UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

LA PROGRESIVIDAD: UN PRINCIPIO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES
"UN APORTE PARA EL ANÁLISIS DE LA AMPLIACIÓN DEL TRABAJO DIURNO EN COLOMBIA"

JOSÉ RODOLFO BELTRÁN VELÁSQUEZ

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2018

LA PROGRESIVIDAD: UN PRINCIPIO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES

“UN APORTE PARA EL ANÁLISIS DE LA AMPLIACIÓN DEL TRABAJO DIURNO EN COLOMBIA”

JOSÉ RODOLFO BELTRÁN VELÁSQUEZ

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Doctor Javier Fernández

Codirector:

Doctor Hernando Torres Corredor

Línea de Investigación:

Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2018

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C., 2018

DEDICATORIA

A Dios, quien guía cada uno de mis pasos, ilumina mi camino y me lleva de la mano en cada momento de mi vida.

A mi madre, que con su esfuerzo y sacrificio hizo de mí lo que soy hoy en día.

A mi hijo, por ser el motor, la fuerza, el motivo que me da vida y me inspira para ser mejor y superar cada obstáculo que se presente. Es la razón del querer seguir luchando y preparándome y el pretexto perfecto, para ser el mejor ejemplo.

AGRADECIMIENTOS

Gracias de manera especial y sincera a mi director, el doctor Javier Fernández. Su aporte y su capacidad para guiar mis ideas ha sido una contribución invaluable. Le agradezco también el haberme facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante el desarrollo de este trabajo. Sus consejos fueron la base para realizar un trabajo fundamentado y sustentado no solo con los mejores desarrollos doctrinales sino jurisprudenciales.

Agradezco también a mi codirector, el doctor Hernando Torres, por los conocimientos, apoyo y aportes en clase, además de su preocupación constante para que tuviéramos los mejores guías y acompañamiento en cada uno de los trabajos de grado.

Mis más sinceros agradecimientos a mis tutores, doctores Henry Rodríguez y Luis Alberto Álvarez, quienes me guiaron de forma acertada en la construcción de este escrito, sus ideas y orientaciones fueron los cimientos que permitieron concebir la columna vertebral del trabajo que hoy día se presenta.

Gracias de forma especial al doctor Pablo Reyes por su colaboración y orientación no sólo a través del taller metodológico sino en cada una de las fases de desarrollo de mi trabajo de grado en el cual estuvo siempre presente. Su disposición y auxilio me llevaron de la mano para la construcción de este escrito.

Mi profundo agradecimiento a mis maestros de la Maestría por los conocimientos, consejos y orientaciones que no solo me ayudaron a fortalecerme como ser humano sino como profesional.

CONTENIDO

Pág.

RESUMEN 8

ABSTRACT 9

INTRODUCCIÓN 10

1. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO AL TRABAJO, TRATAMIENTO EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL 16

1.1 EL DERECHO AL TRABAJO 16

1.1.1 Derecho al trabajo: un principio, un derecho y un valor constitucional 17

1.1.2 El derecho al trabajo como derecho social 24

1.2 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD 29

1.2.1 Concepto 30

1.2.2 El principio de progresividad en la legislación internacional 32

1.2.3 El principio de progresividad en Colombia 35

1.2.4 Deberes y obligaciones del estado (el papel de los órganos del poder público en el reconocimiento progresivo del derecho al trabajo) 38

2. LA AMPLIACION DEL TRABAJO DIURNO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD 44

2.1 CONCEPTO DE TRABAJO DIURNO 44

2.2 EL TRABAJO DIURNO: UNA PERSPECTIVA HISTORICA Y ANALITICA 45

2.3 LA JORNADA LABORAL Y EL TRABAJO DIUNO: UNA ESTRATEGIA COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE DESEMPLEO 48

2.3.1 Aplicación en el ámbito internacional: el caso de la jornada laboral 48

2.3.2 Aplicación en el caso colombiano 50

2.3.3 Estudios y resultados sobre la ampliación del trabajo diurno en Colombia 52

2.3.4 Vista jurisprudencial sobre la ampliación del trabajo diurno en la ley 789 de 2002 y su incidencia en el principio de progresividad 57

3. TEORIA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO: UNA PROPUESTA DE ANALISIS INTEGRAL FRENTE AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD 64

3.1 LA TEORIA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO 64

3.1.1 El derecho como valor de justicia (Elemento Valor) 66

3.1.2 El derecho como ordenamiento (Elemento norma) 67

3.1.3. El derecho como hecho o su efectividad social e histórica (Elemento fáctico) 69

4. APLICACIÓN DE LA TEORIA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO A LA AMPLIACIÓN DELTRABAJO DIURNO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD 72

4.1.1. Límites constitucionales: derechos adquiridos y los principios mínimos del trabajo 73

4.1.1.1 Derechos Adquiridos 73

4.1.1.2 Condición más beneficiosa 86

4.1.1.3 Los otros límites constitucionales: el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la prohibición prima facie de retrocesos 93

4.2 LA DIMENSIÓN NORMATIVA: EL ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE LA NORMA EN CUANTO TAL 107

4.3 LA DIMENSIÓN FÁCTICA: LA EFICACIA DE LA NORMA Y SU IMPACTO EN LA REALIDAD SOCIAL 109

5. CONCLUSIONES 117

6. RECOMEDACIONES 123

REFERENCIAS 124

RESUMEN

Este trabajo presenta un riguroso examen sobre la ampliación del trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo y su impacto en el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicables en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad. La noción de progresividad implica que el derecho al trabajo como derecho social no se realiza de manera inmediata, es decir, el logro de este ha de realizarse de forma gradual y ello supone un avance en su goce y ejercicio lo cual significa que el legislador debe asegurar que tales derechos y garantías no sean disminuidos ni afectados. Para evaluar dicho impacto, se propone un análisis tridimensional del derecho. La importancia de esta teoría, radica en que toma en cuenta que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de tres elementos o factores que coexisten en una unidad concreta como son: el hecho, el valor y la norma. Estos tres aspectos, el hecho, valor y norma no sólo se correlacionan, sino que se dialectizan, porque hay entre ellos una dinamismo integrante y convergente. A través de la aplicación de dicha teoría, se define que la norma precitada vulneró el principio de progresividad pues no se cumplió con la obligación inmediata de respetar y garantizar el derecho al trabajo. Además, se evidencia el carácter deliberadamente retroactivo del precepto enunciado y en consecuencia se expone que el legislador no cumplió al deber de tener la consideración más cuidadosa y se faltó con la obligación de justificar plenamente las modificaciones realizadas. Así las cosas, el empleo de la teoría tridimensional del derecho resulta de gran utilidad para un análisis normativo, pues facilita la comprensión y el juzgamiento de cualquier precepto a la hora de determinar su constitucionalidad.

Palabras clave: Trabajo, Progresividad, Teoría Tridimensional, Diurno.

ABSTRACT

This paper presents a rigorous examination on the extension of ordinary work in Colombia established by article 25 of Law 789 of 2002, as a measure to guarantee the right to work and its impact on the principle of progression in the human rights international instruments and applicable in Colombia through the constitutionality block. The notion of progression implies that the right to work as a social right is not realized immediately, which means that, the achievement of this has been done gradually and this, does not advance in its meaning and practice which means that the legislator must ensure that they have rights and the guarantees are not diminished or affected. To evaluate this impact, a three-dimensional analysis of the law is proposed. The importance of this theory is that, it takes into account that the life of the law results from the dynamic and dialectical interaction of three elements or factors that coexist in a specific unit as a child: the fact, the value and the norm. These three aspects, are not only correlated, but dialectize, because there is an integrating and convergent dynamic between them. Through the application of this theory, we can define that the aforementioned standard refers to the principle of progression because the immediate obligation to respect and guarantee the right to work was not met. In addition, the deliberately retroactive nature of the aforementioned precept is evident and consequently, it is stated that the legislator did not fulfill the duty of having the most careful consideration and the obligation to fully justify the modifications made was not met.

Thus, the use of the three-dimensional theory of law is very useful for a normative analysis, because it facilitates the understanding and judgment of any precept when determining its constitutionality.

Keywords: Work, Progression, three-dimensional theory, ordinary work

INTRODUCCIÓN

Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos han establecido el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales se enmarca el derecho al trabajo, en ese marco se ha conceptuado que le asiste la obligación a cada Estado de asegurar un nivel mínimo esencial de cada uno de los derechos, y, en caso de incumplimiento deberá demostrar que realizó todos los esfuerzos para utilizar los recursos a su disposición para satisfacer de forma prioritaria esas obligaciones mínimas y que aún, si los recursos no son suficientes no por ello se exonera al Estado de esforzarse por asegurar el disfrute más amplio posible de los beneficios ya otorgados.

Así las cosas, la importancia del derecho al trabajo en el marco normativo dentro de un Estado social de derecho como el de Colombia es evidente, pues no solo es un derecho también es un principio y valor constitucional. No es suficiente con enunciar que debe existir progresividad en el derecho, una protección especial al trabajo e inclusive que se le debe garantizar al trabajador un mínimo vital y móvil que le permita vivir con dignidad si dichas garantías y dicho derecho no se materializan.

Por ello, uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en especial de garantizar la dignidad humana de los habitantes del territorio nacional. En ese sentido, para el cumplimiento de los fines, el Estado debe evaluar las condiciones de la población, máxime si ésta se trata de la fuerza laboral pues frente al empleador esta se encuentra en desventaja y se ha considerado que dicha relación (empleador-trabajador) siempre estará en desequilibrio y es por ello que el Derecho Laboral ha propendido por la protección de los asalariados pues en correspondencia con el principio de igualdad material, como lo ha afirmado la Corte Constitucional, el Estado Colombiano tiene una obligación especial de proteger a los trabajadores, sobre todo por cuanto se encuentran en circunstancias de inferioridad y vulnerabilidad debido a su condición de dependientes.

Conforme al principio “Pacta sunt servanda” establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, de igual forma se ha reconocido que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos

humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar que se cumplan los derechos en ella consagrados tal como lo requiere el artículo 2 de dicho instrumento, lo cual implica por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Expuesto lo anterior, se debe tener en cuenta que cualquier reforma en materia de derechos laborales resulta problemática, si la misma no corresponde a los valores, principios y derechos constitucionales y no se haya conforme a los tratados de derechos humanos debidamente ratificados como lo ha prescrito el artículo 93 de la Carta y que forman parte del bloque de constitucionalidad, máxime cuando ésta también afecta el principio de progresividad.

Varios, han sido los países que han adoptado la jornada de trabajo como un instrumento para la generación de empleo, en algunos casos con éxito, en otros, sin lograr los resultados esperados. Colombia, no ha sido ajena al debate y aunque no afectó la jornada de trabajo como tal, en el año 2002 mediante la Ley 789 decretó en su artículo 25 la ampliación del trabajo diurno pasando de las dieciocho horas (6:00 p.m.) a las veintidós horas (10:00 p.m.) y en consecuencia, el recorte del trabajo nocturno quedando comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.), disposición, que frente a los estudios realizados no pudo confirmar los resultados esperados y que desde entonces ha generado no solo discusión, también proyectos de ley con la intención de volver a la medida modificada bajo el sustento de que fue regresiva y vulneró el principio de progresividad, transgresión que se da por la falta al deber de reconocimiento y la satisfacción plena de los derechos con cierta gradualidad y en el caso de normas de carácter deliberadamente retroactivo, a la no consideración más cuidadosa y el deber de justificarse plenamente, condiciones, que a la luz de la controversia no fueron debidamente valoradas, y, aunque dicha disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional la cual fue deferente frente a la posición asumida por el Congreso, estaba sujeta a su eficacia y los efectos de la misma no fueron evaluados de tal manera que permitieran determinar el logro de la finalidad que se esperaba con la reforma en un lapso de tiempo

adecuado y tampoco la Corte dio la posibilidad de demandarla ulteriormente de tal forma que se garantizara los derechos ya disminuidos por las medidas adoptadas.

Expresado lo precedente, esta investigación tiene como objetivo general o se propone establecer de qué forma la ampliación del trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo vulnera el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicable en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad y para lograrlo, se propone identificar las diferentes posturas que sobre el tema se han ocupado, para luego, a través de un análisis tridimensional del derecho determinar a partir de los elementos: norma, hecho y valor la vulneración de forma efectiva.

Hay que tener en cuenta que si bien existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia frente a la norma que se analiza, no por ello puede dejar de darse un debate frente a la eficacia de la medida, pues bien estableció el legislador que si transcurridos dos años de la vigencia de la Ley 789 de 2002 y hecha una completa evaluación de sus resultados presentaría al Congreso un proyecto de ley que modificara o derogara las disposiciones que no lograran los efectos prácticos para la generación de empleo, y es aquí donde radica la importancia de este estudio, máxime cuando desde entonces se ha pretendido a través de varios proyectos de ley volver a la anterior jornada, pues ello significa que el incremento del trabajo diurno fue ante todo perjudicial para los derechos de los trabajadores y beneficiosa a los intereses de los empresarios y en esa medida se aporta a la discusión.

No obstante, este trabajo pretende mostrar que el derecho al trabajo, como derecho social, obliga al Estado a reconocer 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. En ese sentido, el gobierno debe tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, y, de las medidas disponibles decidir por las que menos vulneren los derechos ya alcanzados y si resultan regresivas, es decir, vulneran el principio de progresividad (como en el caso en estudio) tal y como lo plasmó el legislador en la misma ley 789 de 2002 derogarlas si no lograban la finalidad y objetivos definidos, que para el caso, correspondía a la generación de un determinado número de puestos de trabajo.

Como se dijo anteriormente, si bien es cierto existe pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la exequibilidad de la norma ello no impide que se puedan realizar debates sobre los temas abordados por dicho tribunal o que se puedan llevar a cabo estudios e investigaciones que puedan contribuir a cuestionar las medidas adoptadas o decisiones tomadas y generar inquietudes frente a las normas aprobadas por el legislador, fundamento que constituye la razón de ser de éste trabajo, pues los derechos y garantías que consagra el Estado colombiano como Estado Social de derecho, dependerán de las circunstancias y la realidad no solo económica, social y política, que son por demás cambiantes y determinarán en mayor o menor grado el amparo.

Así las cosas, el aporte que espero lograr con éste trabajo de grado es la necesidad de construir un marco de análisis más amplio y crítico partiendo de un análisis tridimensional del derecho toda vez que ofrece una mejor visión y comprensión sobre el estudio de una norma, pues según Miguel Reale, la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de tres elementos o factores que coexisten en una unidad concreta: el hecho, el valor y la norma; pues vistos de forma integral las evaluaciones y exámenes sobre un precepto son más completos, justificando de ésta forma el estudio a realizar ya que no hay en Colombia investigaciones que aborden lo planteado en el ámbito laboral y en la materia presentada.

Dicho lo anterior, ***la pregunta*** que guía la siguiente investigación es: **¿de qué forma la ampliación del trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo vulnera el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y aplicable en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad?**

Así las cosas, ***la hipótesis de trabajo*** que este trabajo buscará validar es:

La ampliación del trabajo diurno establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo en Colombia no generó los resultados esperados convirtiéndose en una medida regresiva vulnerando así el principio de progresividad del derecho al trabajo. Dado que la Ley 789 de 2002 estaba sujeta a la eficacia de la misma y teniendo en cuenta que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de tres elementos o factores que coexisten en una unidad concreta como son: el hecho, el valor y

la norma según Miguel Reale, la evaluación de los efectos de la reforma para determinar cómo la ampliación del trabajo diurno vulnera el principio de progresividad requería de un análisis tridimensional del derecho y no de un deber deferente de la Corte Constitucional frente a la posición asumida por el Congreso.

Para contestar la pregunta y validar la hipótesis de trabajo se realizó la siguiente ***metodología de investigación***, donde se adoptó un enfoque de investigación cuya orientación será eminentemente cualitativa y teórica. Este carácter expone que se aborde el problema objeto de la investigación partiendo de aproximaciones teórico-críticas sobre la aplicación de la norma. Se ha mencionado que la naturaleza de la propuesta es exploratoria, es decir, se plantea como punto de partida la teoría del análisis tridimensional del derecho para evaluar la norma, que si bien otros autores ya se han referido al tema bajo el análisis propuesto aún no se ha realizado.

Lo anterior, teniendo como fuentes secundarias la información proveniente de interpretaciones ya elaboradas por teóricos, historiadores, o a las normas mismas; tesis, monografías, boletines estadísticos ente otros.

Para responder el interrogante formulado, se seguirá el siguiente ***itinerario*** en el presente trabajo de investigación: El primer capítulo tiene como finalidad identificar las bases normativas que permitan determinar de qué manera una reforma como la ampliación del trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo vulnera el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y aplicable en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad.

Para ello y con el fin de comprender no sólo el origen sino la razón de ser del principio de progresividad, se estudiará el derecho al trabajo desde el punto de vista de su consagración constitucional y su definición como derecho social, para luego abordar propiamente dicha la progresividad desde el punto de vista de la legislación internacional así como sus desarrollos doctrinales por los órganos autorizados para ello, luego, pasar a su tratamiento en el ámbito nacional, terminando con las obligaciones y compromisos que adquiere el Estado y de sus órganos representados por la Rama ejecutiva, legislativa y Judicial.

En un segundo capítulo, se abordará el estudio de la ampliación del trabajo diurno y su incidencia en el principio de progresividad. Para desarrollar lo anterior, se propone estudiar el trabajo diurno, desde una perspectiva histórica y analítica para entender los enfoques que ha tenido su establecimiento y respectivas modificaciones, seguido de la exposición de su utilización como estrategia para la solución de problemas de desempleo en el ámbito internacional como nacional. Luego, se revisará los diferentes estudios entorno a las medidas que se tomaron en la Ley 789 de 2002 y sus resultados para posteriormente, darle una vista jurisprudencial a la misma y determinar los efectos producidos por dicha reforma en el principio de progresividad.

El tercer capítulo, tiene como finalidad dar a conocer las bases conceptuales y fundamentos de la teoría tridimensional del derecho como propuesta para realizar un análisis integral partiendo de los componentes hecho, valor y norma. Para ello y con el fin de comprender tales fundamentos se partirá de las principales ideas que fundamentan la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale.

El cuarto y último capítulo, tiene como propósito dar respuesta al interrogante planteado al iniciar éste trabajo aplicando para ello la teoría tridimensional del derecho, la cual, se dará iniciando con la dimensión axiológica, luego a través de la dimensión normativa y por último desde la dimensión fáctica, para luego terminar con las conclusiones respectivas.

1. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO AL TRABAJO, TRATAMIENTO EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Este capítulo tiene como finalidad identificar las bases normativas que permitan dar respuesta al interrogante planteado en éste trabajo de grado. Para ello y con el fin de comprender no sólo el origen sino la razón de ser del principio de progresividad, se estudiará el derecho al trabajo desde el punto de vista de su consagración constitucional y su definición como derecho social, para luego abordar propiamente dicha la progresividad desde el punto de vista de la legislación internacional así como sus desarrollos doctrinales por los órganos autorizados para ello, luego, pasar a su tratamiento en el ámbito nacional, terminando con las obligaciones y compromisos que adquiere el Estado y de sus órganos representados por la Rama ejecutiva, legislativa y Judicial.

1.1 EL DERECHO AL TRABAJO

De acuerdo al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC) el derecho a trabajar es "el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado"; por tanto, imaginar al ser humano desligado de una actividad productiva es imposible y mucho menos se podría concebir el "estado actual de desarrollo de la sociedad sino se tuviera presente el papel que el trabajo ha desempeñado en la creación de todo el conjunto de bienes de que disfruta la humanidad para la satisfacción de sus múltiples necesidades. Todo el progreso que puede admirar la humanidad es fruto del trabajo. Sin actividad productiva del hombre seguramente fuera muy distinta la realidad que hoy nos ofrece a la vista"[1].

Dada así la importancia que reviste el trabajo no sólo para el ser humano como persona sino para la humanidad misma, el artículo 25 de la Constitución ha consagrado que "el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado", pero, dicha protección "no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es

[1] CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho laboral colombiano. Bogotá: Editorial Temis. p. 5

más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada”[2].

Pero más allá de la simple protección, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. Dimensión que se explica a continuación:

1.1.1 Derecho al trabajo: un principio, un derecho y un valor constitucional

La Constitución Política de Colombia de 1991 otorgó especial protección al trabajo y le reconoció su existencia como principio y valor (Preámbulo y art. 1) y como derecho cuya protección la confió directamente al Estado (art. 25).

> (…) el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social[3].

“Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política”[4]. Como expresa la Corte en sentencia T-406 de 1992 “los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto”, de ahí la importancia del trabajo como valor.

