivas y los derechos vulnerados por ellas, sino también para establecer la prevalencia en determinados casos del principio de progresividad o prohibición de retrocesos frente a principios como el de legalidad.
- En efecto, la Corte encontró que las normas referentes a la pensión de invalidez aplicadas en los casos concretos resultaban ser desproporcionadas e injustificadas con respecto a los derechos fundamentales y sociales vulnerados, además, no habían previsto mecanismos alternativos como los regímenes de transición para amparar los derechos de estas personas. Advirtió que esto se hacía evidente en aquellos casos en los cuales las personas que se vieron afectadas por enfermedades o accidentes que los llevaron al estado de invalidez justo en el momento o con posterioridad a que se hubiesen presentado los tránsitos legislativos, se les hubo negado el derecho al acceso a la pensión debido a que no acreditaban los requisitos contemplados en la nueva normatividad, lo que de manera flagrante contrariaba el principio de progresividad y la prohibición de retrocesos.
- Las mismas consideraciones las hubo efectuado en relación al derecho a la estabilidad laboral reforzada de que gozan los sujetos de especial protección constitucional frente a programas de reestructuración administrativa. En estos casos, sostuvo que la amplia potestad legislativa para adelantar estos procesos válidos y legítimos debía tener en cuenta de manera especial las situaciones particulares de estos sujetos, a fin de garantizarles por vía de las llamadas acciones afirmativas, el derecho a la estabilidad laboral y los derechos fundamentales conexos a ella, en este sentido sostuvo que la norma que limitaba en el tiempo esta protección; la que fue otorgada dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública implementado con la Ley 790 de 2002; devenía inconstitucional por lo desproporcional e irracional que resultaba en relación con los derechos radicados en cabeza de esta especial población protegida.
- La jurisprudencia también hizo uso del mandato de progresividad y no retroceso en aquellos asuntos en los que analizó la constitucionalidad de las normas laborales que imponían modificaciones a los derechos por ella regulados, las analizó teniendo en cuenta las razones que justificaban los cambios por ellas introducidos, los que afectaban de manera directa los

derechos laborales de los trabajadores, tal fue el caso de la declaratoria de constitucionalidad de los artículos demandados de la ley 789 de 2002, cuyo objeto fue el de generar empleo mediante el impulso a la flexibilización laboral. En esta oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones acusadas en virtud a la justificación del fin perseguido con ellas, el cual se consideró idóneo, necesario y proporcional, pues se buscaba la realización y desarrollo de mayores proyecciones en relación al derecho al trabajo. Sin embargo, las decisiones en mención generaron puntos de discusión, dado que se consideró que se vulneraba el principio de progresividad, mas aún cuando el trabajo es considerado un valor fundante de la propia Constitución y por tanto las reformas laborales no pueden tornarse regresivas.

- Las reglas jurisprudenciales establecidas especialmente para dar paso a la justificación de las medidas regresivas en relación a los DESC, permiten entrever que la Corte Constitucional ha desarrollado en gran medida la prohibición de retroceso como consecuencia directa del mandato de progresividad. No obstante, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia ha considerado que los derechos laborales de contenido esencialmente prestacional, requieren necesariamente del desarrollo normativo para fines del logro de su eficacia, la labor jurisprudencial en esta materia se ha orientado a servir más como un catalizador de los posibles efectos que las medidas legislativas regresivas pueden traer consigo en los casos concretos; protegiendo en consecuencia los derechos laborales en conflicto o justificando la vulneración de estos en otros; que como instrumento de incidencia en la implementación u orientación de políticas estatales, asuntos que como bien lo ha reconocido escapan al ámbito de su competencia.
- Las diferencias interpretativas entre los poderes públicos, respecto a las políticas económicas adoptadas ocasionalmente por el Estado y que han afectado en gran medida los derechos laborales, han imposibilitado la interrelación de los mismos en un diálogo bien estructurado que dé lugar a la oportunidad de complementar los objetivos comunes vistos desde diferentes perspectivas; la jurisprudencia en este sentido ha dado una muestra clara de las limitaciones a las que se encuentra sometida para proferir decisiones, en relación a la eficacia y utilidad de tales mecanismos implementados a costa de los derechos constitucionalmente protegidos, más aun, cuando obedecen a los intereses y objetivos de programas gubernamentales de turno.