---

[2] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-593. Expediente D-10032. (20, agosto, 2014). M.P. JORGE PRETELT CHALJUB. [En línea]. Recuperado en 2017-11-02. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-593-14.htm

[3] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-614. Expediente 7615. (2, septiembre, 2009). M.P. JORGE PRETELT CHALJUB. [En línea]. Recuperado en 2016-08-26. Disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/20034389?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

[4] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-406. Expediente T-778. (5, junio, 1992). M.P. CIRO ANGARITA BARÓN. [En línea]. Recuperado en 2016-09-23. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm

El trabajo como derecho, implica “una regulación fundada en la libertad para seleccionarlo, por lo que, salvo las restricciones legales, consiste en la realización de una actividad libremente escogida por la persona dedicando a ella su esfuerzo intelectual o material, sin que puedan impedírselo los particulares ni el Estado a quien, por el contrario, le compete adoptar las políticas y medidas tendientes a su protección y garantía”[5].

Además el derecho al trabajo, es un derecho fundamental. Los derechos fundamentales son” inherentes al ser humano, a su esencia, a su naturaleza e inalienables y sin los cuales éste no podría subsistir como tal. Ello sucede con el derecho del trabajo, el cual además de realizar al hombre como tal, dignificándolo, constituye para él a la vez un medio insustituible para conseguir recursos económicos para su congrua subsistencia y la de su progenie.[6] Tal concepción humanista del derecho al trabajo se ratifica en el ámbito internacional en los siguientes instrumentos:

La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 23 previene que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” igualmente en el artículo 24 preceptúa que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (Bogotá, 1948), regula en el artículo 45 que “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 decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de

[5] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-107. Expediente D-3643. (14, febrero, 2002). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2017-12-14. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-107-02.htm

[6] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-462. Expediente T-1340. (13, julio, 1992). M.P. SIMÓN RODRÍGUEZ. [En línea]. Recuperado en 2017-11-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-462-92.htm

trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar".

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 6o. que "los Estados partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante el trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho". Y en el artículo 7, "los Estados reconocen el derecho de todas personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial (…) ii. Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias".

El Pacto de San José de Costa Rica aprobado por Colombia por la Ley 16 de 1972 señala en su artículo 6 numerales 1 y 2 que "Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas" y "nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio".

Y por último, el Protocolo de "San Salvador" que en sus artículos 6 y 7 reconocen el derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias.

Puede reafirmarse con base en lo anterior que el trabajo es un derecho fundamental y tal calidad la debe por el cumplimiento de los siguientes requisitos que la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 señala:

1. Conexión directa con los principios, es decir, emana de los valores y principios constitucionales.
2. Eficacia directa, es decir, es el resultado de una aplicación directa del texto constitucional
3. El contenido esencial, significa que los derechos anteriores al derecho positivo y que de manera clara se demuestra su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan, son considerados fundamentales.

Como derecho fundamental, el trabajo "debe ser protegido en todas sus modalidades y asegurar el derecho de toda persona al desempeño en condiciones dignas y justas, así como los principios mínimos fundamentales a los que debe sujetarse el legislador en su desarrollo y la

obligación del Estado del desarrollo de políticas de empleo hacen del derecho al trabajo un derecho de central importancia para el respeto de la condición humana y cumplimiento del fin de las instituciones”[7].

Y, aunque el artículo 85 de la Constitución no consagra el derecho al trabajo como de aplicación inmediata lo que hace que éste requiera de desarrollo y regulación legal, no por ello, la falta de expedición de un estatuto del trabajo delegado en el Congreso colombiano implica que los trabajadores hayan quedado desprotegidos, pues por su carácter de derecho fundamental que éste tiene, el derecho al trabajo es de aplicación inmediata, además, “todo el Régimen Laboral Colombiano, tanto el aplicable al sector privado como el correspondiente a los servidores del Estado, que estaba vigente al expedirse la Constitución de 1991, sigue vigente en cuanto no sea contrario a las nuevas normas superiores y es la ley a cuyo imperio están sometidos los jueces de la República para fallar las causas de que conocen”[8].

En el ámbito internacional, con relación al reconocimiento, al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren a la persona unas condiciones de existencia dignas para ella y su familia establecidas en el artículo 7 del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha confirmado su aplicación inmediata cuando expresa: “en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. (...) Es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata”[9].

---

[7] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-611. Expediente T-404092. (8, junio, 2001). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2018-01-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-611-01.htm

[8] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-084. Expediente T-20489. (2, marzo, 1994). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-08-15. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44297 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-084. Expediente T-20489. (2, marzo, 1994). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-08-15. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44297

[9] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES. Observación General No 9: La aplicación Interna del Pacto. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN9 Párrafo 11

Lo anterior significa que, los jueces deben realizar un control de convencionalidad, entendido este como el deber que tienen los operadores judiciales de cada uno de los Estados, de realizar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad que se les ha delegado en los casos que sean de su competencia, sino de integrar en sus decisiones corrientes, las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales de tal forma que se garantice la aplicación de los derechos consagrados en estos.

Además de considerarse de aplicación inmediata, algunas disposiciones que consagra la Constitución colombiana permiten observar una protección reforzada al trabajo al establecer:

El artículo 26 (regula la libertad de escogencia de la profesión u oficio); el artículo 39 (es un derecho de los trabajadores y los empleadores constituir sindicatos o asociaciones); el artículo 40, numeral 7º (es un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos); artículos 48 y 49 (establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud); el artículo 53 (establece los principios mínimos fundamentales del trabajo); el artículo 54 (establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud); los artículos 55 (consagran los derechos a la negociación colectiva) y 56 (garantiza el derecho a la huelga); el artículo 60 (otorga el derecho a los trabajadores el acceso a la propiedad accionaria); el artículo 64 (regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los campesinos y los trabajadores agrarios y a servicios como educación, vivienda etc.); los artículos 122 a 125 (señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado); el artículo 215 (en estado de excepción el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo"; el artículo 334 (el Estado intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos) y el artículo 336 (en caso de establecimiento de monopolios el legislador debe respetar los derechos adquiridos de los trabajadores).

Lo anterior se enmarca dentro de lo que se denomina principio de protección al trabajo, definido como "la garantía ofrecida por parte del Estado a fin de salvaguardar el desarrollo del trabajo, en el marco del establecimiento de determinadas garantías, dentro de las cuales encontramos

la organización institucional creada a fin de "prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos"[10].

> No basta con que la Constitución Política establezca que Colombia es un Estado social de derecho (art. 1º de la Carta) y del inmenso contenido que implica esta definición, ni que este principio, vinculado a los fines sociales del Estado (art. 2º), se imponga como marco de interpretación de las demás normas constitucionales y legales que se relacionen con el mismo, si las autoridades de la República, responsables de hacerlo realidad, no sólo no facilitan que las personas puedan acceder al disfrute de los derechos fundamentales, sino que, al momento de ponerlos en ejecución, entraban la labor poniendo en grave peligro la subsistencia de quienes por su estado de debilidad manifiesta o de pobreza extrema, se convierten en los afectados por el incumplimiento de las obligaciones estatales[11].

En relación al trabajo como principio, ha definido la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 que "los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional". En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

De acuerdo a lo anterior, el trabajo como derecho social se regula constitucionalmente como mandatos de optimización, "puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos"[12].

Así las cosas, los principios "serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa"[13].

---

[10] COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Principios y derechos fundamentales en el trabajo. [En línea]. Recuperado en 2017-03-01. Disponible en: http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/46-principios-y-derechos-fundamentales-en-el-trabajo.html.

[11] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-1031. Expediente T-949027 y T-951230. (21, octubre, 2004). M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. [En línea]. Recuperado en 2018-02-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1031-04.htm

[12] CARBONELL, Miguel. Eficacia de la constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas. En: Courtis, Christian y Ávila Ramiro. La protección judicial de los derechos sociales. Quito: V&M Gráficas, 2009. p. 682 [En línea]. Recuperado en 2016-10-02. Disponible en:http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/proteccion-judicial-derechos-sociales.pdf. p. 75.

Debe destacarse que el Preámbulo de la Constitución colombiana “indica los principios que la orientan y los fines a cuya realización se dirige y por ello no sólo hace parte de ésta como sistema normativo sino que además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad”[14], por tal razón, debe ser observado por el legislador, pues el mismo constituye un límite a la libertad de configuración de éste, en tal sentido, no solo debe asegurar el derecho al trabajo sino protegerlo especialmente. En orden la constitución “consagró los derechos mínimos y las garantías de los trabajadores (art. 53) y dispuso que el legislador debe asegurar que tales derechos y garantías no sean disminuidos ni afectados. Así mismo, que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”[15].

Debe considerarse entonces, luego de exponer la naturaleza jurídica del trabajo en su triple dimensión, el trabajo como un derecho social, que como tal “tiene unos contenidos mínimos, que son de aplicación inmediata y deben ser protegidos siempre por el Estado, pero que igualmente es, como todo derecho social, un derecho de desarrollo progresivo”[16], determinando así, una serie de obligaciones que están consagradas en el PIDESC para los Estados y de carácter inmediato como son “la de "garantizar" que ese derecho sea ejercido "sin discriminación alguna" (párrafo 2 del artículo 2) y la de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6. Dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo”[17].

---

[13] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-1287. Expediente D-3549. (5, diciembre, 2001). M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. [En línea]. Recuperado en 2017-12-19. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm

[14] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-477. Expediente D-5465. (10, mayo, 2005). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2017-08-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-477-05.htm

[15] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-934. Expediente D-5132. (29, septiembre, 2004). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2018-02-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-934-04.htm#_ftnref10

[16] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-177. Expediente D-5310 y D-5321. (1, marzo, 2005). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En Línea]. Recuperado en 2017-10-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm

[17] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES. Observación General No 18: El derecho al trabajo. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang= Párrafo 19.

1.1.2 El derecho al trabajo como derecho social

En sus orígenes, los derechos sociales han sido producto de revoluciones y luchas políticas, razón por la cual fueron reconocidos a colectividades, como por ejemplo, a los trabajadores en forma de derechos laborales, o en sus inicios a individuos que se encontraban en estado pobreza y que eran objeto de ayuda para su sostenimiento, es decir, a través de la beneficencia, por tanto, su nacimiento y razón de ser se deben a la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia.

Lo anterior se evidencia en la segunda declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1793 que consagró en su artículo 21 como deber de la sociedad asegurar las subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurándole los medios de subsistencia a los que no estén en condiciones de trabajar; pero fueron las tres revoluciones sociales de 1917 a 1919 las que fundaron el constitucionalismo social y primeros antecedentes de los derechos sociales.

La Constitución Política de Estados Unidos de México de 1917 fue la primera constitución con orientación social. En el título sexto, dedicado al trabajo y la previsión social, reconoció "un catálogo extenso de derechos sociales de los obreros y empleados, inclusive la jornada máxima de ocho horas por día (art. 123 A I), la prohibición de del trabajo de los niños menores de doce años (art. 123 A III), la garantía del día semanal de descanso (art. 123 A IV), la protección de la mujer embarazada tres meses antes del parto y un mes después (art. 123 A V), el salario mínimo para un estándar de vida adecuado (art. 123 A VI) y la prohibición de discriminaciones en el salario en razón del género (art. 123 A VII)"[18].

Como segunda carta fundadora, se estableció la Constitución de la República Consejista Socialista Federativa de Rusia que entre los derechos sociales garantizados acentuó el derecho al trabajo, "que se manejó creando para toda persona adulta un puesto de trabajo, independiente de la pregunta de si una economía capitalista hubiera visto un perfil lucrativo o

[18] MARQUARDT, Bernd. Derechos humanos y fundamentales, una historia del derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de occidente? Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2015. p. 91.

no. También fue garantizado el derecho al abastecimiento material en la vejez y en los casos de enfermedad e invalidez”[19].

La tercera carta corresponde a la Constitución de Weimar, en ella, los deberes y derechos fundamentales “obligaron la economía a la justicia pública en el sentido de asegurar la existencia humana digna para todos (art. 151)”[20].

No obstante el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, estos no se consagraron como derechos en sentido estricto, sino como deberes de exigencia general y de carácter programático; fue con la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1948 que se instituyeron como derechos económicos, sociales y culturales estableciendo en su artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. En el siguiente artículo, entre otros, prescribe que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, de igual forma, a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Desde entonces, los derechos sociales forman parte de los derechos humanos.

Es por lo anterior que la doctrina emanada de los órganos creados por los pactos “ha sostenido los rasgos de interdependencia, interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, sin distinción de categorías ni importancia entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”[21] , es por ello que en cuanto la atención, promoción, aplicación, y protección de los derechos económicos sociales y culturales, la Asamblea General de la ONU en Resolución 32/130 del 16 de diciembre de 1977, mediante la cual determina el enfoque respecto de las cuestiones de los derechos humanos precisa en el numeral 1, que: “Todos los

[19] Ibid., p. 93
[20] Ibid., p. 94
[21] MORALES, Leticia. Derechos sociales constitucionales y democracia. Madrid. Marcial Pons. 2015. p. 61

derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales".

Dicha interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos justifica que no haya diferencias también en materia de justiciabilidad, y ello lo ha dejado claro el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación No 9, cuando expone:

> En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. (…) La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

Ahora, tratándose de derechos sociales fundamentales, tampoco debería hacerse diferenciación en el contenido prestacional, si bien es cierto Robert Alexy sostiene que "cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda y a la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto"[22], lo que significa, que son derechos de la persona frente al Estado, para la Corte Constitucional, "la condición de 'prestacional' no se predica de la categoría 'derecho', sino de la 'faceta de un derecho'. Es un error categorial hablar de 'derechos prestacionales', pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales"[23], en ese sentido, hay que precisar también que todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo. "A diferencia de lo que solía afirmar parte de la doctrina, para la Corte no es cierto que solamente los derechos económicos, sociales y culturales tengan contenidos prestacionales; los derechos civiles y políticos también

[22] ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.1997. p. 482
[23] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-760. Expedientes T-1281247 y acumulados. (31, julio, 2008). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En línea]. Recuperado en 2017-11-03. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos”[24].

Pero además de la faceta prestacional, los derechos sociales también tienen un contenido programático dado que exigen no sólo recursos sino de la logística del Estado y en ese caso:

> Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación. Tales elementos varían según la prestación de que se trate y el medio de exigibilidad utilizado. (…) En ese orden de ideas, la posibilidad de exigir un derecho de prestación es apreciable sólo en el caso concreto y dependiendo del tipo de derecho[25].

Vale afirmar en concordancia con lo recién expuesto: “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse[26]. En tal sentido, considera la Corte en sentencia T-760 de 2008, habrá obligaciones de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos o porque a pesar de requerirse de estos, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata. Otras de las obligaciones serán de cumplimiento progresivo, dada la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren, por tanto, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos. Por último, habrá otras facetas que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.

Por lo tanto, para el máximo tribunal constitucional colombiano la fundamentalidad de los derechos no depende ni puede depender “de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera

---

[24] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-372. Expediente D-8274. (12, mayo, 2011). M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. [En línea]. Recuperado en 2016-09-24. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-372-11.htm

[25] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-207. Expediente T-54994. (12, mayo, 1995). M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ. [En línea]. Recuperado en 2018-01-25. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-207-95.htm

[26] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-760. Expedientes T-1281247 y acumulados. (31, julio, 2008). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En línea]. Recuperado en 2017-11-03. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención)”[27].

Visto lo anterior, los derechos sociales son: “derechos subjetivos (1) de prestación positiva fáctica del Estado (2)”[28].

Como derechos subjetivos, son “posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a la persona. La inminencia del daño y la urgencia de la situación exigen la inversión en el orden de exigibilidad de las posiciones normativas”[29].

Y son de prestación positiva fáctica del Estado por cuanto “la incorporación del principio de solidaridad en el orden jurídico, en concordancia con los principios de dignidad, de subsidiariedad o de urgencia, hace del Estado la agencia colectiva por excelencia para satisfacer las prestaciones positivas fácticas objeto de los derechos sociales. Esto por razones de tipo económico, práctico y normativo”[30].

Si bien los derechos sociales son derechos subjetivos y de prestación positiva fáctica del Estado, estos incorporan la noción de progresividad que implica que estos derechos no se realizan de manera inmediata, es decir, el logro de los mismos ha de realizarse de forma gradual y ello implica un avance en su goce y ejercicio. En ese sentido considera el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación No 18 que “el hecho de que la realización del derecho al trabajo sea progresiva y tenga lugar a lo largo del tiempo no debía ser interpretado como que priva a las obligaciones de los Estados Partes de todo contenido significativo. Significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de

[27] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-016. Expediente T-1405186. (22, enero, 2007). M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO. [En Línea]. Recuperado en 2017-08-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm
[28] ARANGO. Rodolfo. Derechos Sociales. En: Fabra, Jorge y Rodríguez, Verónica. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 2 Capítulo 47. México D.F. UNAM. 2015. p. 1683.
[29] Ibid., p. 1684.
[30] Ibid., p. 1688.

"avanzar lo más expedita y eficazmente posible" hacia la plena aplicación del artículo 6” del PIDESC, en otras palabras, deberá garantizar el derecho al trabajo de manera efectiva.

Incorporando entonces la característica de progresividad, se puede definir de forma más amplia los derechos sociales, dentro de los que se incluye el derecho al trabajo como:

> (…) aquel conjunto de derechos (salud, educación, seguridad social, vivienda digna, recreación, trabajo, etc.), que implican por parte del Estado obligaciones positivas, de dar o de hacer (deber de adoptar medidas especialmente económicas y técnicas de manera progresiva y por todos los medios apropiados para alcanzar el goce efectivo de estos derechos), que han de cumplirse de manera progresiva y desarrollarse programáticamente llegando a niveles de protección cada vez más altos, tutelados por el ordenamiento jurídico con acciones de raigambre constitucional y legal, ejercitables directamente por sus titulares, buscando como fin último atender las carencias y requerimientos en terreno naturalmente desigual de las relaciones humanas[31].

Dada la importancia que tiene la progresividad de los derechos sociales, se pasa a revisar dicho principio en el siguiente aparte.

1.2 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El Estado debe garantizar la existencia de toda persona en condiciones dignas, no solo para el trabajador en el caso del derecho al trabajo, sino el de éste y su familia y de mejorar continuamente dichas condiciones, por lo cual asume un compromiso de no crear políticas, medidas y normas que vayan en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales y al mismo tiempo de no reducir los ya existentes. Es por ello que se requieren parámetros de control y evaluación que permitan determinar cuando el legislador ha actuado dentro de sus facultades, y cuándo ha transgredido sus potestades o ha ido en contravía de lo ordenado por la constitución, es en este contexto donde se inserta el principio de progresividad, pues su implantación como criterio de interpretación, aplicación y orientación de las normas resulta fundamental para protección de los derechos.

[31] BERMUDEZ ALARCON, Katerine et al. Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: aproximación a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012. p. 17

1.2.1 Concepto

El desarrollo progresivo del Derecho al Trabajo como parte de los derechos sociales hace referencia a que estos derechos "no se realizan de manera inmediata, sino que requieren de un cierto tiempo, no indeterminado pero sí razonable"[32], situación que establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (PIDESC) aprobado por la Ley 74 de 1968 que en su artículo 2.1 dispone que cada Estado parte 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".

Al respecto, ha definido la Doctrina que la noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: "por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos (…) supone una cierta gradualidad. De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales[33]. Dicha obligación radica en concepto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"[34].

Es de resaltar que las Observaciones Generales y Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "constituyen la interpretación autorizada de la normativa del PIDESC. En consecuencia, su aplicación o interpretación en el ámbito doméstico o en el

[32] Ibid., p.34
[33] ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid. Trotta. 2002. p. 93
[34] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados partes. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes párrafo. 9

internacional a través de otros órganos y procedimientos internacionales debe considerar necesariamente dicha hermenéutica”[35].

Conforme a lo anterior, le asiste la obligación a cada Estado de asegurar un nivel mínimo esencial de cada uno de los derechos, y en caso de incumplimiento deberá demostrar que realizó todos los esfuerzos para utilizar los recursos a su disposición para satisfacer de forma prioritaria esas obligaciones mínimas. Aún, si los recursos no son suficientes no por ello se exonera al Estado de esforzarse por asegurar el disfrute más amplio posible de los DESC según las circunstancias. Lo anterior es afianzado por el artículo 11.1 del PIDESC que señala: “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”.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional ha definido el principio de progresividad de los derechos sociales como “la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole”[36].

Lo anterior, permite afirmar que el Estado de garantizar la existencia de toda persona en condiciones dignas, no solo para el trabajador en el caso del derecho al trabajo, sino el de éste y su familia y de mejorar continuamente dichas condiciones, por lo cual asume un compromiso de no crear políticas, medidas y normas que vayan en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales y al mismo tiempo de no reducir los ya existentes.

---

[35] ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: Courtis, Christian. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006. p. 79

[36] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-288. Expediente D-8690. (18, abril, 2012). M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. [En línea]. Recuperado en 2017-02-02. Disponible en:http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm

1.2.2 El principio de progresividad en la legislación internacional

El estudio del principio de progresividad en la legislación internacional permite aclarar los límites y deberes del Estado respecto de dicho principio a la luz de los instrumentos internacionales lo cual puede contribuir hacia un mayor reconocimiento y su eficacia normativa. Conforme al principio "Pacta sunt servanda" establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, de igual forma se ha reconocido que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dichos instrumentos, y por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, por ello resulta de vital relevancia su acatamiento.

En el Sistema Interamericano, el principio de progresividad se encuentra establecido en el capítulo III sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) aprobada por la Ley 16 de 1972 en Colombia, que dispone en su artículo 26 el compromiso para los Estados de adoptar providencias "tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

De forma similar lo define el PIDESC en el artículo 2.1.: "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".

Así las cosas, el carácter progresivo implica "para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin

retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana”[37].

El mandato de progresividad y no regresividad se complementa con lo preceptuado en el artículo 2 de la Convención precitada cuando establece para los derechos y libertades reconocidos por ella que, para el caso de que “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”, en esa medida, según el artículo 29 ninguna disposición puede interpretarse en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados

De igual forma lo hace el protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” que consagra en los artículos 2 y 4 medidas similares al artículo 2.1 del PIDESC y 26 de la Convención.

Así mismo, el artículo 4 del PIDESC proclama que “no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”, sin embargo se admiten restricciones, pues en el artículo 5, establece: “Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de

[37] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev. 2 junio 2000. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/indice.htm Párrafo 6 y 11

preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

De lo anterior se colige que "una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituyen suficientes razones para validar medidas que retroceden en el nivel de vigencia de un derecho"[38]. Pues como lo expresó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación No. 3 "además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"

Hay que tener en cuenta que si un Estado deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el "tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte"[39].

Así las cosas, los límites y deberes al Estado establecidos por el PIDESC, el Protocolo de San Salvador, así como la Convención Americana de Derechos Humanos deberán ser tenidos en cuenta por cuanto hacen parte del bloque de constitucionalidad, en aplicación del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que preceptúa: "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales.

[38] ROSSI, Op.cit., p. 90

[39] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES. Observación General No 13: El derecho a la educación (artículo 13). [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13 Párrafo. 45

1.2.3 El principio de progresividad en Colombia

Para estudiar el principio de progresividad en Colombia debe observarse el tratamiento jurisprudencial del mismo, pues ha sido la Corte Constitucional Colombiana la que le ha dado su principal desarrollo al resolver casos relacionados con éste. En ese aspecto, la Corte se ha movido en tres tesis que van "desde posiciones que podríamos calificar de radicales, ya sea porque (i) niegan toda eficacia a dicho principio o (ii) tienden a considerarlo como un mandato absoluto, hasta posiciones que permitirían consolidar (iii) una tesis intermedia de protección, que utiliza el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad como criterio para determinar la validez o no de la medida regresiva, que en principio debe presumirse inconstitucional"[40]. A partir de 2001, la doctrina dominante es la Intermedia.

Para la Corte Constitucional colombiana, 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:

> 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[41].

De acuerdo a lo expuesto, los derechos sociales pueden ser limitados, ello implica que puedan ser objeto de retrocesos, y en ese caso las medidas resultaran regresivas. Por ejemplo, "la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o

---

[40] UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Dereitos Fundamentais Justicia No. 3 (Abril-Junio de 2008). [En línea]. Recuperado en 2017-04-16. Disponible en: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_3.pdf

[41] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

referencias empíricas”[42]. Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: “es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa), En este sentido -no empírico sino normativo-, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”[43].

Frente a medidas regresivas, es deber del Estado demostrar “(1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja”[44].

Sin embargo, Colombia como estado social de derecho, debe procurar condiciones de vida dignas para las personas y la solución de desigualdades para el establecimiento de un orden justo. La progresividad involucra el goce efectivo de los derechos sin excluir a ninguna persona lo cual exige que el Estado no pueda ser indiferente a las necesidades de éstas de tal forma que las políticas y medidas que tome sean susceptibles de ser implementadas y procuren de manera gradual por el logro de las metas fijadas. Lo anterior implica que “las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad”[45]. Por ello, las “decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso

[42] COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: Courtis, Christian. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006. p. 4
[43] Ibid., p. 4
[44] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-507. Expediente D-6987. (21, mayo, 2008). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2017-10-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-507-08.htm#_ftnref80
[45] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-727. Expediente D-7670. (14, octubre, 2009). M.P. MARÍA VICTORIA CALLE. [En línea]. Recuperado en 2016-09-24. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-727-09.htm#_ftnref11

decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas”[46].

De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado:

> Por una parte, debe adoptar y poner en marcha medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población (cláusula de erradicación de las injusticias presentes).[12] Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos[47].

Podría afirmarse que, “el principio de progresividad es tanto una herramienta conceptual como un mandato normativo derivado del derecho internacional de los derechos humanos que se aplica siempre que se deba evaluar la validez de medidas destinadas a aumentar el goce de los derechos constitucionales, así como aquellas que eventualmente constituyan un retroceso en esa aspiración”[48]. Por tanto, los requisitos mínimos a los cuales debe sujetarse el Estado al momento del diseño e implementación de políticas públicas que puedan implicar retrocesos en los derechos de dimensión prestacional son:

> Primero, prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, necesidad de la medida lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes; tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho; (…) y cuarto, prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población[49].

---

[46] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-595. Expediente T-444377. (1, agosto, 2002). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2017-04-10. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm

[47] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-727. Expediente D-7670. (14, octubre, 2009). M.P. MARÍA VICTORIA CALLE. [En línea]. Recuperado en 2016-09-24. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-727-09.htm#_ftnref11

[48] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-493. Expediente D-10546. (5, agosto, 2015). M.P. MARÍA VICTORIA CALLE. [En línea]. Recuperado en 2017-12-05. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-493-15.htm#_ftnref32

[49] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-025. Expedientes T-653010 y acumulados. (22, enero, 2004). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-10-30. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm

Para Julieta Rossi, en el diseño de sus políticas públicas, los Estados deben velar continuamente por la progresiva implementación de las normas del PIDESC. Por tanto "previsiones regresivas serán solo justificables bajo excepcionales circunstancias y sobre el Estado pesa la carga de demostrar que tales medidas regresivas ha sido adoptada sólo tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas, y que su justificación está relacionada con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone". En otras palabras, la norma impone un requisito procedimental y es que los Estados deben demostrar que "han evaluado adecuada y racionalmente la existencia de los recursos disponibles para satisfacer las obligaciones contenidas en el Pacto, aun cuando el esfuerzo haya sido infructuoso". En el diseño de las políticas públicas para la satisfacción de los derechos económicos y sociales y la consecuente asignación y distribución de recursos, los Estados deben demostrar que han actuado en forma racional y fundada con el propósito de utilizar los máximos recursos de que disponen en forma prioritaria para lograr ese fin"[50].

1.2.4 Deberes y obligaciones del estado (el papel de los órganos del poder público en el reconocimiento progresivo del derecho al trabajo)

Frente a las obligaciones de los Estados, la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 1.1 y 2 (comunes a los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador) dispone:

Artículo 1.1: "1. 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". Respecto a la aplicación de este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte.

> En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de

[50] ROSSI, Op.cit., p. 92

> respeto consagrado en ese artículo. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de estos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno[51].

El artículo 2 de la Convención establece que: "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". La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido respecto a este artículo en la Sentencia del Caso "cinco pensionistas Vs Perú" que: "el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".

Debe precisarse que, en el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la "competente para examinar peticiones en las que se aleguen violaciones a los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana, Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos"[52] en los que se incluye el Protocolo de San Salvador. Dentro de estos derechos están contemplados, el derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección al derecho al trabajo y el derecho a recibir un salario justo y de encontrarse vulnerado alguno de los derechos protegidos, la CIDH declarará la responsabilidad internacional del Estado.

En concordancia con lo planteado, el Estado:

> Es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema

[51]CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso "Cinco pensionistas" Vs Perú. (28, febrero, 2003). M.P. SERGIO GARCIA, HERNÁN SALGADO Y ALIRIO ABREU. [En línea]. Recuperado en 2016-08-29. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

[52] COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sistema de peticiones y casos. [En línea]. Recuperado en 2017-04-27. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos". El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa[53].

Frente al PIDESC, en su Observación general No 3 , el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala la obligación de todos los Estados Partes de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, para dar plena efectividad a los derechos reconocidos en el Pacto. Conforme al espíritu del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas y de disposiciones específicas del Pacto (párrafo1 del artículo 2 y artículos 6, 22 y 23), los Estados Partes deberían reconocer el papel fundamental de la cooperación internacional y cumplir su compromiso de adoptar medidas conjuntas e individuales para dar plena efectividad al derecho al trabajo. Los Estados Partes deberían, mediante acuerdos internacionales si es necesario, velar por que el derecho al trabajo, según está establecido en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto, reciba la debida atención.

Por otra parte, en la Observación general No 18 el Comité deja claro que el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar. La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Dadas las responsabilidades del Estado frente a los instrumentos internacionales derivadas de la ratificación de estos, es pertinente señalar el papel de cada uno de los órganos del poder público frente al reconocimiento progresivo del derecho al trabajo como derecho económico,

[53] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Duque Vs Colombia. (26, febrero, 2016). M.P. ROBERTO CALDAS, MANUEL VENTURA Y EDUARDO FERRER. [En línea]. Recuperado en 2016-08-29. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

social y cultural, pues es a través de ellos que se cumplen las diferentes acciones estatales. La separación de poderes como son en la rama legislativa, encargada de la producción del Derecho; la rama ejecutiva, responsable de cumplir la función administrativa y la rama judicial, autorizada para resolver conflictos mediante la aplicación del Derecho; no sólo está dirigida al cumplimiento de las funciones públicas, (estableciendo competencias en los diferentes órganos y su interlocución con base en el principio de colaboración armónica), sino que, ante todo, busca afianzar la moderación en el ejercicio del poder.

La Rama legislativa, tiene como deber expedir las leyes, pero dicha potestad está limitada en materia del derecho al trabajo, por un lado, por los principios constitucionales del trabajo y por el otro, el respeto de los derechos adquiridos. Además, como derecho social, el trabajo tiene unos contenidos mínimos, que son de aplicación inmediata y por ser un principio, un derecho y un valor constitucional debe ser protegido por el Estado. Pero existe otra restricción y es el deber de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. El PIDESC y el Protocolo de San Salvador "reconocen el derecho al trabajo (arts 6 y 7) y establecen el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales (art 1 Protocolo y art 2 PIDESC)"[54]

Si bien el legislador tiene potestad configurativa frente a intereses que permitan el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho y puede realizar enmiendas a la legislación laboral, debe tener en cuenta los límites que le impone la constitución y los derechos fundamentales de las personas como por ejemplo: no lesionar o desconocer derechos adquiridos (art. 58 de la CP), menoscabar los derechos de los trabajadores, los principios constitucionales del trabajo (art. 53) y hasta el mismo principio de progresividad entre otros.

Por su parte, el poder ejecutivo tiene el deber de velar por la adecuada ejecución de las leyes que reconocen, protegen y garantizan los derechos sociales.

Por último, le corresponde al poder judicial tutelar los derechos sociales:

[54] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

> Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones[55].

Frente a los compromisos adquiridos por los Estados en los tratados internacionales de derechos humanos, puede concluirse, en el caso del sistema interamericano, que la expedición de leyes y normas en el sistema interno de cada Estado debe estar sometida a dichas convenciones, de lo contrario se violaría per se dichos tratados, lo cual acarrearía su responsabilidad internacional. "Y lo más importante, que la unificación de la interpretación de las Convenciones Internacionales, por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta obligatoria para todos los Estados Partes. En este sentido, las reglas y estándares fijados por el órgano judicial del Sistema Interamericano, serán obligatorios, a riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por la violación de la Convención"[56].

Por otra parte, la doctrina de la separación de poderes ha variado, la separación de los órganos inicial, cada uno de ellos con funciones delimitadas, ha pasado a ser, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos, donde el juez se convierte en un "instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados"[57].

Frente a la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales, ha considerado la Corte Constitucional que sólo es posible en los casos que exista violación de un derecho fundamental; sólo en estos casos, el juez puede, si no existe pronunciamiento del legislador, pronunciarse y,

---

[55] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. (24, noviembre, 2006). M.P. SERGIO GARCIA, ALIRIO ABREU Y CECILIA MEDINA. [En línea]. Recuperado en 2016-08-29. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf Párrafo 128

[56] QUINCHE RAMIREZ, Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. [En línea]. Recuperado en 2017-10-01. Disponible en: http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano p.180-181

[57] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-406. Expediente T-778. (5, junio, 1992). M.P. CIRO ANGARITA BARÓN. [En línea]. Recuperado en 2016-09-23. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm

si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho. En tales eventos, considera el máximo tribunal constitucional en sentencia T-406 de 1992 “el juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos y por el otro los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución”.

Por último, hay que destacar que en el marco del cumplimiento de las obligaciones que emanan de los derechos sociales “las medidas adoptadas por las autoridades en el marco de un Estado Social de Derecho han de consultar la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial adscrita por esta fórmula política a las instituciones públicas: promover condiciones de vida dignas para la totalidad de la población. Ello es especialmente predicable de las leyes en materia económica”[58]. Es de precisar que la realidad fáctica hace referencia al compromiso con la satisfacción de los intereses de los grupos sociales menos favorecidos, a través de una relación de dependencia entre la ciudadanía plena y el acceso efectivo a las garantías y libertades.

[58] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-288. Expediente D-8690. (18, abril, 2012). M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. [En línea]. Recuperado en 2017-02-02. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm

2. LA AMPLIACION DEL TRABAJO DIURNO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

En éste capítulo, se abordará el estudio de la ampliación de la jornada de trabajo en algunos países teniendo en cuenta que ésta se ha convertido en un mecanismo o estrategia utilizada por los estados en materia de lucha contra el desempleo, y en ese marco, se han hecho reformas, por lo cual, si bien para el caso colombiano no se realiza de dicha manera resulta ilustrativo para definir los alcances y resultados obtenidos. Por ello, resulta relevante determinar a través de la presentación de diferentes posturas no sólo jurisprudenciales sino doctrinales desde los estudios realizados, sus efectos para así poder determinar de qué forma la ampliación del trabajo diurno establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo vulnera el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y aplicables en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad.

Para desarrollar lo anterior, se propone estudiar el trabajo ordinario diurno, desde una perspectiva histórica y analítica para entender los enfoques que ha tenido su establecimiento y respectivas modificaciones, seguido de la exposición de su utilización como estrategia para la solución de problemas de desempleo en el ámbito internacional como nacional. Luego, se revisará los diferentes estudios entorno a las medidas que se tomaron en la Ley 789 de 2002 y sus resultados para posteriormente, darle una vista jurisprudencial a la misma y determinar los efectos producidos por dicha reforma en el principio de progresividad.

2.1 CONCEPTO DE TRABAJO DIURNO

La jornada de trabajo es el “tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador en el lugar de la faena y sin poder disponer libremente de su tiempo”[59]. Al respecto se debe distinguir entre el concepto de jornada máxima legal y el de jornada ordinaria así como de trabajo ordinario diurno y nocturno.

[59] MACHICADO. Jorge. Jornada de trabajo y jornada extraordinaria. Sucre. Universidad San Francisco Xavier. 2010. [En línea]. Recuperado en 2017-03-12. Disponible en: http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dt11-jornada.pdf

La jornada máxima legal “hace relación al número máximo de horas que la ley autoriza que se laboren en un mismo día, al paso que la jornada ordinaria es la convenida entre las partes dentro del límite de la jornada máxima legal”[60].

A su vez, el trabajo ordinario diurno es el comprendido entre de las dieciocho horas (6:00 p.m.) a las veintidós horas (10:00 p.m., hoy 9:00 p.m.) y en consecuencia, el trabajo nocturno el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m., hoy 9:00 p.m) y las seis horas (6:00 a.m.)

Como se observa, el tiempo de trabajo se asocia a todas las actividades que realiza el trabajador durante la jornada laboral, que bien puede realizar de forma diurna o nocturna, sin exceder de los límites establecidos en la ley. Bajo esta perspectiva, “se pone de relieve que existe una estrecha relación entre el tiempo de trabajo y la propia relación laboral, ya que en muchas ocasiones constituye un elemento de cuantificación y de delimitación del trabajo realizado, así como factor determinante en otras condiciones laborales, como por ejemplo las retribuciones salariales”[61] o en el caso colombiano, el reconocimiento del recargo nocturno o de la hora extra bien sea diurna o nocturna según se realice como trabajo diurno o nocturno.

Cabe precisar, que bajo los anteriores argumentos, el tiempo de trabajo es el principal elemento sobre el cual gira la relación laboral, y cualquier variación que sobre éste se dé, no sólo determina la variación cuantitativa del mismo sino también las expectativas del empleador (quien asumirá mayores o menores costos laborales, en consecuencia mayores o menores beneficios) como para el trabajador quién ve en su salario una oportunidad para vivir en condiciones dignas o de mejorar su situación actual.

2.2 EL TRABAJO DIURNO: UNA PERSPECTIVA HISTORICA Y ANALITICA

Desde su reconocimiento inicial, el trabajo diurno o nocturno fue denominado como jornada ordinaria diurna o nocturna y dicha distinción se hizo con el objetivo de remunerar el trabajo suplementario y de reconocer un recargo por el hecho de laborar en lo que se consideró como horario nocturno. Esto demostró que “el tiempo o la jornada de trabajo y su distribución resulta

[60] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-1063. Expediente D-2784. (16, agosto, 2000). M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1063-00.htm

[61] ARAGÓN MEDINA, Jorge et al. El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España. Madrid. Comisiones obreras. 2012 p. 20

ser una condición laboral que trasciende del ámbito individual de la relación de trabajo e incide también en otros aspectos también laborales: en la organización productiva de la empresa, y en la política de empleo, y, desde luego en los aspectos salariales directamente relacionados con la jornada, siempre protagonista en la negociación colectiva”[62].

Por otra parte, la adopción de lo que se consideró como trabajo ordinario diurno o nocturno tuvo otro objetivo y fue la de generar políticas de empleo y como una solución inmediata al problema de la desocupación.

Como antecedente, el trabajo ordinario fue consagrado en el parágrafo 3 del artículo 3 de la ley 6 de 1945[63] de la siguiente manera:

> Cuando el trabajo se realice entre las ocho y las doce de la noche, deberá ser remunerado con un veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo diurno; y cuando se realice entre las doce de la noche y las cuatro de la mañana siguiente, será remunerado con un cincuenta por ciento (50%) sobre el mismo valor. La remuneración del trabajo suplementario implicará un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la jornada diurna, y del cincuenta por ciento (50%) sobre la jornada nocturna; a menos que se trate de labores discontinuas o intermitentes, o de las actividades previstas en el parágrafo 1o. de este artículo, cuya remuneración adicional será estipulada equitativamente por las partes.

Dado que la Ley 6 de 1945 no definió con precisión el tipo de trabajo (diurno o nocturno), el Decreto 2341 del 6 de agosto de 1946, mediante el cual se dictan algunas disposiciones sobre trabajo nocturno y complementario instituye que la jornada ordinaria de trabajo se reputa diurna o nocturna, según que el mayor transcurso de tiempo quede comprendido entre las cuatro de la mañana y las ocho de la noche del mismo día, o entre las ocho de la noche y las cuatro de la mañana del día siguiente.

Posteriormente, el artículo 1 de la Ley 64 de 1946[64] modifica lo citado y establece: “La jornada ordinaria diurna estará comprendida entre las seis (6) horas y las dieciocho (18) horas, y la jornada ordinaria nocturna entre las dieciocho (18) y las seis (6). Esta se pagará con un recargo

---

[62] MARTINEZ MOYA, Juan. El tiempo de trabajo: Una visión jurisprudencial. En: Revista del Trabajo y asuntos sociales. No. 8 (2005). [En línea]. Recuperado en 2017-10-01. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/est03.pdf

[63] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (19, febrero, 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0006_1945.htm

[64] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 64. (20, diciembre, 1946). Por la cual se reforma y adiciona la Ley 6 de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=269

de un treinta y cinco por ciento (35%) sobre la jornada ordinaria diurna. Queda en estos términos modificada la parte primera del parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 6 de 1945"

Con esta reforma "no solo se pretendió remediar la situación de injusticia en que se encontraban algunos trabajadores, sino que también se buscó abrir otras fuentes de empleo, pretendiendo que los empleadores se vieran obligados a establecer nuevos turnos de trabajo para evitar pagar la sobre remuneración por trabajo extra o suplementario"[65].