- En este sentido, el principio de progresividad como uno de los tantos principios desarrollados por la Corte Constitucional, aún tiene mucho camino por recorrer a fin de que en el futuro no solo sea considerado como un mandato de no retroceso, sino como su significado lo indica, de progreso en la búsqueda de la plena efectividad de los DESC, objetivo que no solamente debería ser difundido y garantizado por vía jurisprudencial, sino que también debería implicar el compromiso de los demás poderes públicos, de manera que se logre cada vez más la materialización y realización de los derechos objeto de su amparo, puesto que de poco serviría la protección que eventualmente le pueda prodigar la jurisdicción constitucional a los DESC vulnerados, si la regulación de estos por parte del Estado sigue en avance a su retroceso.

RECOMENDACIONES

Es innegable el valor de los aportes que la investigación jurisprudencial en Colombia le ha otorgado a la cultura jurídica constitucional del país y de la comunidad internacional interesada. Tales estudios han permitido no solo ampliar el conocimiento jurídico sobre temas actuales de gran importancia académica, también ha dado lugar a la construcción del dialogo entre los diversos actores sociales involucrados con el propósito de hacer cada vez más participativo y democrático el debate jurídico.

La realización de este trabajo investigativo jurisprudencial en el ámbito jurídico laboral constitucional tiene como propósito convertirse en la puerta de entrada a posteriores investigaciones relacionadas con esta área del Derecho, de manera que sea el estudio constante y actual en la materia el que nos permita vislumbrar nuevas orientaciones y perspectivas del Derecho Laboral.

La temática planteada en el presente trabajo de grado se constituye apenas en el bosquejo general de un planteamiento teórico que bien puede ser ampliado o desarrollado en beneficio de la comunidad académica y la cultura jurídica en general.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 3ª Reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 607p.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *El concepto de los Derechos Sociales Fundamentales*. 1ª Edición, Editorial Legis. Bogotá, 2005, 380 p

ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. 1ª Edición, Editorial Legis. Bogotá, 2006, 667p.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. 5ª Reimpresión, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 419 p.

CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo, *Una Visión Integral de la Seguridad Social*. 1ª Edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 325 p.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. 1ª Edición, Editorial Legis. Bogotá, 2007, 457 p.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. 2ª Edición, Editorial Legis. Bogotá, 2006, 349 p.

RODRÍGUEZ Cesar, *La Decisión Judicial: El Debate Hart- Dworkin*, 4ª Reimpresión, Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, 191 p.

Artículos:

ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto. *Los derechos contenidos en tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro de Control de Constitucionalidad: La sentencia. Rol. No. 786-2007, del Tribunal Constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, Segundo Semestre, Vol. 5, Nro.002, Santiago de Chile, 2007, 11 p.

ALEGRE SÁNCHEZ, Adolfo, *Los mecanismos de protección de los Derechos humanos en la República de Argentina*” Disponible en: <http://usuarios.lycos.es/cominternacional/a009.html>.

ARANGO, Rodolfo, Ponencia: *La prohibición de retroceso en Colombia*. En: Tercer Congreso Nacional y Primero Internacional de Derecho Constitucional: "Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo" San Juan de Pasto (Nariño-Colombia) abril de 2006, 21 p.

ATRIA, Fernando, Documento: *¿Existen Derechos Sociales?*, Adobe 7.0, 15 a 59 p. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/26/116>.

BARAHONA RIERA, Rocío. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibilidad-Niveles Mínimos de Cumplimiento-e Indicadores*, En: Reunión de Expertos sobre población, Desigualdades y Derechos Humanos. CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2006, 19 p.