Como concepto, la jornada ordinaria se define con el Decreto 2363 de 1950 como "aquella que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal"[66]. Y en concordancia con lo antes expuesto, se consagra en el artículo 161 del decreto antes citado como trabajo diurno aquel comprendido entre las seis horas (6 a. m.) y las dieciocho (6 p.m.) y como trabajo nocturno el comprendido entre las dieciocho horas (6 p.m.) y las seis (6 a.m.). De esta forma queda unificada la jornada ordinaria diurna y nocturna tanto para el sector privado como público y se pasa de 16 horas de jornada ordinaria diurna a 12 horas.

Finalmente, el trabajo diurno o nocturno queda consagrado en el código sustantivo de trabajo con la ley 789 de 2002 como:

> ARTÍCULO 160. TRABAJO DIURNO Y NOCTURNO.
> 1. Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las dieciocho (6 p.m.).
> 2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las dieciocho horas (6 p.m.) y las seis (6 a.m.).

Posteriormente, con la ley 1846 de 2017 se modifica el trabajo diurno y queda entre la seis horas (6 a.m.) y las nueve horas (9 p.m.).

Visto lo anterior, la diferenciación entre trabajo diurno y nocturno resulta de vital importancia pues ello incide directamente en el costo de la mano de obra para el empleador en la medida de

---

[65] CALDERON, Lisbeth et al. Investigación profesoral: revisión del Código Sustantivo de Trabajo. Tema: Revisión del título VI (jornada de Trabajo) Capítulos I (definiciones) II (jornada máxima) III (remuneración del trabajo nocturno y suplementario) primera parte del Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá: Universidad de la Sábana 2004. [En línea]. Recuperado en 2017-02-12. Disponible en: http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5455/129299.pdf?sequence=1

[66] COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2663. (5, agosto, 1950). Sobre Código Sustantivo del Trabajo. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: https://positivaeduca.positiva.gov.co/matriz/web/archivo/img/12-11-2015-11-40-2015.pdf

que implica asumir un recargo o un mayor valor en el reconocimiento del trabajo extraordinario, pero, una oportunidad para el trabajador, pues ello significa una forma de mejorar sus ingresos.

2.3 LA JORNADA LABORAL Y EL TRABAJO DIUNO: UNA ESTRATEGIA COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE DESEMPLEO

2.3.1 Aplicación en el ámbito internacional: el caso de la jornada laboral

Si bien no se da en Colombia, la experiencia en la modificación de la jornada de trabajo ha dejado conclusiones interesantes y ha adquirido una especial relevancia como opción para solucionar el problema de desempleo, de igual forma la experiencia internacional permite evaluar algunos elementos que pueden servir como apoyo para determinar el éxito o fracaso de lo hecho en Colombia.

En el caso francés, cita María Olaya Martín en su obra “El debate sobre la duración de la Jornada de Trabajo” como ejemplo, la Ordenanza de 16 de enero de 1982 que “introduce la quinta semana de vacaciones y reduce la semana laboral a treinta y nueve horas”. Resalta la autora, que dicha medida debía acompañarse de una política de crecimiento para lograr resultados en la generación de empleo, pero, dado que se tuvieron que llevar a cabo políticas monetarias y fiscales restrictivas y acudir a criterios de competitividad basados en la contención de costes, fracasó, pues “no se crearon empleos y se elevaron los costes laborales unitarios”.

Posteriormente, cita la autora, con la Ley Seguin, “Francia flexibiliza la jornada, a través de la modulación del tiempo de trabajo por acuerdo sectorial, de rama o de empresa dejando atrás la reducción de la jornada de trabajo como alternativa para disminuir el desempleo”. En 1996, con la Ley Robín, “se disminuye la jornada laboral a 32 horas semanales y se acompaña de una reducción del salario del 5%, y como medida compensatoria a la disminución del salario se proponía que los empleadores introdujeran planes de participación en los incrementos de la productividad, lo anterior tenía como objetivo la creación del 10% de empleo lo cual generó críticas pues se traduciría en una flexibilidad al gusto del empresario”.

Siguiendo la tendencia, presenta el estudio precitado, con la Ley Aubry de 1997, se implementa la jornada 35 horas semanales, el apoyo financiero ofrecía ayudas de 9.000 francos por trabajador a todas las empresas que negociasen con los sindicatos una reducción del tiempo de trabajo de como mínimo un 10 % y a su vez aumentaran un 6% su plantilla. Las horas trabajadas por encima de las treinta y cinco horas semanales se considerarían extraordinarias y penalizadas. Pero a partir del 2002 en Francia se impone como objetivo primordial la consigna de «libertad de trabajar más para ganar más», acabando así con los años anteriores de reducir el tiempo de trabajo.

Puede concluirse de lo anterior, que la experiencia de la reducción de los tiempos de trabajo no tuvo éxito como medida para disminuir el desempleo: "Los defensores de la reducción de la jornada de trabajo lo justificaron afirmando que no se dieron los factores adecuados para que se produjeran los resultados esperados. Dicha medida se debía llevar a cabo bajo unas circunstancias específicas, como encontrarse en una fase de crecimiento económico, lo cual no fue así, y desembocó en una medida errónea para crear empleo"[67].

Puede decirse, primero, una reducción de la jornada laboral sin disminución del salario, no es del recibo de los empleadores por cuanto esta implica un aumento de los costos laborales, y, la segunda, que ha sido utilizada en algunos países como España y Alemania, se trata de la disminución de la jornada laboral con la correspondiente disminución del salario, opción que no es del recibo de los trabajadores por cuanto se ve disminuido su ingreso laboral, pero que frente a la pérdida del trabajo prefieren ésta última.

Según María Olaya, los argumentos que sirven de base para sostener que la reducción de la jornada reduciría el desempleo son de dos tipos: uno relativo al bienestar social y el otro a la igualdad distributiva. Desde el punto de vista del bienestar social, una reducción del tiempo de trabajo mejora la calidad de vida y quienes carecen de empleo mejorarían su situación económica al acceder a un empleo. Por otra parte, Desde el punto de vista de la igualdad distributiva, la reducción de la jornada permitiría distribuir el trabajo de forma más igualitaria. Pero a lo anterior le surge un obstáculo y es que para los empresarios supone un aumento de

[67] MARTÍN, María. El debate sobre la duración de la Jornada de trabajo. En: Revista Foro Nueva Época Vol. 15 No. 2 (2012). [En línea]. Recuperado en 2017-03-21. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/41495/39594de%20MOM%20Rodr%C3%ADguez%20-%20%E2%80%8E2013

los costos laborales. Ante este inconveniente señala, que estudios muestran que la reducción de jornada puede aumentar la productividad de las personas, siempre que se reorganice el proceso de trabajo, y con ello se mantendrían los beneficios empresariales. Por otra parte, agrega que la relación más importante entre jornada de trabajo y producción se da a nivel fisiológico. “La gente es capaz de trabajar durante periodos continuados considerablemente largos y durante un porcentaje bastante alto de su jornada diaria total, pero la adaptación a las jornadas de trabajo prolongadas se realiza mediante un ajuste del ritmo o la intensidad del trabajo, haciendo más lentos los movimientos e intercalando mayor número de pausas entre ellos”[68].

Por último, debe decirse que una medida como la ampliación de la jornada de trabajo requiere de unas condiciones de crecimiento, de igual forma acompañada de políticas dirigidas a lograrlo, además, de la revisión de las condiciones no solo de trabajo y remuneración por parte del trabajador, sino de lo que ello implica para el empleador en lo concerniente a sus costos, capacidad productiva y de contratación, de tal manera, que haya un equilibrio para las partes y no el sacrificio para una sola de ellas.

2.3.2 Aplicación en el caso colombiano

Colombia no ha sido ajena al proceso internacional, pero en el caso colombiano, se ha hecho a través de la ampliación del trabajo diurno como mecanismo para la generación de empleo, tal y como lo establece el artículo 25 la Ley 789 de 2002, así:

> Artículo 25. Trabajo ordinario y nocturno. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:
>
> Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:
> 1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).
> 2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

Debe recordarse que antes de la reforma, el trabajo ordinario diurno estaba comprendido entre las seis horas (6:00 a.m.) y las dieciocho horas (6 p.m.) y el nocturno entre las dieciocho horas (6 p.m.) y las seis (6:00 a.m.)

[68] Ibid., p. 293

Si se revisa la exposición de motivos de la ley 789 de 2002, puede observarse que el objetivo de esta reforma es la de crear 160.000 empleos por año (640.000 en cuatro años), lo anterior como consecuencia de la situación en Colombia que en palabras de Jairo Núñez era:

> A comienzos de 1995 la tasa de desempleo en las siete principales ciudades de Colombia estaba en 7%. (…) Como consecuencia de los fuertes ajustes al gasto agregado que se dieron en los años siguientes, y del alza en las tasas de interés reales que se dieron en 1998 para defender la estabilidad cambiaria, la recesión se profundizo en 1998 y 1999 cuando el crecimiento de la economía cayó a su nivel histórico más bajo: -4.5%. Al comienzo de 1999, los ajustes del salario mínimo fueron del 16% previendo una inflación muy similar. Sin embargo, y como consecuencia de la misma recesión, la inflación durante 1999 fue del 9.2%; es decir que el salario mínimo real creció aproximadamente 7% durante la recesión más grande de la historia del país. Ante la inflexibilidad del mercado laboral, y en especial de los salarios nominales, el mercado laboral se ajustó por cantidades al verse obligadas las empresas a despedir a sus trabajadores. En cuatro años se triplicó la tasa de desempleo, y al mismo tiempo la pobreza se incrementó en 10 puntos porcentuales[69].

Así las cosas, el Estado fija como principios de la reforma: la cooperación, compartir y competir. El primero, supone un ambiente de cooperación entre las partes involucradas en una empresa, ya sean empleadores y trabajadores y/o empleadores y otras entidades involucradas en el sistema, como las Cajas de Compensación, Fondos de Cesantías, SENA, etc. El segundo, las partes debe estar en la capacidad de crear espacios para compartir y generar un piso de solidaridad, práctica fundamental de cualquier sistema de protección social que busque la igualdad. Y el último, el derecho de competir, con el objetivo de promocionar unidades productivas o empresas capaces de enfrentar cualquier reto económico, teniendo en cuenta el requisito fundamental de garantizar su viabilidad financiera, respondiendo así de forma rápida y eficaz a las demandas laborales que exige el mercado de trabajo del momento.

Como fundamento de la reforma, se establece el fortalecimiento de un sistema de protección para el desempleado, mixto y progresivo basado en cuatro elementos como son: Primero, la creación de oportunidades, facilitando la contratación con nuevas modalidades, facilitar el acceso de la oferta laboral al mercado, y por último; la protección del trabajador, siendo esto el motor para incentivar la fuerza laboral y crear estabilidad en el mercado. Segundo, la **empleabilidad**, que busca crear políticas activas que faciliten las condiciones necesarias para la inserción laboral de los desempleados, mejorando tanto la calidad de vida de la fuerza de trabajo como el funcionamiento del mercado laboral. Tercero, la **participación** de los ciudadanos, como mecanismo de apropiación colectiva, sentido de pertenencia, compromiso y

[69] NÚÑEZ, Jairo. Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia Documento CEDE 2005-43. Bogotá. Universidad de los Andes. 2005. [En línea]. Recuperado en 2017-02-22. Disponible en: https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/d2005-43.pdf

por lo tanto, legitimidad y validez. Por último, la **protección** que pretende promocionar el objetivo de mitigar los efectos de los riesgos laborales y sociales.

En ese sentido, la ampliación del trabajo diurno tiene como objetivo que ciertas actividades productivas y de servicios puedan ajustar su dinámica a las nuevas realidades que afronta el país y para ello, abre las posibilidades de contratar nuevos trabajadores mediante la disminución de la carga laboral, objetivo que se evidencia en el artículo 1 de la exposición de motivos, cuando expone: "Esto se requiere especialmente para empresas comerciales y de servicios, de las cuales se exige una gran demanda de prestaciones pero debido a los recargos existentes, los empresarios no pueden atenderla en las horas en que los usuarios la requieren - Ampliar la jornada como está prevista en este artículo tiene que traer como consecuencia mayor ocupación laboral".[70]

De lo anterior se colige que, la ampliación del trabajo diurno es una disposición que potencialmente podría llevar a una consistente reducción de los costos de la mano de obra. El Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social calcula que si una empresa efectivamente trabaja de 6 a.m. a 10 p.m. en dos turnos continuos consigue una reducción en sus costos laborales del 8%[71].

2.3.3 Estudios y resultados sobre la ampliación del trabajo diurno en Colombia

En el primer estudio, el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social con relación a la población y los cálculos estimados, crítica el hecho de que se hayan tomado para el cómputo del impacto ocupacional de la ley 789 de 2002 por parte de la Contraloría como del Gobierno, los trabajadores independientes y los empleadores formales dentro de la totalidad de la población ocupada formal, para los cuales, "por principio, no aplica lo dispuesto en la Ley 789. Además, en el caso del sector público la aplicabilidad es sólo parcial. (…) En opinión del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, la población de referencia para los

[70] COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 57 (21, agosto, 2002). Por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.notinet.com.co/pedidos/Pl057de2002Senado.doc.
[71] OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Seguimiento a la Ley 789 de 2002, de reforma laboral año 2003. Cuadernos de Trabajo. No. 5 (2004). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004. P. 5

cálculos del impacto ocupacional directo de la reforma laboral debería estar constituida únicamente por los asalariados del sector formal que, en todo el territorio nacional, no superan los 4 millones de personas[72].

Al evaluar en su primer año de vigencia los resultados de la Ley 789 de 2002, el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social concluye:

> Se esperaba un aporte de 26.000 nuevos empleos a raíz de la reducción del sobrecosto al trabajo de 6 p.m. a 10 p.m. y al trabajo en los días de fiesta, a los cuales se adicionarían 40.000 empleos por la modificación de la indemnización por terminación injusta del contrato. De estas tres medidas no se dispone de registros directos de información. Sabemos que los empresarios de sectores económicos que han experimentado recientes incrementos de su demanda externa los evalúan positivamente. No se ha podido discernir, sin embargo, cuánto de la aumentada ocupación reportada en estos sectores se debe a la reducción de los sobrecostos laborales (a la reforma laboral) y cuánto al incremento de la producción (a las preferencias arancelarias). En cambio, en otra actividad teóricamente gran beneficiaria de estas tres medidas, el comercio formal, el examen de las estadísticas del DANE no revela significativos incrementos ocupacionales[73].

En un segundo estudio, considerando las cifras para el año 2004, para aquellas disposiciones que han provocado una disminución directa e inmediata de los costos de las empresas, el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social concluye: "Según el Plan de Desarrollo, la ampliación de la jornada diurna y la reducción del recargo por trabajo festivo debían aportar en 2004 35.997 empleos adicionales, que debían sumarse a los 54.564 puestos de trabajo fruto de la reducción de la indemnización por despido sin justa causa. Desafortunadamente, al igual que en el año anterior, en 2004 no se tiene registro de los empleos efectivamente generados por estas tres medidas"[74].

Elkin castaño, Hugo López Castaño y Remberto Rhenals en su estudio sobre la reforma laboral de 2002 y sus impactos, sostienen que, "por la magnitud de la reducción en el recargo y por su importancia en el empleo, la ampliación de la jornada ordinaria constituye la medida de mayor impacto sobre los costos salariales. Barrera y Cárdenas (2003) estiman los ahorros máximos para las empresas, como porcentaje del salario básico, en 3,5% por la ampliación de la jornada

[72] Ibid. p.8
[73] Ibid. p.12
[74] OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana Ley 789 dos años después. Cuadernos de Trabajo. No. 6 (2005). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 7

ordinaria y en 1,8% por la reducción de los recargos en dominicales y festivos 1,8%", y, aunque "el modelo usado por el CIDE para cuantificar los impactos de la reforma no permite discriminar el impacto de cada uno de sus componentes. La encuesta practicada por el Ministerio de Protección Social y la Andi a unas 200 empresas (que preguntó por los aspectos de la reforma que incentivaron la contratación; los empresarios podían marcar varias opciones) sugiere que lo principal fue la modificación de la jornada ordinaria (76% de los entrevistados) y en los costos de festivos y dominicales (74%)"[75].

Concluye el estudio: "nuestras estimaciones sugieren que los efectos de la reforma laboral de 2002 sobre el volumen de empleo han sido considerables, aunque quizá no serán en los cuatro años (2003-2006) tan grandes como pensaba el Gobierno"[76].

En otro estudio, Juan Carlos Guataquí Roa y Andrés Felipe García, analizan los efectos de la Ley 789 de 2002 en las horas de trabajo y la duración del desempleo contrastando los indicadores laborales de individuos que ya se encontraban ocupados antes de la reforma con los de individuos que obtuvieron su empleo posteriormente y, se analizaron los patrones diferenciales que la reforma pudo haber afectado, determinando que, hubo un efecto intensivo de la reforma y concluyendo que la jornada promedio de trabajo se extendió y el "uso (número de individuos que laboran horas extras) y monto (número efectivo de horas extras trabajadas) de las horas extras también se incrementaron. Por otra parte, la duración del desempleo se redujo. En particular, el porcentaje de trabajadores que laboran horas extras aumentó de manera significativa, especialmente en los sectores construcción e industria, y para el grupo de los asalariados"[77].

Por tanto, se puede afirmar de acuerdo a lo anterior, que la ley 789 aumentó de manera importante la demanda de trabajo, pero lo hizo mediante un incremento de la proporción de trabajadores que laboran horas extras.

En el estudio realizado por Alejandro Gaviria y financiado por el Banco Mundial, aunque el aumento de la jornada diurna de trabajo tiene un beneficio directo e inmediato, el cálculo de la

[75] CASTAÑO, Elkin et al. La reforma laboral de 2002 y sus impactos: in medio stat virtus. En: Perfil de coyuntura económica [En línea]. Recuperado en 2017-04-16. Disponible en: http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/coyuntura/article/view/2293/1851
[76] Ibid. p. 64
[77] GUATAQUÍ, Juan y GARCÏA, Andrés. Efectos de la reforma laboral: ¿Más trabajo y menos empleo? En: Ensayos sobre política económica Volumen 27 No. 60 (diciembre de 2009) p. 76

reducción en los costos laborales es complejo. En el estudio se concluye respecto a los efectos de la reforma laboral de 2002:

> 2. **Los resultados también sugieren que la reforma pudo haber ayudado a disminuir el subempleo por insuficiencia de horas**. La disminución del subempleo y el aumento de las horas trabajadas con posterioridad a la reforma, en particular en el sector servicios, apuntan en esta dirección. Este resultado puede asociarse con la disminución de los costos laborales ocasionada por la extensión de la jornada diurna de trabajo.
> 3. **Los resultados no sugieren un efecto sustancial de la reforma sobre la generación de empleo**. Tanto la evidencia directa, basada en las respuestas de los representantes de las empresas entrevistadas, como la evidencia indirecta, basada en las diferencias sectoriales medidas a partir de las ECH, indican que los efectos sobre el empleo fueron marginales. (…) Con todo, los resultados son negativos, y claramente inconsistentes con la cifra de 200.000 empleos por año citada durante la discusión parlamentaria[78].

Para el autor antes citado, la reforma no ha resultado eficaz para la generación de empleo formal y para desarrollar los efectos de la recuperación económica. Y normas como la ampliación del trabajo diurno, no tuvo los resultados esperados y su discusión depende más de criterios normativos que positivos pues los efectos distributivos parecen haber sido mayores que los de eficiencia.

Para Verónica Amarante, Rodrigo Arim y Mauricio Santamaría, la evidencia recogida para las regulaciones sobre la extensión del trabajo ordinario diurno "tienen efectos fundamentalmente sobre el nivel de remuneraciones, mientras que los efectos sobre la cantidad de trabajo contratada no serían significativos"[79].

Respecto a la Ley 789 de 2002, concluye la Universidad Nacional en su estudio que, no hay evidencia que demuestre que la disminución de la tasa de desempleo se debió por el aumento de la demanda laboral, tampoco hay una tendencia sostenida que muestre una disminución del empleo informal y en consecuencia, un incremento del empleo formal y los cambios en los indicadores laborales pueden explicarse por factores "inherentes al propio crecimiento económico o por causa de los mismos vaivenes que caracterizan el mercado laboral y no por factores exógenos propios o característicos de la reforma laboral. (…) El efecto reforma es nulo si el empleo se estudia en niveles, pero si se toman los ciclos del empleo en función del PIB y

[78] GAVIRIA, Alejandro. Ley 789 de 2002: ¿funcionó o no? En: Documento CEDE 2004-45 [En línea]. Recuperado en 2017-04-12. Disponible en: https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/D2004-45.pdf. p. 27

[79] AMARANTE, Verónica et al. Los efectos de la reforma laboral de 2002 en el mercado laboral colombiano. En: Perfil de coyuntura económica. [En línea]. Recuperado en 2017-08-04. Disponible en: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/coyuntura/article/viewFile/2307/1879 p. 82

se incluye una variable dicotómica (0 ó 1) para la reforma o reformas, ésta pudo haber agregado 77.796 empleos”.[80]

Con relación a los efectos de la Ley 789 de 2002 en el sector de la vigilancia, en su estudio la Universidad Nacional concluye respecto a las medidas como la extensión del trabajo ordinario diurno y recargo de dominicales y festivos laborados que, cada vigilante perdió para el año 2005 en promedio $1.151.000, valor que afecta el ingreso del trabajador para ese sector y si se compara con la evolución obtenida de forma histórica dicho ingreso se rezaga a los niveles obtenidos cinco años atrás. Para mayor visualización el análisis citado muestra:

PÉRDIDA DE INGRESOS POR RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS PARA LOS EMPLEADOS DEL SECTOR DE VIGILANCIA PRIVADA EN COLOMBIA DESDE LA APROBACIÓN DE LA LEY 789 (PESOS CORRIENTES DE 2005)

TOTAL DE PÉRDIDAS	PESOS CORRIENTES DE CADA AÑO	PESOS CONSTANTES DE 2005
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2003	$95.124.830.225,38	$105.226.443.956,36
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2004	$109.078.382.128,92	$114.374.030.225,35
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2005	$145.958.414.553,50	$145.958.414.553,50
Total pérdidas trabajadores por ley 789 2006	$156.301.924.246,27	$148.858.975.472,64
TOTAL PÉRDIDAS TRABAJADORES POR LEY 789	**$506.463.551.154,07**	**$514.417.864.207,86**

Fuente: Estudio de la Universidad Nacional.

Como se observa, la Ley 789 de 2002 amplió el trabajo diurno pasando de 6 p.m. a 10 Pm lo cual implicó un no reconocimiento del recargo nocturno que antes se pagaba por el tiempo laborado en ésta franja y un fuerte impacto en el reconocimiento de las horas extras en el mismo horario, pero cuyos efectos en la generación de empleo no fueron claros en algunos casos, en otros no determinados y en algunos positivos conforme a los estudios mostrados pero de gran incidencia en la disminución de los costos laborales y por ende afectando negativamente los ingresos laborales de los trabajadores y en consecuencia sus condiciones de vida.

[80] CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO (CID). Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002). Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2007. [En línea]. Recuperado en 2017-04-07. Disponible en: http://www.cid.unal.edu.co/cidactual/index.php?option=com_content&task=view&id=185&Itemid=2&limit=1&limitstart=3

2.3.4 Vista jurisprudencial sobre la ampliación del trabajo diurno en la ley 789 de 2002 y su incidencia en el principio de progresividad

La Corte Constitucional considera que "las reformas de la ley laboral, en especial si disminuyen el alcance de la protección de algunos derechos, deben atender los principios mínimos del trabajo contemplados en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad, el mandato de progresividad en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición prima facie de retrocesos"[81].

Para la Corte, la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, 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. En otras palabras, los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones prima facie, que admiten restricciones legislativas siempre y cuando sean proporcionadas.

Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales. El análisis de proporcionalidad a las restricciones a estos derechos indica si, en los casos concretos, las posiciones en que se concretan estos derechos valen sólo prima facie, o si también valen de forma definitiva. "En esta estructura, el individuo tiene prima facie un derecho, no a un mínimo, sino a todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos y para el cubrimiento de sus necesidades básicas. Pero ese máximo no es exigible al Estado de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo impidan, y así se demuestra mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente"[82].

---

[81] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-177. Expediente D-5310 y D-5321. (1, marzo, 2005). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En Línea]. Recuperado en 2017-10-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm

[82] BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 323

Así las cosas, cada derecho tiene un contenido prima facie integrado por todas las posiciones que garanticen los medios indispensables para garantizar la necesidad básica que protege al ámbito normativo del derecho y un contenido definitivo, integradas por todas las posiciones del derecho prima facie que puedan ser oponibles al legislador y a la administración y que no sean restringibles, con base en los criterios que explicita la prohibición de protección deficiente. Estos criterios son los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto cuya aplicación puede determinar si un acto estatal (omisión absoluta o relativa) vulnera uno de estos derechos.

De lo anterior, se puede concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden vulnerar la prohibición prima facie de retrocesos.

> Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos, sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia[83].

Visto lo anterior, es necesario revisar algunas posiciones respecto a la afectación del principio de progresividad por el artículo 25 de la Ley 789 de 2002, así:

En primer lugar, para el demandante de la norma cuya posición se puede observar en la Sentencia C-038 de 2004, no se respeta la garantía al descanso necesario pues los artículos 25 y 26 de la reforma amplían la jornada diurna hasta las 10 p.m., disminuyen la remuneración de los dominicales y eliminan la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales. Considera que el artículo 25, el numeral primero y los parágrafos 1º y 2º del artículo 26 de la ley 789 de 2002 desconocen los artículos 25, 42 y 53 de la Carta y el Convenio 1º de 1919, porque la jornada laboral establecida internacionalmente es de ocho horas. Para el actor, al establecerse la posibilidad de modificar la jornada diurna (sin derecho a recargo) el trabajador queda ligado a la voluntad del empleador, negándosele así el derecho a disponer libremente de

[83] CORDOBA, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

su tiempo. Según su criterio, si bien se podría alegar que la modificación de la jornada laboral es consensual, es decir, de libre discusión, la realidad nacional y las altas tasas de desempleo llevan a convertir el contrato laboral en un contrato de adhesión, limitando la posibilidad de negociación del trabajador, como parte débil de la relación.

En la misma sentencia, el Procurador General señala que resulta paradójico que el legislador, bajo el pretexto de promover la "empleabilidad" y permitir el acceso de los desempleados al sistema de protección social, disminuya drásticamente los derechos mínimos fundamentales de quienes se encuentran empleados. En su criterio, la aplicación del bloque de constitucionalidad le impone al legislador que su actividad, tratándose de la regulación de derechos económicos sociales y culturales se encamine a lograr la progresividad de dichos derechos, lo cual obviamente prohíbe la regresividad. Por tanto, no le es posible al legislador desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores, salvo que dichas medidas se justifiquen plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone. En el caso de la ley 789 de 2002, dicha justificación no se dio, pues sólo se justificó con la necesidad de promover la empleabilidad. Anota el Procurador:

> (…) al denominar trabajo diurno el realizado hasta las diez de la noche, la realidad es que la disposición acusada está eliminando el derecho a percibir el recargo correspondiente cuando se realizan labores después de las seis de la tarde y hasta las diez de la noche. Lo que hace el legislador es precisamente extender en términos reales la jornada máxima legal ordinaria y eliminar los recargos por trabajo suplementario y nocturno, vulnerando el artículo 53 de la Carta Política y los instrumentos internacionales antes citados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En las consideraciones de la sentencia precitada, la Corte acepta y "comparte con todos los intervinientes en este proceso la conclusión de que las regulaciones impugnadas son menos favorables a los trabajadores empleados, o que obtengan empleos, que aquellas que fueron subrogadas". Pero dado que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, la Constitución reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso conforme a los artículos 333 y 334. Por ello, en estas materias, el escrutinio judicial debe ser flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin respetar la discrecionalidad que la Carta les concede, por tanto entre mayor sea la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional.

> Es obvio que frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques.

En lo que respecta a los derechos adquiridos, concluye la Corte en la sentencia antes citada que, el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador, no implica automáticamente su inconstitucionalidad, dado que la Constitución faculta al legislador para que efectúe cambios normativos, respetando los derechos adquiridos. Conforme lo anterior, los artículos 25 y 26, no entraron en vigor automáticamente ya que su aplicación frente a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 789 de 2002 se difirió hasta el 1 de abril del año 2003, respetándose de esta forma los derechos adquiridos.

Con relación a la justificación, conforme al principio de proporcionalidad concluye la Corte que la promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores. En cuanto la justificación de la adecuación y necesidad de las medidas, en los debates legislativos hubo una clara justificación de las medidas adoptadas, como instrumentos que eran considerados necesarios para combatir el desempleo, lo cual para el máximo tribunal constitucional en abstracto, aparece suficiente.

Por otra parte, dado que las reformas están sujetas a una evaluación y debate, por mandato de la ley, y que esa evaluación debería conducir incluso a la derogación de aquellas medidas que no hayan sido eficaces en la promoción del empleo, este elemento temporal contribuye a justificar la proporcionalidad de las medidas acusadas, y por ende su constitucionalidad, en caso de que no produzcan los efectos esperados, lo cual muestra que el Congreso tuvo en consideración la necesidad de que estas medidas no restringieran innecesariamente los derechos de los trabajadores.

Así las cosas, la Corte encuentra en la Sentencia C-038 de 2004 que, la ampliación del trabajo diurno es proporcionada y respeta los límites impuestos por la Constitución, dado que la norma mantiene la protección contra el trabajo nocturno, y lo preserva. “el artículo 25, que establece que la noche para efectos laborales va de las 10PM a las 6 AM, si bien amplió la noción de

jornada diurna, con lo cual disminuyó los recargos, lo hizo dentro de los límites constitucionales".

Efectuado el análisis de proporcionalidad y conforme a lo considerado, establece la corte que la norma no vulneró el principio de progresividad.

Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, consideraron cuestionable la decisión de la Corte en la Sentencia C-038 de 2004 que avaló integralmente, y sin límites temporales, la reforma laboral por cuanto:

> Nuestra discrepancia contra esta sentencia no es tanto que la CCC hubiera declarado constitucional la reforma laboral, pues es claro que frente a visiones económicas encontradas sobre la eficacia de esas medidas para promover el empleo, el juez constitucional debe ser deferente con el debate democrático, al menos en el momento de aprobación de las reformas. Pero tratándose de medidas regresivas en términos de garantías laborales, la CCC debió imponer un plazo para que dicha estrategia empezara a surtir efectos, o para que apareciera claramente justificado por qué no estaban alcanzando esos efectos, por lo cual la sentencia debió admitir la posibilidad de que esas normas fueran redemandadas ulteriormente[84].

Lo citado, resulta fundamental y confirma lo sostenido por los autores, así:

En mayo de 2007 se presenta nuevamente demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25, 26, 28 y 51 (en lo acusado) de la Ley 789 de 2002, "Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo". Inicialmente, el asunto fue repartido al Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, pero dicha ponencia fue filtrada a los medios de comunicación, tal y como se evidencia por el Magistrado Jaime Araujo Rentería en su salvamento de voto en la cual hace referencia a ella en los siguientes términos: "para el suscrito magistrado es claro que la filtración proviene de la Sala, pues la ponencia se entregó por el despacho del Dr. Sierra en sobre cerrado. En mi opinión, esa filtración tuvo el interés de alertar y asustar a los empleadores y así crear un clima en contra del ponente, lo cual es lamentable pues en el futuro puede volver a ocurrir con otros asuntos, creando riesgos para los magistrados".

Efectivamente, el periódico El Espectador da a conocer apartes de la ponencia al publicar: "la propuesta del magistrado Humberto Sierra Porto a sus compañeros de Sala Plena es que sean declarados inexequibles los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, que cambiaron las reglas de juego en materia de trabajo ordinario, nocturno y dominical, crearon la denominada

[84] UPRIMNY y GUARNIZO. Op.cit., p. 62

jornada laboral flexible y modificaron las condiciones de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, porque estos cambios, en criterio del magistrado Sierra Porto, no han demostrado reales beneficios para los trabajadores"[85]. Además, plantea unas preocupaciones por los alcances del fallo:

> No hay duda de que la ponencia del magistrado de la Corte Constitucional Humberto Sierra Porto tiene con los nervios de punta al empresariado colombiano. Muy grandes serían los alcances que podría tener la eliminación de la columna vertebral de la reforma laboral, impulsada en 2002 por el hoy ministro de Hacienda, Óscar Iván Zuluaga. En primer lugar, los trabajadores tendrían oportunidad de revivir esas conquistas salariales y, lo que es peor, podrían recuperarlas de manera retroactiva. Es decir, las empresas tendrían que pagarles a sus empleados los recargos que durante más de cinco años no hicieron por cuenta de la modificación de la ley laboral. Precisamente, los gremios económicos pidieron que se declare la constitucionalidad de la reforma laboral[86].

Luego de lo sucedido y como era de esperar, la ponencia presentada no fue aprobada por la mayoría de la Sala Plena por lo que se designó como nuevo ponente a la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

Los argumentos del demandante en los cuales afirma que no existe cosa juzgada respecto de la decisión anterior pueden resumirse en: (a) solicita un examen *ex post*, pues ha pasado un lapso de tiempo desde que la reforma laboral produce efectos y existe certeza sobre el daño producido a los derechos fundamentales de los trabajadores, además hay datos ciertos que permite cuestionar la idoneidad de medidas adoptadas en la Ley 789 de 2002 para promover la generación de empleo posterior a la sentencia C-038 de 2004 (en la cual se realizó un juicio de constitucionalidad *ex ante),* (b) la Ley 789 de 2002 conforme a su artículo 46, prevé su revisión por el Congreso de la República a los dos años de su entrada en vigencia. (c) propone un parámetro de control de constitucionalidad más amplio, el cual incluye los Principios de Limburgo y Maastricht y las Observaciones Generales del Comité Económico y Social de la ONU.

Sin embargo, para la Corte no fue procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto "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

---

[85] TAMBALEA REFORMA Laboral en la Corte [anónimo]. En: El Espectador. Bogotá, Febrero 22 de 2008. [En línea]. Recuperado en 2018-02-16. Disponible en: https://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/judicial/articuloimpreso-tambalea-reforma-laboral-corte

[86] Ibid. p.1

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 es propia de un juicio político y no jurídico”[87].

Así las cosas, la corte resuelve 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”.

[87] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

3. TEORIA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO: UNA PROPUESTA DE ANALISIS INTEGRAL FRENTE AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Este capítulo tiene como finalidad dar a conocer las bases conceptuales y fundamentos de la teoría tridimensional del derecho como propuesta para realizar un análisis integral partiendo de los componentes hecho, valor y norma que permita determinar de qué forma la ampliación trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el trabajo vulnera el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicable en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad.

Para ello y con el fin de comprender tales fundamentos se partirá de las principales ideas que fundamentan la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale, para luego, abordar cada aspecto de la siguiente forma:

En la dimensión de valores se analizará partiendo de la idea de justicia planteada por Alf Ross direccionada hacia el análisis de una norma y que se debe tener en cuenta para ello. Luego, se abordará la dimensión normativa bajo la concepción de Norberto Bobbio que permita determinar la existencia de la norma en cuanto tal, para, por último, estudiar la dimensión fáctica partiendo de su definición como premisa principal para determinar los diferentes conceptos a tener en cuenta para realizar un examen normativo**.**

3.1 LA TEORIA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

El Derecho para Miguel Reale es un fenómeno social. “El derecho, cumple la misión de regular la conducta de los hombres y ordenarla al bien común. Allí se manifiestan los tres aspectos básicos distintos pero interrelacionados: el aspecto normativo del Derecho como ordenamiento jurídico; el aspecto fáctico del Derecho como conjunto de acciones realizadas en la vida social; y el aspecto axiológico, del Derecho como valor de realización de la justicia”[88].

[88] RAMOS, Néstor. La filosofía de Miguel Reale. Mar del Plata. Universidad Fasta Ediciones. 2011. p. 127

El tridimensionalismo de REALE no es sólo “la genérica posibilidad de vislumbrar la experiencia jurídica a partir de la perspectiva sociológica del HECHO, de la perspectiva filosófica del VALOR de lo justo o de la perspectiva de la NORMA en el ámbito de la dogmática jurídica. Representa la afirmación de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre el HECHO, el VALOR y la NORMA que interactúan continuamente en una dialéctica de mutua implicación y complementariedad”[89].

> Sólo partiendo de estos tres aspectos y de la consideración de la cultura donde se realizan es posible comprender el Derecho en su integralidad. Los valores que el Derecho debe custodiar no son los del individuo particular, sino los de la sociedad, los que hacen posible el bien común en una sociedad. Por esa razón, la justicia no puede ser considerada como una teoría abstracta sin referencia al contexto social. La justicia no es una idea universal ni un conjunto de leyes formales sin referencia a los hombres, a su cultura y a la experiencia. El Derecho precisa de esta relación, pues es lo que hace posible la subsistencia de una sociedad regulando la convivencia. De allí que también la ley requiera de una fuerza que haga posible la instauración de este orden social: la función coactiva del poder[90].

De lo anterior se colige que, los tres elementos, hecho, valor y norma, deben tenerse en cuenta en cualquier análisis o estudio sobre el Derecho, por cuanto:

> De este modo, la Sociología jurídica que cuida de las condiciones empíricas de la eficacia del Derecho, no puede dejar de apreciar una actualización normativa de los valores en el medio social. Se podría decir que el sociólogo del Derecho, recibiendo los valores y las normas como experiencia social concreta, tiene como meta de su indagación en hecho de la efectividad de los valores consagrados en normas positivas, al paso que el jurista, en cuanto tal, considera al valor y el hecho en razón de la normatividad, la cual es su objetivo específico. El filósofo del Derecho, por otro lado, indaga sobre las condiciones trascendentales-axiológicas del proceso empírico de la vigencia y de la eficacia[91].

A los tres elementos, hay que agregarles la acción del Estado que a través del poder legislativo une los tres elementos y los convierte en norma, poder que no es absoluto, pues también se halla sujeto a límites, como, por ejemplo, a los valores, fines y principios establecidos por la carta constitucional, así como a los rasgos y fundamentos culturales que rigen a la sociedad. Estos aspectos, han de tenerse presente también frente a los cambios sociales, culturales, etc., que pueden darse con el transcurrir del tiempo y que obligan la actualización del marco jurídico. El proceso de generación y cambio de las normas es una muestra también del dinamismo con el cual el tridimensionalismo concibe al Derecho.

---

[89] LAFER, Celso. Un homenaje a Miguel Reale (1910-2006). [En línea]. Recuperado en 2017-10-01. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/un-homenaje-a-miguel-reale--19102006-0/.
[90] RAMOS, Op. cit., p. 127
[91] Ibid., p. 126

Si bien “la norma es el momento conclusivo y distintivo de toda la manifestación jurídica (de ahí el término << normativismo jurídico>>), ésta surge a partir de, o teniendo en cuenta, las relaciones dialécticas y tensionales entre las circunstancias fáctico-sociales y axiológico-políticas concretas en las que se desarrolla”[92]. Es por ello que la teoría tridimensional del derecho ha demostrado según Miguel Reale que:

a) Donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinando o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo, y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro, el hecho en el valor.
b) Tales elementos o factores (hecho valor, norma) no existen separados unos de otros, sino que existen en una unidad concreta.
c) Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso, de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran[93].

Así las cosas, la teoría tridimensional del derecho trata de forma integrada la validez de las normas, su efectividad en relación a sus destinatarios y de la justicia y de la legitimidad de estas. En este sentido, como afirma Néstor Ramos en su obra “la Filosofía de Miguel Reale”, estos tres aspectos, “el hecho, valor y norma no sólo se correlacionan, sino que se dialectizan, porque hay entre ellos una dinamismo integrante y convergente”, que, sin duda, frente a un análisis normativo resultará de gran importancia su utilidad y empleo, pues ello facilitará la comprensión y el juzgamiento de cualquier precepto a la hora de determinar su constitucionalidad.

3.1.1 El derecho como valor de justicia (Elemento Valor)

En la dimensión de valores, según Alf Ross, la igualdad no puede ser tomada en sentido absoluto, tiene que ser uno de los requisitos de la justicia que se hagan distinciones de manera tal que las ventajas y las cargas, los derechos y deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta las circunstancias condicionantes. Esto significa que, como un requisito previo para la aplicación de la norma de igualdad, y con independencia de ella, tiene que haber algún criterio para determinar qué es lo que ha de ser considerado como igual.

[92] REALE, Miguel. Teoría Tridimensional de Derecho. Editorial Tecnos S.A. 1997. p. 16
[93] REALE, Miguel. Introducción al derecho. Madrid. Ediciones Pirámide S.A. 1987. p. 69

En consecuencia, el ideal de igualdad significa, la correcta aplicación de una regla general (cualquiera que ella sea). Los conceptos o características generales empleados en la regla definen una cierta clase de personas (o situaciones) a las cuales deberá darse cierto trato. El trato igual de todos los que pertenecen a esta clase, es por lo tanto, consecuencia necesaria de la correcta aplicación de ésta regla.

La justicia en éste sentido formal (de estar sometido a reglas) puede ser expresada también como una exigencia de racionalidad en el sentido de que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por criterios objetivos, establecidos en las reglas dadas. Esto hace que la aplicación concreta sea independiente del sujeto que toma la decisión.

Las formulas corrientes de justicia, sin embargo, pretenden ser pautas que guían al legislador en su elección de la regla correcta. Se sigue de aquí que en la medida en que ellas posean algún contenido, este contenido no puede ser derivado del principio de igualdad, sino que tiene que surgir del otro elemento que aparece en las fórmulas de justicia: el criterio material presupuesto.