BARRETO ROZO, Antonio. *Formalismo y Antiformalismo en la Interpretación y Aplicación de los Derechos Fundamentales*, Conferencia dictada en el Tercer Congreso Nacional y Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional «Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo». San Juan de Pasto, abril de 2006, 5 p.

BERNAL PULIDO, Carlos, *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una Crítica a ¿Existen derechos Sociales? de Fernando Atria*. Adobe 7.0, 99 a 144 p., Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12937957558077187421624/015573.pdf>.

BOLESO, Héctor Hugo. *Protección internacional de los derechos humanos*, Equipo Federal del Trabajo, Año I, Revista N° 2. 2005, 29-42 p. Disponible en: www.eft.org.ar/.

CAPÓN FILAS, Rodolfo. *Progresividad de los derechos sociales*, Equipo Federal del Trabajo, Año III, Revista N° 36. 2008, 43-60 p. Disponible en: www.eft.org.ar.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Jurisdicción Constitucional en Colombia*. Ius te Praxis, Vol.8, No.1, 2002, I.S.S.N. 283-317p. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122002000100015&script=sci_arttext&tlng=en.

CORREDOR TORRES, Carlos Alberto, *Las normas internacionales del Trabajo garantías de los derechos laborales en el trabajo*, En: Seminario Uniamericas/Fescol. Bogotá, junio 19 de 2007, Adobe 6.0, 11 p. Disponible en: www.fescol.org.co/DocPdf/UNI-LAS-NORMAS-INTERNACIONALES.pdf.

CORTES NIETO, Johanna del Pilar, et al. Estudio Socio jurídico "La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 109 a 141 p.

COURTIS, Christian. *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista*, En: SEMINARIO INTERNACIONAL "CANDADOS Y DERECHOS" PNUD, México, 2007, Adobe 7.0, 24 p.

DE LA VEGA De Cabo, Antonio. *Nota sobre el Bloque de Constitucionalidad*. Universidad Complutense de Madrid, España, Adobe 6.0, 15 p. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552692&orden=0.

DE ROUX, Carlos Vicente, RAMÍREZ Juan Carlos. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Política Pública y Justiciabilidad*, Bogotá: Serie de Estudios y Perspectivas de la Oficina de la CEPAL, Bogotá, Noviembre de 2004, 23 p.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derecho al Trabajo*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 2005.
Disponible en: http://www.seminarioprotecciondeprogramas.org.mx/ponencias/Conference_Paper_Christian_Courtis.pdf.

DRAGO, Marcelo, *Taller sobre garantías explícitas en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe: el modelo de garantías explícitas en las políticas públicas chilenas*, Santiago de Chile, abril de 2007, 26 p.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4ª reimpresión. Traducción de Marta Gustavino. Editorial Planeta- Agostini. Barcelona, 1999.

GAVIRIA, Alejandro. *Ley 789 de 2002 ¿Funcionó o no?*, U de los Andes, Facultad de Economía-CEDE, Bogotá, 49 p. Adobe 7.0 Documento disponible en: http://economia.uniandes.edu.co/es/investigaciones_y_publicaciones/cede

GIALDINO, Rolando E. *Dignidad, Justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Apuntes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social*, Documento Word, 22 p. Disponible en: www.jursoc.unlp.edu.

GIALDINO, Rolando E. *Derechos Humanos y Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Equipo Federal del Trabajo, Año II, Revista N° 18. 2006, 3-50 p. Disponible en: www.eft.org.ar.

HENDERSON, Humberto, Ensayo: *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine*, Adobe 7.0 29 p. Disponible en: www.iidh.ed.cr/publicaciones.html.

JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo. *La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena. Estudios constitucionales*, 2007, Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82050209>.