La idea de justicia entonces se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general.

> Esa decisión será justa si ha sido adoptada en conformidad con las normas del ordenamiento jurídico de que se trate, y no lo será en caso contrario. Por lo mismo, justicia "es la aplicación correcta de una norma como opuesta a la arbitrariedad". Lo que no resulta posible, sin embargo, es predicar justicia o injusticia de una norma jurídica general, o de un ordenamiento en su conjunto, puesto que no hay manera de establecer un criterio de exigencia objetivo respecto del contenido de la norma o del orden de que se trate, y ello porque la justicia no puede constituir un criterio último para juzgar una norma. Cuando de una norma o de un ordenamiento se afirma que son "justos", o que son "injustos", no se procede entonces sobre la base de una pauta o criterio que posea validez superior de carácter absoluto, sino que se trata de la mera expresión de un cierto interés que puede hallarse en conflicto con intereses opuestos. "La ideología de la justicia —concluye Ross— es una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses[94].

3.1.2 El derecho como ordenamiento (Elemento norma)

Desde la dimensión normativa, Norberto Bobbio caracteriza la "validez" como la existencia específica de las normas dentro de un sistema jurídico, es decir, "como la existencia de las

[94] SQUELLA, Agustín. Algunas concepciones de la justicia. En: Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Vol. 44. 2010. p. 191. [En línea]. Recuperado en 2018-01-16. Disponible en: http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/504

normas jurídicas en cuanto tal”[95], y señala, que para determinar si una norma es válida, se deben desarrollar tres operaciones: (i) determinar si la autoridad que la adoptó tenía el poder legítimo de expedir normas jurídicas vinculantes dentro de dicho sistema (remontarse a la norma fundamental)-, (ii) comprobar si no ha sido derogada, y (iii) comprobar que sea compatible con otras normas del sistema, en especial con las que son jerárquicamente superiores y las normas posteriores. “Con ello, Bobbio diferencia la pregunta sobre la validez de las normas de los interrogantes conexos sobre la eficacia social y la justicia de estas, pero la asimila parcialmente a la cuestión de su existencia”[96].

En tal sentido, resulta importante destacar que la validez en nuestro ordenamiento superior se encuentra inmersa en nuestros principios constitucionales, no solo porque la constitución es norma de normas, sino que a ella debe estar acorde el ordenamiento jurídico:

> En la Constitución colombiana de 1991 la relación entre validez y eficacia parece estar claramente inmersa en los artículos 1° y 2° que hacen parte de los principios fundamentales incorporados en el Titulo I. El artículo 1° al consagrar el Estado social de derecho y el 2° al consignar que: “Son fines esenciales del Estado (…) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Y luego, en la misma disposición, precisa: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas (…) y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado…[97].

La Corte Constitucional ha fijado el alcance y sentido de la validez en los siguientes términos:

> 18. La consagración en el texto constitucional de principios generales, valores y derechos en favor de las personas, ha enriquecido indudablemente su **contenido material.** (…) A los criterios de validez y de reconocimiento del derecho como derecho estatal, cometido específico de la norma constitucional, se agrega el respeto a los principios, valores y derechos consagrados expresamente por la Constitución. El **contenido material** de la Constitución se erige en criterio de validez del entero ordenamiento jurídico y del universo de las actuaciones de los poderes constituidos, cuya regularidad y pertenencia al derecho estatal no se cumple solamente satisfaciendo criterios **orgánicos** y **formales.** Así las leyes del Congreso, los Decretos del Presidente, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de los demás jueces, entre otros actos del estado, sólo se reconocen como **derecho válido del estado** si además de reunir los requisitos para su producción y emanación, según criterios formales y orgánicos, respetan y se inspiran en el **contenido material** de la Constitución que suministra criterios de fondo para calificar desde este punto de vista la validez de los actos y abstenciones del estado llevadas a cabo por sus órganos y agentes en todos los órdenes y en sus diversas manifestaciones[98].

---

[95] BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Madrid: Editorial Debate 1992. *p*.21.

[96] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-873. Expediente D-4504. (30, septiembre, 2003). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-873-03.htm

[97] PINILLA, Ernesto. Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado. En: Pensamiento jurídico No. 35 (septiembre-diciembre de 2012); p. 33

[98] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-006. Expediente T-221. (12, mayo, 1992). M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. [En línea]. Recuperado en 2016-09-16. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-006-92.htm

3.1.3. El derecho como hecho o su efectividad social e histórica (Elemento fáctico)

En la dimensión fáctica, se habla de eficacia (en sentido estricto) "cuando una norma además de conseguir que se cumpla la conducta prevista, logra que se cumplan los objetivos previstos en ella"[99]. En un sentido más amplio, la Corte Constitucional colombiana ha dicho:

> (c) La "eficacia" de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de "eficacia" hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de "eficacia" se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas[100].

La eficacia implica una adecuación interna de la norma, esta consiste en la capacidad que tiene la norma de alcanzar el fin establecido por el legislador. Por tanto, se dice que un precepto jurídico tendrá adecuación interna cuando la norma tenga la capacidad de lograr los propósitos establecidos en la exposición de motivos.

Por el contrario, comúnmente se piensa que la ineficacia de la norma se debe a que las personas no acatan lo establecido en ellas, o a que desconocen su contenido. "Desde un punto de vista sociopolítico, sin embargo, la ineficacia del derecho no siempre es un fracaso, es decir, no siempre es algo que va en contravía de la intención de quienes crearon la norma. Atribuir la ineficacia normativa solo a tales causas es desconocer que el derecho sirve para muchas cosas de las que él mismo dice querer servir"[101]. Pero lejos del éxito o fracaso del propósito legal, "existe un asunto político que tiene que ver con el fracaso o el éxito de otros objetivos que no se desprenden de la lectura espontánea del texto, y que se relacionan con la promoción de ciertas representaciones colectivas necesarias para el logro de la cohesión social. El problema fundamental no se limita entonces a la pregunta por las causas del fracaso del

---

[99] GARCIA, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. 2ª edición. Bogotá. IEPRI. Debate. 2014. p. 98.

[100] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-873. Expediente D-4504. (30, septiembre, 2003). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-873-03.htm

[101] GARCIA. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. Op. Cit., p. 43

derecho, sino más bien a la cuestión de saber en qué medida dicho fracaso responde mejor a un juego de poder dentro del cual el derecho cumple una función determinante".[102]

Para Mauricio García, en su obra "La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina", buena parte de la fuerza del derecho radica en que funciona como un utensilio que puede ser usado para distintos oficios, uno de los cuales es propiamente el jurídico. Su eficacia no sólo mide por su capacidad para alcanzar los objetivos jurídicos, sino también y a veces de manera preferente, por la capacidad para alcanzar otros objetivos, de tipo político, a través de la representación que el lenguaje normativo produce entre los receptores de las normas. "El hecho de que las normas logren eficacia por medio de las representaciones que crean en los individuos hace de ellas un instrumento social necesariamente ligado al mundo simbólico y, con él, al mundo de lo político"[103].

Para el autor precitado, la incidencia social del derecho puede provenir de la "capacidad impositiva o reguladora de los contenidos jurídicos o de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca cuando se pública"[104]. Estos dos tipos de incidencia corresponden a la diferencia entre lo instrumental y lo simbólico. "La transformación de la realidad a través de medios caracteriza la acción instrumental, mientras que las acciones orientadas a la producción de significado, en el contexto de comunicación e interpretación, caracterizan las acciones simbólicas"[105].

Así las cosas, las normas jurídicas pueden ser instrumentos prácticos dirigidos a la acción. En tal caso, "la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal sino por su capacidad para producir un cierto comportamiento en los individuos destinatarios de la norma"[106] (eficacia instrumental). Pero también, las normas jurídicas pueden ser símbolos dirigidos a la representación. En este caso, "su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre los lícito o ilícito, lo justo o lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-

[102] Ibid., p. 44
[103] Ibid., p. 47
[104] Ibid., p. 91
[105] Ibid., p. 91
[106] Ibid., p. 92

jurídicas legítimas. Aquí el texto jurídico, crea una mediación puramente psicológica y, de esta manera, consigue el efecto que persigue”[107] (eficacia simbólica).

En resumen, según Mauricio Villegas en la obra citada, es posible definir la eficacia simbólica del derecho como una estrategia de los operadores jurídicos (instancias creadoras o aplicadores del derecho) o de los receptores del derecho (ciudadanos, grupos sociales, etc.) que consiste en utilizar aquello que el lenguaje jurídico evoca en sus textos, con el propósito de conseguir fines políticos diferentes de los plasmados en la norma misma y a partir del efecto comunicativo que dichas evocaciones originan en los receptores de la norma. Mientras la eficacia instrumental logra el cumplimiento de la conducta a través de la difusión de la idea de obligatoriedad –o de castigo, según el caso- la eficiencia simbólica logra sus objetivos por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad y de justicia.

.

[107] Ibid., p. 92

4. APLICACIÓN DE LA TEORIA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO A LA AMPLIACIÓN DELTRABAJO DIURNO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Este capítulo tiene como finalidad dar respuesta al interrogante planteado al iniciar éste trabajo aplicando para ello la teoría tridimensional del derecho, esto teniendo como base de que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de tres elementos o factores que coexisten en una unidad concreta: el hecho, el valor y la norma, que si bien Reale concibe de forma concreta, para efectos académicos el análisis se abordará en este estudio desde el punto de vista abstracto, es decir, separando la dimensión axiológica, la dimensión fáctica y la dimensión normativa para una mejor comprensión.

Estos tres aspectos, el hecho, valor y norma no sólo se correlacionan, sino que se dialectizan, porque hay entre ellos una dinamismo integrante y convergente, que sin duda, frente a un análisis normativo resultará de gran importancia su utilidad y empleo, pues ello facilitará la comprensión y el juzgamiento de cualquier precepto a la hora de determinar su constitucionalidad.

Desde la dimensión axiológica, se tiene en cuenta la idea de justicia que se resuelve en la exigencia de que la decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. En la dimensión normativa, a través de Norberto Bobbio se analiza la "validez" es decir, "la existencia de la norma jurídicas en cuanto tal" y por último, desde la dimensión fáctica el análisis se hará teniendo en cuenta cinco momentos: Efecto de la norma, eficacia, adecuación interna de la norma, eficacia simbólica de la norma y la adecuación externa de la norma, terminando con las conclusiones respectivas.

De esta manera, partiendo de cada una de las dimensiones se podrá determinar de qué forma la ampliación del trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo vulnera el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicable en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad, para lograr tal objetivo se tendrán en cuenta los elementos de cada uno de los capítulos anteriores.

4.1 LA DIMENSIÓN DE VALORES: CORRESPONDENCIA ENTRE LA NORMA Y LOS VALORES SUPERIORES O FINALES ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Desde la dimensión axiológica, "la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma como cosa opuesta a la arbitrariedad"[108], por tanto, se debe revisar si el artículo 25 de la ley 789 de 2002 corresponde o no con los valores superiores o finales establecidos en la constitución y e instrumentos internacionales que son aplicables por bloque de constitucionalidad.

4.1.1. Límites constitucionales: derechos adquiridos y los principios mínimos del trabajo

De acuerdo con la Sentencia C-038 de 2004 "la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos, sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad". Al respecto, puede decirse:

4.1.1.1 Derechos Adquiridos

Es claro que el artículo 25 de la ley 789 de 2002 constituye una modificación de la garantía para los trabajadores, en la medida en que la extensión del trabajo diurno pasa de 6 p.m. a las 10 p.m. elimina el derecho al recargo por trabajo nocturno y representa un menor valor por la hora extra nocturna (ahora diurna) de que gozaría el trabajador con base en la regulación derogada, lo que implica un menor reconocimiento en dinero por el mismo trabajo que hacía antes. "Sin lugar a dudas la mayor remuneración y la mayor protección a la estabilidad son dos elementos esenciales que contribuyen a que las condiciones de trabajo sean justas, equitativas y satisfactorias, tal y como lo exigen la Carta (CP arts 25 y 53) y los tratados de derechos

[108] ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963. p.272

humanos ratificados por Colombia, y conforme a los cuales deben ser interpretados los derechos constitucionales (CP art. 93)”[109].

La pregunta que surge y la cual formula la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 2004 “es si esa constatación del carácter menos favorable de esas regulaciones implica o no su inconstitucionalidad”, y para ello se apoya en la doctrina de los derechos adquiridos afirmando:

La doctrina jurídica y la jurisprudencia de la Corte distinguen entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Conforme al artículo 58 de la Carta, los derechos adquiridos gozan de protección constitucional, y no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, mientras que las meras expectativas no gozan de esa protección. Para la Corte en la sentencia precitada, “el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho”. Conforme a lo dicho, una modificación de una situación jurídica concreta y consolidada está en principio prohibida por desconocer derechos adquiridos (CP art 58). “Pero en cambio, la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho. En este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar”[110].

Lo anterior, tiene sustento en que la ley rige hacia el futuro y en consideración de la Corte en la sentencia antes enunciada “nadie tiene derecho a una eterna reglamentación de sus eventuales derechos y obligaciones. Y es que, si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida”

[109] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

[110] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

Para la Corte en la sentencia C-038 de 2004, “el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador no implica automáticamente su inconstitucionalidad, pues la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre y cuando respete derechos adquiridos. Ahora bien, ninguna de las disposiciones acusadas desconoce derechos adquiridos, pues ninguna de ellas se aplica a situaciones jurídicas consolidadas”.

Es de observar, “que tanto la doctrina como la jurisprudencia y la ley reconocieron en la máxima de derechos adquiridos un principio especial del Derecho civil, aplicable no a todas las situaciones jurídicas, sino a las individuales y concretas, y referido no a todos los derechos, sino limitado a derechos civiles, tales como la propiedad y el estado civil”[111]. En tal sentido, lo ha expresado el máximo tribunal constitucional colombiano “que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones”[112].

Es de recordar que “la doctrina acerca del principio de los derechos adquiridos nace como desarrollo del artículo 2° del Código Civil francés, conforme al cual "la ley sólo dispone hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo"[113]. Por lo anterior, se puede afirmar que su carácter es eminentemente civil, “su definición y la determinación de sus alcances han servido para identificar los efectos de las leyes en el tiempo, establecer la protección de derechos individuales y procurar la seguridad jurídica”[114]. En Colombia, ha sido acogido por el artículo 58 de la Constitución Política de 1991, el cual es concordante con el artículo 10 del Acto legislativo 1 de agosto 5 de 1936 reformatorio de la constitución de 1886, “pues fue conservado en gran parte su contenido, salvo la expresión "con justo", referida al título, que fue eliminada, de tal forma que se mantuvo la frase "con arreglo a las leyes civiles", lo cual no parece un descuido del constituyente, ya que los debates en tomo al principio de los derechos adquiridos condujeron a adoptar una expresión que garantizara la protección de la propiedad frente a la

[111] VALERO, Jorge. Derechos adquiridos en el Derecho Laboral. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2012. p. 123
[112] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-410. Expediente D-1585. (28, agosto, 1997). M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA. [En línea]. Recuperado en 2018-02-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-410-97.htm
[113] VELERO, Op. Cit., p. 51
[114] Ibid., p. 51

expedición de leyes posteriores que pudieran afectarla”[115] tal y como constan en el informe-ponencia para primer debate de Iván Marulanda y Jaime Arias el cual puede consultarse en la Gaceta constitucional 46.

> Parte del desarrollo del principio de los derechos adquiridos ha sido no sólo la evolución de su concepto, sino la extensión de este. De esta manera, aunque en un comienzo el principio de los derechos adquiridos se limitó a los derechos patrimoniales y del estado civil, su aplicación se fue ampliando. A su vez, se aplicó este principio en materia de derechos del trabajo, especialmente los referidos a prestaciones sociales y seguridad social, en los que se incluía el derecho de pensión. Esta iniciativa surge en un momento temprano del Derecho laboral en Colombia y en el nacimiento de la social, donde estas contingencias eran aún de la responsabilidad particular del empleador y no habían sido extendidas a todos los sectores del trabajo[116].

Aunque la aplicación del principio de los derechos adquiridos se ha ampliado, “no podría hacerse de él un principio general para analizar cualquier situación jurídica en la que se presente la modificación de derechos, se discuta la aplicación de la ley en el tiempo o se produzca un tránsito legislativo, pues para ello existen otros principios generales y específicos en el Derecho, como pueden serlo la seguridad jurídica, la efectividad de los derechos, la legalidad y el mismo principio de irretroactividad legislativa”[117].

De igual forma sucede con el derecho al trabajo, ya que desde sus inicios la regulación sobre derechos de tipo laboral estuvo enmarcada en los parámetros del derecho civil.

> Al desarrollarse los diferentes conceptos del trabajo que a lo largo de la edad media y moderna le otorgaron un tipo de miramiento especial que lo consideraba característica inescindible de la persona humana, su principal patrimonio y propiedad primaria, el trabajo fue objeto al mismo tiempo de exaltación y cosificación que le permitió entrar en la reciente sociedad de mercado como un objeto de comercialización como cualquier otro. Desde esta perspectiva, el trabajo era una de las propiedades que de forma individual, autónoma y libre poseía cada persona, y en este marco de ideas era lógico que su regulación, o mejor, su no regulación, fuera la de cualquier contrato civil. Es así como bajo el contrato de arrendamiento de servicios se disponía libremente del bien del trabajo, en los términos de un negocio "libre, voluntario y equitativo"[118].

Con el paso del tiempo, el trabajo evoluciona para dar origen a un concepto social, colectivo, real y garantista:

> (…) abandona los conceptos filosóficos, sociológicos y jurídicos que había tomado prestados de la economía y del Derecho civil, para crear los suyos propios. No parece extraño, entonces, que en un primer momento en el cual el trabajo se asimilaba a la propiedad y se consideraba un derecho individual, principal patrimonio del hombre, el principio de los derechos adquiridos haya querido aplicarse y efectivamente se haya aplicado con éxito a los derechos del trabajo; sin embargo, con el surgimiento de un Derecho laboral con instituciones

[115] Ibid., p. 51
[116] Ibid., p.122
[117] Ibid., p.123
[118] Ibid., p.124

> jurídicas propias, que deja la visión antropológica, individual y económica, para retomar una de origen histórico, colectivo y social, no parece coherente, ni está a tono con la evolución de las instituciones jurídicas, que el principio de los derechos adquiridos siga aplicándose al Derecho laboral[119].

Es obvio que el trabajo ha dejado de asimilarse a cualquier otro derecho eminentemente patrimonial, lo cual impide que la institución del trabajo pueda manejarse bajo el concepto de propiedad. "Esto lo entendió muy bien el constituyente de 1991 que reconoció el trabajo como un hecho social fundamental y primario en el conjunto organizacional que dentro de los parámetros del Estado Social de Derecho se configura como un factor no sólo de consecución de los medios de vida, de subsistencia, sino como forma de organización económica, de repartición equitativa y dignificación de la vida"[120]. Por tal razón, fue consagrado de forma independiente en el texto constitucional, reconociendo así el constituyente primario la especialidad y autonomía de los principios y prerrogativas del Derecho laboral frente a otras materias jurídicas; ejemplo de ello son los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 superior.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el principio protector, que "es el criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo"[121], tiene origen en la función protectora que tiene el derecho laboral del trabajador, dada la desigualdad o su estado de debilidad frente a quien impone las condiciones, es decir, el empleador. La protección como su fundamento, valida la intervención del estado en la relación laboral con el fin de lograr la igualdad material y jurídica de las partes "lo cual debe trasladarse desde el plano normativo al interpretativo y aplicativo, con el fin de no hacer nugatorio éste propósito. De lo anterior, se sigue que el principio protector sea consustancial al derecho laboral y, por ser de su esencia, no sea necesaria su consagración a través de norma positiva, estando implícito en las diversas normas laborales que otorgan protección al trabajador. Esto lleva a una segunda precisión y es que, por el contrario, su uso implica el seguimiento de la norma laboral en su consagración, Interpretación y aplicación"[122].

Por otra parte, los derechos adquiridos nacen de "la consideración protectora que el régimen civil establece primordialmente, pero no de forma exclusiva, en relación con el derecho de propiedad privada que ostenta un individuo frente a los demás y con los cuales se encuentra en

---

[119] Ibid., p.125
[120] Ibid., p.125
[121] GOYES, Isabel e HIDALGO, Mónica. Principios del derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. San Juan de Pasto. Ediciones Unariño. p. 51.
[122] VALERO, Op. Cit., p. 26

una relación de igualdad, entre otros derechos individuales y privados”[123], lo cual no puede ser aplicable al trabajo, pues los derechos laborales son producto de la lucha colectiva a lo largo de la historia en busca del mejoramiento de las condiciones de vida no solo dignas sino económicas, lo cual lo hace un “derecho social dirigido más a la protección del conjunto de la sociedad que a la del individuo, y teniendo en cuenta que las relaciones de trabajo se presentan en un plano de desigualdad que coloca en una situación de desventaja jurídica, económica y social al trabajador”[124]. Esto permite comprender el sustento jurídico y fáctico del vínculo laboral de una forma diferente al resto de las relaciones privadas que se dan entre las personas, especialmente en el ámbito del derecho Civil.

> A pesar del intercambio trabajo-dinero, que se presenta en la relación de trabajo, dicha relación no consiste en un bien patrimonial, de tal modo que, en últimas, el Derecho del Trabajo intente salvaguardar, por una parte, la persona del trabajador, no de manera individualizada, sino como actor preponderante, y por otra parte, el trabajo en sí mismo, en tanto se establece como eje central de la sociedad y del Estado. De ahí que se sostenga, igualmente, que el derecho laboral tiene, dentro de sus funciones, la de establecer un nivel mínimo de seguridad para el trabajador y la de ser un mecanismo de cohesión e identidad de la persona dentro de la sociedad. La manera de lograr el primero de estos objetivos en el Derecho al Trabajo ha sido la socialización de las contingencias que afectan al trabajo, entre los que se identifican la enfermedad, la vejez y el desempleo; frente al segundo de dichos objetivos, el Derecho al Trabajo se presenta como una forma de identificación de la persona dentro de la sociedad, incluyéndose ésta en una categoría social cohesionadora, con la que se solidariza individual y colectivamente[125].

Dada la importancia del trabajo, se entiende su consagración a nivel constitucional y que se les haya otorgado a las normas laborales un rango especial en el ordenamiento jurídico al indicarse que estas son de “orden público, inderogables e irrenunciables”[126].

De esta manera resulta inconsistente que el ordenamiento jurídico colombiano en lo que respecta a la protección y garantía del trabajo, “siendo que, por una parte y con base en presupuestos sociales y constitucionales, el ordenamiento reconoce en él una estructura social fundamental, y por otra, con sustento en elementos económicos, legales y jurisprudenciales, establezca mecanismos de ejercicio y protección que no se compaginen con dicho reconocimiento”[127] como los derechos adquiridos, por ello es necesario que haya “convergencia de los planos teóricos y material de un derecho laboral que, desde sus postulados constitucionales hasta la última de sus aplicaciones normativas en el caso concreto, refleje una

[123] Ibid., p.XVIII
[124] Ibid., p.XVIII
[125] Ibid., p.20
[126] Ibid., p.22
[127] Ibid., p.XX

coherencia en las fuentes axiomáticas y dogmáticas de las que deriva. Sin que ello implique desconocimiento de su carácter social ni de las necesidades de ajuste de las políticas económicas”[128].

En consideración de la fuente, el sentido y el rango que corresponde al trabajo dentro de la sociedad y el Estado, “en el ámbito jurídico de la regulación de los derechos laborales, un principio que supone la igualdad de las partes, como lo es el principio de los derechos adquiridos, debe ceder el paso a un principio cuyo fin sea la protección de quien se encuentra en una situación de desventaja, de manera que las diferencias materiales que subyacen en el trabajo se tornen menos radicales y gravosas”[129].

De lo anterior se colige entonces de forma específica para el caso del Derecho al Trabajo:

> La aplicación del principio de los derechos adquiridos a diferentes situaciones jurídicas laborales es desde la técnica inapropiado, y ello no sólo, como se explicó, por tratarse de un derecho social no patrimonial, sino porque el Derecho laboral tiene un principio especifico que soluciona el conflicto de la aplicación de la ley nueva. Si bien es cierto en el conjunto del Derecho laboral se establecen prerrogativas que pueden presentarse como situaciones jurídicas concretas a favor del trabajador en un momento dado, la permanencia o estabilidad del Derecho laboral no se discute frente a un trabajador considerado de manera individual, pues no se trata de derechos que se conceden de forma y en razón de consideraciones particulares, sino que se establecen de manera colectiva en consideración a un grupo social determinado y por razones de índole social que en general buscan el beneficio de la población, más que el del trabajador como persona individual[130].

A lo anterior, debe sumarse que para el caso del tránsito legislativo, el derecho laboral tiene su propio principio y es el denominado “principio de la condición más beneficiosa”, principio que jurisprudencialmente ha tenido un trato desafortunado. “La Corte confunde los principios de “derechos adquiridos” y de la “condición más beneficiosa”, “sin reparar que, conforme a los artículos 58 y 53 de la Constitución Política, el primero de los citados principios alude de manera expresa a la protección a la propiedad, mientras que el segundo a la del trabajo, las cuales son dos instituciones absolutamente distintas, que deben tener un tratamiento así, distinto”[131].

---

[128] Ibid., p.XXI
[129] Ibid., p.XXI
[130] Ibid., p.126
[131] Ibid., p. 100

Pronunciamientos como los contenidos en las Sentencias C-189 de 1996, SU-430 de 1998 y C-453 de 2002 “confunden el principio de la condición más beneficiosa con el de derechos adquiridos, lo cual resulta contraproducente para la defensa de los derechos del trabajo, pues, por su origen, no lleva inserta la base protectora que inspira los otros postulados. Sin embargo, frente a la relación de las máximas de derechos adquiridos y condición más beneficiosa, tampoco hay concordancia”[132]. En efecto, los dos primeros fallos mencionados ubican esta última en las meras expectativas, en ellos la Corte ratifica que el derecho adquirido “se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa”’[133].

En la sentencia C-453 de 2002 sólo reconoce que son concordantes para afirmar que son solo los derechos adquiridos y no las meras expectativas los que no pueden modificarse por el Legislador “cuando en ejercicio de su potestad de configuración modifica la normatividad laboral y que esta no puede considerarse inmutable a pesar de los cambios que en esta materia sea necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y de las políticas sociales y económicas[134].

En sentencia T-290 de 2005 la Corte acertadamente trata por separado los principios de derechos adquiridos y de condición más beneficiosa (refiriéndose en realidad a la norma más favorable), en esta expresa: “ante la existencia de un derecho adquirido consolidado bajo la norma anterior, se debe aplicar una norma más favorable, si ésta existe. Así, a pesar de que la Corte inicia un razonamiento válido, termina desviándose al afirmar que, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, de existir varias normas aplicables, debe escogerse la más

[132] Ibid., p. 99
[133] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-189. Expediente D-1090. (8, mayo, 1996). M.P. JORGE ARANGO MEJÍA. [En línea]. Recuperado en 2018-01-28. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-189-96.htm
[134] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-453. Expediente D-3806. (12, junio, 2002). M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. [En línea]. Recuperado en 2017-12-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-453-02.htm

benéfica al trabajador. En la medida en que la Corte confunde el contenido del principio, se torna inane su consagración constitucional”[135].

Por otra parte, también se evidencia la negación de la existencia del principio de la condición más beneficiosa cuando la Corte establece que el principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores se refiere a los derechos adquiridos, y no a las expectativas legítimas. Afirma la corte: “Estas últimas pueden, en principio, ser afectadas por las nuevas normas laborales, sin que ello constituya una vulneración del principio del no menoscabo de los derechos de los trabajadores. De lo anterior se deriva que **el alegado principio de la condición más beneficiosa no se deduce del texto del inciso final del artículo 53 de la Carta, razón por la cual tampoco es aplicable a la normatividad laboral”**[136]. (Resaltado fuera de texto)

De manera amplia, “resulta evidente que lo que han hecho los pronunciamientos de la Corte Constitucional ha sido reiterarse unos a otros, sin que se haya ahondado en el tema, manteniendo la confusión conceptual; en general, se repite el planteamiento de la Sentencia C-168 de 1995, que profundizó en los temas de derechos adquiridos y favorabilidad, para llegar a las conclusiones precitadas”[137].

Dados los antecedentes jurisprudenciales, se hace necesario diferenciar objeto tanto del principio de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa, así:

> (…) el objeto principal de la protección dada a través de la doctrina de los derechos adquiridos es respecto al tránsito legislativo que puede darse con ocasión del nacimiento de una nueva normatividad, por lo que la mentada doctrina pretende proteger los derechos consolidados con ocasión de la norma derogada, evitando cualquier posible retroactividad normativa y así salvaguardando el principio de la "inmediatez de la aplicación legal". Sin embargo, el artículo 53 de la Constitución consagra la protección de la "condición más beneficiosa para el trabajador", circunstancia que extiende la cobertura al amparo que debe brindarse con el nacimiento de la nueva norma laboral, fortaleciendo la estabilidad del derecho del trabajo y de la seguridad social, estableciendo limitantes al contenido del nuevo precepto legal, y protegiendo las situaciones favorables otorgadas por Ley Laboral, con el objeto de evitar cualquier desmejoramiento[138].

[135] VALERO, Op. Cit., p. 100
[136] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-177. Expediente D-5310 y D-5321. (1, marzo, 2005). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En Línea]. Recuperado en 2017-10-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm
[137] VALERO, Op. Cit., p. 101
[138] Ibid., p.148

Hecha la precisión anterior y teniendo en cuenta los análisis presentados, respecto al artículo 25 de la Ley 789 de 2002, la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 2004 concluye que "el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, pues la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre y cuando respete derechos adquiridos". Resuelve que, el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 no desconoce derechos adquiridos, primero, porque no se aplica a situaciones jurídicas consolidadas y segundo, porque no entró a regir inmediatamente, pues su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la ley se aplazó hasta el 1 de abril del año 2003. Por consiguiente, afirma que las consideraciones realizadas por la citada sentencia C-781 de 2003 en relación con el artículo 29 de la Ley 789 de 2003 resultan plenamente aplicables a las normas analizadas en el presente caso. Dijo entonces la Corte:

> "es evidente que por razón del efecto general e inmediato que acompaña las normas laborales, la nueva reglamentación de la indemnización moratoria prevista en el artículo 29 de la Ley 789 de 2003 no puede afectar los derechos adquiridos de aquellos trabajadores que antes de comenzar a regir dicho ordenamiento legal habían concluido su relación laboral y, por tanto, se rigen por el mecanismo indemnizatorio previsto originalmente en el artículo 65 del CST cuando en presencia de tal circunstancia el empleador no cancela los salarios y prestaciones debidos al trabajador. El que el inciso impugnado no haga expresamente esta advertencia no significa que sea inconstitucional, pues se repite, dicha disposición laboral no tiene carácter retroactivo." (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, se procede entonces a realizar el siguiente análisis respecto a la norma precitada con relación a los derechos adquiridos:

En sentencia C-789 de 2002, la Corte consideró que siempre y cuando no afecte derechos adquiridos, el Legislador "no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho"[139]. Por tanto, como afirma la Corte en sentencia C-038 de 2004 "la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio puede modificar regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas que alguna

[139] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-789. Expediente D-3958. (24, septiembre, 2002). M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. [En línea]. Recuperado en 2017-05-20. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-789-02.htm

persona tenía de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada", en otras palabras, mientras no se cumplan los presupuestos o requisitos contemplados por la norma para adquirir el derecho, no se puede hablar de un derecho adquirido, "lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa", y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien, en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales"[140].

Surge de lo anterior un inconveniente y es como medir o establecer el tiempo que debe transcurrir para alcanzar como define la Corte "ese derecho algún día", quizás ¿una hora, un día, una semana, un mes, un año, etc.?, tal situación no ha sido definida por el máximo tribunal constitucional.

Sin embargo, a partir de la Sentencia T-789 de 2002, la Corte ha reconocido que, si bien es cierto, tratándose de meras expectativas no aplica la prohibición de regresividad, ello no significa que estén desprovistas de toda protección, pues en la medida de que haya un cambio de normatividad no sólo se debe examinar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que, además, "en función del principio de confianza legítima, se debe proteger la creencia cierta del administrado de que la regulación que lo ampara en un derecho se seguirá manteniendo vigente en el ordenamiento jurídico. Por tal razón, la Corte ha señalado que cuánto más cerca está una persona de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa en este sentido"[141].

Aparece un nuevo problema y es cómo se define o determina cuando se está más cerca de acceder al goce efectivo del derecho para que éste sea protegido.

---

[140] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-177. Expediente D-5310 y D-5321. (1, marzo, 2005). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En Línea]. Recuperado en 2017-10-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm

[141] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. SU-130. Expedientes T-2139563 y acumulados. (13, marzo, 2013). M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA. [En línea]. Recuperado en 2017-11-02. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU130-13.htm#_ftnref43

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, una expectativa “es la esperanza de realizar o conseguir algo” o “la posibilidad razonable de que algo suceda”, lo cual no podría aplicarse a los efectos que produce un contrato de trabajo, pues éste, es de tracto sucesivo, “o sea que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo.

La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga”[142], en ese sentido, al trabajador le asiste la obligación de trabajar y una vez terminado un día de labor debe regresar al día siguiente para laborar una nueva jornada, de tal manera que con certeza sabe que una vez termine su jornada tiene derecho no solo al pago sino al reconocimiento del recargo nocturno o tiempo extra por haberlo laborado y si lo hace en la misma jornada todos los días ello le asegura un salario al final del mes razón por la cual, hablar de una posibilidad o esperanza de que llegue el día siguiente para que pueda trabajar y obtener una remuneración por la labor no es correcto, pues ello es un hecho, es inmediato, lo cual depende únicamente de que transcurra el tiempo de descanso (para que renueve las energías), descanso que constituye un derecho humano según el artículo 24 de la Declaración Universal de derechos humanos el cual consagra que: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”[143], derecho humano que a su vez contempla nuestra constitución cuando instituye en su artículo 25 que el trabajo goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado en condiciones dignas y justas e igualmente, cuando en el artículo 53 superior dispone que el Congreso deberá expedir el estatuto del trabajo, “el cual deberá contener una serie de principios y garantías mínimos fundamentales, entre ellos, “la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario”. Así pues, toda relación laboral establecida por empleadores particulares, o por el Estado o entidades públicas en su condición de patronos, exige a la luz del ordenamiento jurídico, jornadas máximas y los períodos de descanso a ellas correspondientes[144].

---

[142] PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015. p. 193.

[143] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En Línea]. Recuperado en 2017-11-11. Disponible en: http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

[144] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-024. Expediente D-1751. (11, febrero, 1998). M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-11. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-024-98.htm

Por lo anterior, no es dable “asumir” que el contrato de trabajo termine con cada jornada y solo sean objeto de protección aquellos derechos que se ejercieron durante estas y negar aquellos que dependen de laborar el día siguiente, pues como se dijo antes, entre jornada y jornada solo media el descanso, que por demás es necesario y un derecho humano para que las condiciones de trabajo no sólo sean dignas sino justas. Pretender que el trabajador labore sin ningún tipo de interrupción (al menos para descansar) para que conserve o no pierda los beneficios logrados y se le reconozcan sus derechos sería volver a la esclavitud, condición que en ningún ordenamiento de hoy es admisible.

Para Pierre Verge y Guylaine Vallée la preservación de la continuidad de la relación del trabajo es un principio sostenedor de varias nociones jurídicas particulares del derecho al trabajo. “Varias disposiciones aseguran la continuidad de la relación laboral a pesar de las dificultades que puedan afectarla. Pero las reglas del derecho del trabajo no sólo preservan la relación laboral, sino que, en otras circunstancias, esa continuidad constituye una fuente de ventajas específicas para el trabajador: la antigüedad en el empleo genera una serie de ventajas salariales y de beneficios adicionales, que estimulan y recompensan la continuidad del trabajador en la empresa”[145].

Como puede apreciarse, el principio de los derechos adquiridos (de origen civil) no es apropiado para la aplicación del derecho laboral pues en su aplicación en el campo laboral presenta inconsistencia, máxime cuando esta disciplina tiene su propio principio, por lo cual se reitera que: “de manera específica para el caso del derecho del trabajo, la aplicación del principio de los derechos adquiridos a diferentes situaciones jurídicas laborales es desde la técnica inapropiado, y ello no sólo, como se explicó, por tratarse de un derecho social no patrimonial, sino porque el Derecho laboral tiene un principio especifico que soluciona el conflicto de la aplicación de la ley nueva[146].

[145] VERGE, Pierre y VALLÉE Guylaine. Un droit du travail? Essai sur la specifité du droit du travail. Quebec. Editions Ivon Blais. p. 164. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015. p. 195
[146] Ibid., p.126

4.1.1.2 Condición más beneficiosa

Las normas laborales a nivel legal, convencional, contractual, etc., procuran el cumplimiento de los fundamentos y principios del estado social de derecho. Un ejemplo de ello y como base normativa es el artículo 53 superior que como se observó en el capítulo 1, consagra los principios mínimos fundamentales del trabajo, entre los que se encuentra el principio protector en sus tres vertientes: el principio in dubio pro operario, el principio de la norma más favorable y el principio de la condición más beneficiosa.

El principio de la condición más beneficiosa regula la situación del trabajador cuando se presenta cambio de normatividad. "Es uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral y se refiere a una situación en que se encuentra un trabajador regulado por la norma preexistente, frente a una nueva norma, como garantía de sus condiciones en curso de trabajo de que no pueden ser menoscabados"[147]. Como forma de aplicación del principio protector:

> Se vincula también como un criterio de aplicación, conforme al cual se limita el uso de la norma laboral, con la finalidad de impedir que la aplicación de la norma tenga como consecuencia desconocer o disminuir una situación o derecho más favorable al trabajador reconocido con anterioridad. En este sentido, la norma que empeora la situación en la que se encuentra el trabajador es inoperante frente a éste, en la medida que la aplicación del principio de la condición más favorable comporta la aplicación más restringida de la norma "menos favorable" respecto al trabajador al que le han sido reconocidas con anterioridad condiciones más favorables[148].

La principal crítica que recae sobre este principio, es la de inmodificabilidad normativa, crítica, que no tiene sustento por cuanto "a pesar de ser un principio que afecta la transición normativa, no la elimina creando un derecho estático. Simplemente limita creando un Derecho estático. Simplemente limita la aplicación de la nueva normatividad menos benéfica al trabajador, de modo que no sea aplicable al trabajador que tiene la condición de tal al momento de expedición de la norma, pero sí a quienes la adquieran desde su vigencia"[149]. En igual sentido, se pueden citar otras formas de protección en el derecho laboral, principios como el de irrenunciabilidad a los derechos mínimos establecidos en normas laborales, la limitación al ius variandi, etc.

Tal proposición protectora, que acoge el principio de la condición más beneficiosa, no puede mirarse de forma aislada dentro del ordenamiento jurídico, así como tampoco puede alejarse

[147] GUERRERO, Guillermo. Teoría General del Derecho Laboral". Sexta edición. Bogotá. Editorial Leyer. p.344
[148] VALERO, Op. Cit., p. 27
[149] Ibid., p.28

del antecedente que, en las propuestas y debates de este artículo, realizó el constituyente de 1991, pues ello podría tener como consecuencia la errónea interpretación del texto incorporado en el artículo 53 de la Constitución, e incluso la no incorporación del principio dentro del texto citado.

El profesor JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ explica la formación de la condición más beneficiosa por el Constituyente de 1991, en la siguiente manera: "Los antecedentes en su formación de la condición más beneficiosa, contenida en el inciso final de los artículos 53 y 215, Constitucionales, se ubican de acuerdo a las propuestas y decisiones, así:

1. "Las normas laborales... aseguran al trabajador...
8. "Protección de las condiciones más beneficiosas con relación a normas posteriores". (Constituyente Guillermo Guerrero Figueroa, Gaceta Constitucional No. 3, pág. 2).

2. "La irrenunciabilidad de los derechos laborales adquiridos por los trabajadores, los cuales no podrán ser desmejorados en ningún caso por el legislador.

"Dicho principio será aplicable a las Convenciones Colectivas..." (Constituyente Angelino Garzón, Gaceta Constitucional No. 11, pág. 10).
3. "Los contratos, pactos, convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad y dignidad humana". (Informe-Ponencia para primer debate, comisiones 1 y 5. Gaceta Constitucional No. 85, pág. 3).

4. "La ley, los contratos y convenios de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores". (Constituyentes Angelino Garzón, Germán Toro y otros, Gaceta Constitucional No. 85, pág. 3).

5. "En este artículo adicionamos al inciso 3^0 la frase: "y los derechos de los trabajadores".

"Se trata de reconocer Constitucionalmente un elemental principal del Derecho Laboral universal destinado a proteger las conquistas de los asalariados.

"Ya en el régimen de Emergencia Económica aprobamos en primer debate, que éste no puede utilizarse para desmejorar las conquistas laborales.

"Si esto no puede hacerse en situaciones de Emergencia Económica, menos en condiciones de normalidad institucional". (Constituyente Germán Toro, constancia, Gaceta Constitucional, No. 99, pág. 2).

Texto Definitivo "…principios mínimos fundamentales.
"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores" (art. 53 inciso final).