KÜNNEMANN, Rolf y BERGMAN, David. *Modulo 9: Obligaciones de los estados y los actores no estatales*. Adobe 7.0, 19 p. Disponible en: http://www.iie.org/ihrip/circulo_derechos/27aModulo9.pdf.

LOPEZ, Diego. *¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? la nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo*. abril 2004, vol.10, no.1, 21-44 p. Disponible en: http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?pid=S1315-85972004004000002&script=sci_arttext.

MOLINA Higuera, Angélica. *Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos*. Estudio Socio-Jurídico., Bogotá (Colombia), 9 (Número especial): 166-189, abril de 2007 I.S.S.N: 0124-0579. 168 p. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2354633&orden=86837.

NUÑEZ, Jairo. *Éxitos y Fracasos de la ley 789 de 2002*. U de los Andes, Facultad de Economía-CEDE Bogotá, Adobe 7.0, Julio de 2005, 36 p. Documento disponible en: <http://quimbaya.banrep.gov.co/economia/seminar-reform-laboral.col.abr-05/Exitos-Fracasos-Reforma-Laboral-JNM.pdf>.

OLAYA ARANGO, Mónica, *El bloque de constitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, En: Precedente Anuario Jurídico, Cali, Universidad ICESI, 2004, 102 p.

ORDÓÑEZ, Jaime, *Los derechos fundamentales como referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social*, Adobe 7.0, 310 p. Disponible en: http://www.flacso.or.cr/fileadmin/user_upload/biblioteca_digital/CURSO_VIRTUAL/CP_Exc_Social_01.pdf#page=89.

PISARELLO, Gerardo, *Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los Derechos Sociales*, Subtitulo: *los derechos sociales en el constitucionalismo previo a la consolidación del Estado social legislativo*, Adobe 7.0, 81 a 107 p.

RAMELLI, Alejandro, *Las Fuentes del Derecho Internacional Público y el Bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Adobe 6.0, 2004, 19 p. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/11/ard/ard5.pdf>.

RIVAS MIRA, Fernando Alfonso, GARCIANAVA REQUENA, Dora del Refugio, *El método del análisis comparativo y su aplicación en los casos de la actividad de México y Nueva Zelanda 2000-2003*, Universidad de Colima, México, 2004, 19 p.

Adobe 6.0, Disponible en:
http://www.sectur.gob.mx/work/sites/sectur/resources/LocalContent/13579/1/UCOL_FRivas_Garcianava.pdf/

ROCAFORT PIZA, Rodolfo E. *Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos sociales y culturales*. En: Revista IIDH 40. Edición Especial sobre derechos económicos, sociales y culturales, Julio – Diciembre de 2004. Adobe 7.0, 57 p. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr11.pdf>.

RODINO, Ernesto José. *Desarrollo y progreso en el marco del Derecho*, Equipo Federal del Trabajo, Año II, Revista Nº 21. 2007, 15-26. p. Disponible en: www.eft.org.ar/pdf/.

ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor. *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la convención Americana sobre Derechos Humanos*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2007, 45 p. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es.

ROSSI, Julieta, *Estrategias de Exigibilidad de los DESC a través de los Sistemas Legales Domésticos*, Adobe 7.0, 483 a 502 p. Disponible en: http://www.iie.org/ihrip/circulo_derechos/27aModulo22.pdf.

SOBRERILLA, David, *El modelo de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*, En: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, España, No. 4, Adobe 6.0, abril de 1996, 17 p. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01474063322636384254480/index.html>.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *El Nuevo Derecho y la Interpretación Constitucional*, Ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional y Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional «Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo». San Juan de Pasto (Nariño-Colombia) abril de 2006.

TRINDADE, Augusto Antonio, *La protección internacional de los DESC*, Adobe 6.0, 13 p. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1835/5.pdf>.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, *Impactos de la reforma laboral ley 789 de 2002* Facultad de Ciencias Económicas, Centro de estudios para el Desarrollo- CID-, Bogotá, Marzo de 2007, 89 p. Disponible en: http://www.cut.org.co/index.php?Itemid=456&id=489&option=com_content&task=view.

UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIDO, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. 25 p. Disponible en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180.

VARGAS CALDERÓN, Mario, *Compromisos Internacionales de Chile en materias laborales*, Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, 1999, 17 p. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es.

VÁSQUEZ F, Héctor. *La Realidad del Trabajo Decente en Colombia*. Escuela Nacional Sindical. P. 1. Disponible en: www.ens.org.co/aa/img_upload/

Otros Materiales:

Carta de la OEA.

Constitución Política de Colombia.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Decreto 1295 de 1994.

Decreto 190 de 2003.

Ley 100 de 1993.

Ley 789 de 2002.

Ley 790 de 2002.

Ley 812 de 2003.

Pacto de Derechos Económicos Sociales y culturales.

Principios de Limburgo.

Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos humanos "Protocolo de San Salvador.

GIL JIMÉNEZ, William, *Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico colombiano*. Tesis conducente a la obtención del título de Magíster en Derecho. Director: Diego Eduardo López Medina, Bogotá D.C, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Programa de Maestría en Derecho, 2004, 281 p.

Sentencias:

De la Corte Constitucional

Constitucionalidad:

- Sent. C-221 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sent. C-074/93, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.
- Sent. C-525 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sent. C-578 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. C-566 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sent. C-596 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sent. C-191 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. C-209 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sent. C-582 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sent. C-798 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sent. C-936 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sent. C-954 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sent. C-042 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sent. C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Sent. C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sent. C-993 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sent. C-911 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sent. C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sent. C-044 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sent. C-257 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas.

Tutela y Unificación:

- Sent. T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.
- Sent. T-366 de 1992 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sent. T-423 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz
- Sent. T-491 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sent. T-453 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein.
- Sent. T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. T-597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. T-047 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sent. T-495 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sent. T-499 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. T-292 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sent. T-205 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

- Sent T-495 de 1995 M.P Vladimiro Naranjo Mesa
- Sent T-499 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sent T-235 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara
- Sent. SU 111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sent SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sent. SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent T-373 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sent. T-568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Diaz.
- Sent. T-586 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sent SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sent. SU-062 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sent. T-020 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sent. T-1055 de 2001 M.P Clara Inés Vargas.
- Sent. T-793 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Sent. T-766 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sent. T-733 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Sent. T-512 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.,
- Sent. T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sent T-596 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda
- Sent T-602 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería
- Sent. T-395 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sent. T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sent T-025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sent. T-029 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Sent. T-689 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Sent. T-792 de 2004 M.P. Jaime Araujo Renteria.
- Sent. T-925 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Sent. T-964 de 2004 M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-1117 de 2005. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Sent. T-530 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza
- Sent. T-1295 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas.
- Sent. SU-388 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-546 de 2005 M.P. Jaime Araujo Renteria.
- Sent. T-602 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas.
- Sent. T-866 de 2005 M.P. Jaime Araujo Renteria.
- Sent. T-1030 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-1031 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-1037 de 2005 M.P. Jaime Araujo Renteria.
- Sent. T-1167 de 2005 M.P Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-1183 de 2005 M.P Clara Inés Vargas.
- Sent. T-221 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sent. T-1064 de 2006 M.P Clara Inés Vargas.

- Sent. 1065 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-002 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sent. T-043 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sent. T-580 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto.
- Sent. T-628 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas.
- Sent. T-641 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sent. T-699 A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sent. T-1072 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sent. T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sent. T-069 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Sent. T-078 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sent. T-080 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sent. T-103 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sent. T-104 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De la Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 9 de agosto de 2006, Rad.27464 M.P. Gustavo Gnecco Mendoza.

Del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño

- Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Sala Cuarta de Decisión, Fallo de Segunda Instancia Tutela M.P. Jorge Ordóñez Ordóñez, Exp. 520013331002200800080-01, 9 de Julio de 2008.