"El gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores…" (art. 215 Emergencia Económica).
"CONCLÚYESE afirmando la evidencia según la cual el Constituyente finalmente integró en su naturaleza y objeto las distintas propuestas, dada su concurrencia.
"En efecto:
Tomó del Constituyente Guerrero Figueroa la idea de condición más beneficiosa, para desarrollarla y detallarla en sus distintos eventos en que surge: "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo..." (numeral 1°).

"Tomó del Constituyente Angelino Garzón la idea según la cual "los derechos laborales... no podrán ser desmejorados".

"Tomó igualmente el principio de irrenunciabilidad que técnicamente incorporó como principio en el inciso 10 del mismo artículo 53.

> "No tomó, por ser fenómeno distinto, la idea de Derecho Adquirido, que quedó en otro artículo distinto, cual es el 58 (numeral 2°).
>
> "El informe-ponencia (No. 3) fue adicionado con las expresiones "La ley", y "los derechos de los trabajadores" de que dan cuenta los Constituyentes Angelino Garzón (Num. 4) y Germán Toro (Num. 5), para surgir así el texto final aprobado"[150].

De lo citado se puede colegir la preocupación del constituyente por amparar los derechos de los trabajadores frente a una nueva normatividad bien provenga de un convenio, ley, contrato o acuerdo que pueda disminuir o desconocer la situación en que se encuentra el trabajador, de acuerdo con la normatividad que lo rige. Es indudable que es el principio de la condición más beneficiosa "que se desarrolla en el inciso final del artículo 53 mencionado, que impide, por medio de la sustitución normativa, la mengua de la situación jurídica del trabajador, produciéndose la derogación las normas laborales sólo cuando la norma nueva incorpore un beneficio para el trabajador que goza de un régimen anterior, o respecto de los nuevos trabajadores que sujetarán sus condiciones de trabajo a la nueva regulación"[151].

Desafortunadamente, el tratamiento de la jurisprudencia constitucional respecto del principio de la condición más beneficiosa "no ha sido lineal, o, mejor, no ha tenido un sentido unívoco, y, en general, este principio, a diferencia de lo que ocurre en la doctrina, no se ha identificado claramente en el conjunto del texto constitucional"[152]. La jurisprudencia lo ha confundido con el principio de favorabilidad laboral y a su vez como se vio anteriormente lo ha incluido dentro del principio de los derechos adquiridos, concluyendo:

> (…) el principio de la condición más beneficiosa es aquel que le otorga al juzgador la posibilidad de optar, en la aplicación o interpretación de dos normas vigentes que regulen un mismo caso, por la más favorable al trabajador, siempre que con ello no se estén desconociendo derechos adquiridos por el trabajador, que a su vez son entendidos como aquellos derechos concretos e individuales que han sido perfeccionados bajo las condiciones legales vigentes. En tal sentido, escapa de la protección favorable de la ley laboral lo que se ha denominado como derecho abstracto o simple expectativa, pues, al no existir aún el derecho en la titularidad de nadie, no hay lugar a protegerlo[153].

Si bien los principios in dubio pro operario, favorabilidad y condición más beneficiosa tienen como fuente el principio protector, su amparo cubre eventos diferentes, El primero, al caso de diferentes interpretaciones de una misma norma; el segundo, al supuesto de diversas proposiciones normativas que regulan un mismo caso; y, el tercero, al evento de la protección

[150] VILLEGAS, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. En: Guerrero, Guillermo. Teoría General del Derecho Laboral". Sexta edición. Bogotá. Editorial Leyer. p.345
[151] VALERO, Op. Cit., p. 94
[152] Ibid., p.96
[153] Ibid., p.96

en tránsito legislativo. Pero para la Corte Constitucional, en sentencia C-168 de 1995 que además es texto de referencia en otros fallos, agrupa en lo que indiscriminadamente llama el principio de favorabilidad laboral o principio de la condición más beneficiosa, sin distinción, "las dos primeras protecciones mencionadas, sin decir nada de las garantías contenidas en la condición más beneficiosa. Así, la confusión es tanto nominal como sustancial. A su vez, indica el fallo constitucional, este principio es el consagrado en el artículo 53 superior, al referirse éste a la favorabilidad, sin decir nada la Corte respecto del inciso final del mismo artículo"[154].

Ejemplo principal de esta confusión, que termina por hacer inexistente el principio de la condición más beneficiosa, se halla en la sentencia C-168 de 1995, en la cual se expresa:

> La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera (...) ¿Quiere esto decir, que el constituyente prohíbe menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma? Para la Corte es indudable que tales derechos no pueden ser otros que los 'derechos adquiridos', conclusión a la que se llega haciendo un análisis sistemático de los artículos 53, inciso final, y 58 de la Carta[155].

Las Sentencias C-596 de 1997, T-808 y T-827 de 1999 ahondan en la confusión respecto del principio de favorabilidad y de condición más beneficiosa. El primero de los pronunciamientos considera que "la favorabilidad, en caso de duda en la aplicación o interpretación de una norma, se protege por el principio de la condición más beneficiosa, y, más aún, parece negar definitivamente la posibilidad de aplicar el amparo frente a la transición legislativa, cuando dice que no se trata de comparar la legislación nueva con la derogada, pues para ello se aplica el principio de los derechos adquiridos"[156]. Se considera que la condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad

> El principio de favorabilidad, supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cuál es la pertinente. La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio

[154] Ibid., p.97
[155] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-168. Expediente D-686. (20, abril, 1995). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-12-05. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-168-95.htm
[156] VALERO, Op. Cit., p. 98

derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación”[157].

Por su parte, el segundo de los fallos indica que la condición más beneficiosa se garantiza por medio del principio de favorabilidad laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal. “De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador”[158].

La última de las sentencias citadas, define el principio de favorabilidad laboral como "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...". Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez. (…) El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente”.[159] Como se aprecia, integra la norma más favorable y el in dubio pro operario, refiriéndose a esta regla interpretativa con más profundidad y reiterando que la condición más beneficiosa se protege mediante la favorabilidad, aunque nunca se refirió verdaderamente a ella, sino a las variantes de amparo en aplicación e interpretación de la norma del principio protector[160].

Dejando de lado la confusión, lo que se debe tener claro es, que el principio de la condición más beneficiosa fue consagrado en el texto constitucional de 1991 en el inciso final del artículo 53 aunque no de forma expresa como se mostró, si por medio de su definición, indicando tanto sus elementos como sus objetivos, al señalar que “la ley, como los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de

[157] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-596. Expediente D-1679. (20, noviembre, 1997). M.P. VLADIMIRO NARANJO. [En línea]. Recuperado en 2017-02-21. Disponible en:http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-596-97.htm
[158] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-808. Expediente T-226374. (19, octubre, 1999). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2018-01-20. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-808-99.htm
[159] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-827. Expediente T-202532. (21, octubre, 1999). M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. [En línea]. Recuperado en 2017-12-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-827-99.htm
[160] VALERO, Op. Cit., p. 98

los trabajadores". "A partir de tal contenido, el artículo constitucional mencionado incorpora, como principio rector del Derecho laboral y bajo la jerarquía especial y única dentro del resto del texto de la Carta Política de "mínimo fundamental", la prohibición de desmejorar la situación en que se encuentre el trabajador, con la aplicación de una nueva norma, provenga ésta de la ley, el contrato o acuerdo o convenio laboral"[161].

Es evidente, que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa propio del derecho laboral y establecido en el artículo 53 superior corresponde de mejor manera al principio protector del derecho al trabajo al constituir una garantía real para preservar de los derechos de los trabajadores frente a cambios normativos. El artículo 53 de la Constitución "tuvo como uno de sus objetivos el asegurar a los trabajadores que las reformas laborales que se expidieran en el futuro no podrían, en ningún caso, menoscabar sus derechos. De la misma manera los artículos 1º y 25 de la Carta señalan la órbita dentro de la cual puede actuar legítimamente el legislador en materia laboral. Esto impide que la ley laboral se torne regresiva y disminuya los derechos de los trabajadores"[162].

Para Ojeda Avilés, solo se necesitan tres requisitos que permiten invocar el principio de la condición más beneficiosa, estos son:

1. Que sean condiciones laborales, entendidas en sentido amplio. O sea, no sólo las condiciones de trabajo propiamente dichas, sino también las condiciones laborales que se conceden en el trabajo realizado por cuenta ajena: alojamiento, alimentación, vestido, becas, premios, etc.
2. No quedan comprendidas las condiciones de representación, negociación o conflicto. Tampoco las expectativas de derecho ni las interinidades.
3. Que sean más beneficiosas, lo cual importa la comparación entre dos regulaciones distintas. Es decir, que la relación laboral hubiera nacido bajo el imperio de la antigua norma. Los trabajadores ingresados en la empresa tras la sucesión normativa no pueden alegar una situación que no han conocido.
4. Que hayan sido reconocidas al trabajador. Como esta regla equivale a una defensa del status alcanzado por el trabajador en la empresa, aunque su base de apoyo fuera destruida, se requiere que haya cumplido los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho. Se excluyen, pues, las condiciones que no llegaran a ejercitarse bajo la norma antigua porque no se cumplieron ni una sola vez los requisitos precisos para ello[163].

[161] Ibid., p.93

[162] BELTRAN, Alfredo. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

[163] OJEDA, Antonio. El principio de condición beneficiosa. En: Revista de Política Social. No. 134 (abril-junio 1982); p. 35. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015. p. 111

Se puede decir con base en lo anterior que, se excluyen de la protección del principio las condiciones laborales que no llegaron a ejercitarse bajo la norma anterior porque no llegaron a cumplir ni una sola vez los requisitos precitados.

> El propio sentido de las condiciones laborales nos induce a alejarnos de las distinciones civilistas entre potestad, derecho subjetivo y facultad jurídica, para atender mejor al contenido obligacional insertado en la relación por normas derogadas: ese mejor trato que ahora se omite en la norma posterior no por ello se abandona, siempre que se haya incorporado al «nexo» o relación laboral antes del cambio normativo. ¿Y cuándo se produce tal incorporación? A mi juicio, desde que ha tenido aplicación a ella, desde que ese mejor nivel ha llegado a reconocerse efectivamente al trabajador individual, quien lo ha disfrutado prácticamente durante la normativa derogada: ha realizado horas extras con el mejor porcentaje, ha cumplido jornadas con el mejor horario, ha disfrutado vacaciones ampliadas bajo la anterior normativa[164].

Por otra parte, según Luis Joaquín De la Lama Rivera "son condiciones más beneficiosas sólo aquellas que hayan sido establecidas en tal carácter, en forma definitiva: Por tanto, aquellas que hayan sido otorgadas tácita o expresamente con carácter provisorio, es decir, con vida limitada en el tiempo, no pueden ser invocadas"[165]. "Pero si es un beneficio que se ha prolongado más allá de la circunstancia que le dio origen o que no se haya ligado con ninguna situación transitoria especial, debemos concluir que constituye una condición más beneficiosa que debe ser respetada"[166].

Tal y como se expuso en el capítulo 2, el trabajo ordinario diurno se estableció en el artículo 1 de la Ley 64 de 1946 y con base en ella se reconoció el recargo nocturno establecido por el artículo 169 de del Decreto 2663 de 1950, lo cual quiere decir que no es derecho que haya sido temporal, por el contrario, ha sido un beneficio objeto de reconocimiento por más de 60 años a los trabajadores.

Por otra parte, si conforme a la Constitución la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (principio de la condición más beneficiosa), aparece de bulto la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley 789 de 2002 en concordancia con lo descrito

---

[164] OJEDA, Antonio. El principio de condición beneficiosa. En: Revista de Política Social. No. 134 (abril-junio 1982); p. 38.

[165] DE LA LAMA, Luis. Valor de las condiciones más beneficiosas otorgadas por el empleador en relación con el principio tuitivo "pro asalariado". En: Boletín de Divulgación Social. Madrid. p. 483. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015. p. 115

[166] PLÁ, Op. Cit., p.63.

anteriormente, pues hizo que el trabajo diurno se extienda al período comprendido entre las 6 de la mañana y las 10 de la noche y con ello eliminó el recargo nocturno (de 6 p.m. a las 10 p.m.) al igual que la hora extra nocturna en el mismo horario que pasó a pagarse como hora extra diurna lo que implica una disminución en la remuneración de los trabajadores y un evidente retroceso en la legislación laboral no autorizado por la Constitución Política lo cual hace de la norma mencionada una norma regresiva que vulnera claramente el principio de progresividad.

Resulta pertinente citar el criterio que sostuvo el doctor Manuel Gaona Cruz, en salvamento de voto expuesto ante la Sentencia de Sala Plena de la Corte Suprema, fechado el 9 de septiembre de 1982 donde expuso:

> Si la constitución instituye especial protección al trabajo por parte del Estado (art. 17), si consagra la intervención estatal en el proceso económico para mejorar a los trabajadores (art. 32) y si expresamente prohíbe desmejorar sus derechos sociales reconocidos en leyes anteriores aún en época de emergencia económica (art. 122), resulta incuestionable que cualquier acto jurídico, llámese ley, decreto reglamentario, o reglamento interno o general de un establecimiento público, que disminuya las condiciones globales de tipo salarial, prestacional o sobre riesgos, del trabajador, legalmente reconocidas, o que autorice su desmejora, así dichas condiciones no se hubieren consolidado en forma individual bajo la égida de los derechos adquiridos, es inconstitucional...[167]

4.1.1.3 Los otros límites constitucionales: el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la prohibición prima facie de retrocesos

Como se vio en el capítulo 1, el principio de progresividad de los derechos sociales establecido y desarrollado en numerosos instrumentos internacionales, consiste en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo. Esto significa para la Corte Constitucional y así lo expresa en sentencia C-038 de 2004 que, “las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y

[167] BARONA, Ricardo. Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. En: Criterio Jurídico Garantista. Año 2 No. 2 (Enero-Junio de 2010). [En línea]. Recuperado en 2017-09-10. Disponible en: http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf

justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia".

Sin embargo, ha dicho la Corte en la sentencia precitada que como se trata del examen de una medida que disminuye la protección de un derecho social, la Corte debe verificar más rigurosamente que las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores. Tal requisito se puede corroborar mediante la realización de un juicio de proporcionalidad. Los pasos para tal juicio son: "(i) determinar si la medida limitativa busca una finalidad constitucional, (ii) si es adecuada respecto del fin, (iii) si es necesaria para la realización de éste –lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido- y (iv) si es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado –esto implica un no sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer-"[168].

"La aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en el derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita prima facie a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido"[169]. Si la medida supera el test, será válida, caso contrario, debe ser declarada inconstitucional.

Conforme a lo precedente, se analizará si el artículo 25 de la ley 789 de 2002 supera o no el test de proporcionalidad:

- Finalidad de la norma:

Para el análisis a realizar, resulta pertinente lo considerado por la Corte en la Sentencia C-038 de 2004, y para ello, se transcriben los apartes pertinentes:

[168] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-269. Expediente T-503446. (18, abril, 2002). M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. [En línea]. Recuperado en 2017-01-16. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-269-02.htm
[169] BERNAL, Op. Cit., p. 67

> 28- La exposición de motivos, las ponencias y los debates en las cámaras son suficientes para mostrar que la finalidad de las medidas es clara. Estas pretenden aumentar el empleo. Así lo señala el título de la ley, que establece que se trata de dictar *"normas para apoyar el empleo"*. Igualmente, la exposición de motivos insiste en que el propósito de esas medidas es favorecer el empleo, promoviendo la llamada "*empleabilidad*", esto es, estableciendo reformas que faciliten la contratación de nuevas personas. De esa manera, según la exposición de motivos, podrían crearse 160.000 empleos por año, para un total de 640.000 para el cuatrenio.
>
> 29- La legitimidad de este propósito constitucional es evidente, no sólo por los mandatos constitucionales al respecto sino además por la actual coyuntura que vive el país. Así, la Carta establece que es deber del Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y dar pleno empleo a todos los recursos humanos (CP arts 54 y 334), por lo que las políticas destinadas a cumplir esos objetivos tienen claro sustento constitucional. Y dicho sustento es aún más claro en la actualidad pues, como lo indican la exposición de motivos, las ponencias, las estadísticas oficiales y numerosos estudios, el desempleo, el subempleo y la informalidad se han agudizado en el país en los últimos años, en especial a partir de 1997, provocando un grave deterioro de las condiciones de vida de millones de colombianos. Así, al momento de presentarse el proyecto, según la exposición de motivos, el desempleo era de 16% en todo el país y 18% en las principales ciudades, mientras que la informalidad alcanzaba el 61% del empleo urbano y la casi totalidad del empleo rural.
>
> 30- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la finalidad de las normas acusadas de promover el empleo y el crecimiento económico es claramente constitucional. Además, se trata de un propósito constitucional imperioso, pues la Carta le impone al Estado la obligación de lograr el pleno empleo de los recursos humanos, por lo que la promoción efectiva del empleo podría eventualmente justificar una limitación de la protección del derecho al trabajo.

Como se aprecia en el primer considerando, la Corte concluye que la finalidad es clara, ella se deduce de los debates, las ponencias y del título de la ley, se apoya además en que el propósito de la exposición de motivos es ese, y sustenta su legitimidad, no sólo en los mandatos constitucionales sino también en la coyuntura que vive el país, lo cual frente a la obligación de justificación de las medidas no parece suficiente. Como se apreció en las bases normativas, la existencia de una crisis económica no constituye suficiente razón para validar medidas que retroceden en el nivel de vigencia de un derecho. Pues como lo expresó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación No. 3, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC.

Si bien es cierto la exposición de motivos insiste en que el propósito de las medidas es favorecer el empleo, promoviendo la llamada "empleabilidad", la Corte no hace referencia en la sentencia a la justificación y desarrollo de los articulados que también debe tenerse en cuenta como base o cimiento bajo el cual se propone los cambios normativos y que deben orientar el objetivo general e intención de la ley, además debe guardar coherencia con ésta. Dicha

exposición, para el caso del artículo 25 de la ley 789 de 2002 estableció como justificación en su artículo 1:

> a) Como se presenta en el artículo 1°, se extiende la jornada diurna entre las 5:00 a.m. y las 9:00 p.m., permitiendo que ciertas actividades productivas y de servicios, puedan ajustar su dinámica a las nuevas realidades que afronta el país.
> Con el fin de dar la posibilidad a algunos sectores de la economía de abrir las posibilidades para contratar nuevos trabajadores **sin que la carga laboral impida esa creación de nuevos espacios de trabajo.** Esto se requiere especialmente para empresas comerciales y de servicios, de las cuales se exige una gran demanda de prestaciones, pero **debido a los recargos existentes**, los empresarios no pueden atenderla en las horas en que los usuarios la requieren- Ampliar la jornada como está prevista en este artículo tiene que traer como consecuencia mayor ocupación laboral.

Teniendo en cuenta que al ampliar el trabajo diurno inmediatamente se elimina el recargo nocturno en la franja de 6 p.m. a 10 p.m., y cambia la forma de liquidar el trabajo suplementario que pasa de remunerarse de nocturno a diurno, no debe pasarse por alto la justificación que se hace de los artículos 2, 3, 4 y 5, la cual se expone en la exposición de motivos, así:

> b) Con los artículos 2, 3, 4 y 5 del proyecto de Ley se pretende modificar la forma de liquidar los recargos al reducir su costo, pero sobre la base de extender las vacaciones. **Se quiere aliviar a los empleadores del pago de los recargos por trabajo nocturno, horas extras, dominicales y festivos sin que se disminuyan de manera significativa los ingresos del trabajador,** ya que se mantiene un recargo uniforme del 25% sobre el valor del salario ordinario, **tanto para el trabajo nocturno en el horario comprendido entre las 9:00 p.m. y 5:00 a.m. y para las horas extras, ya sean diurnas o nocturnas[170].** (Negrita fuera de texto)

Es evidente, se concluye en la Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2002 Senado, 056 de 2002 Cámara, que la propuesta sobre la ampliación de los horarios de las 6 a.m. hasta las 10 p.m., tiene como principal objetivo rebajar el costo de la mano de obra lo cual implica una desmejora de los ingresos para los trabajadores. “La ponencia ratifica el errado concepto, sin prueba empírica ni científica de que permita la creación de nuevo empleo. Lo que sí es cierto en la sustentación de los ponentes oficiales es que el mayor beneficio será para el sector comercio ya que podrán abrir los establecimientos en la noche; en el sector servicios y turístico (restaurantes, espectáculos, etc.), que hoy tienen horarios restringidos por razón de los costos derivados del pago de esos recargos[171].

---

[170] COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 57 (21, agosto, 2002). Por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.notinet.com.co/pedidos/Pl057de2002Senado.doc.

[170] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 057 de 2002 Senado, 056 de 2002 Cámara. En: Gaceta del Congreso No. 471. 2002. [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

Se colige de lo anterior, que la intención de los artículo citados es aliviar las cargas laborales de los empleadores situación que se reitera en la ponencia para segundo debate en la cual se afirma que el proyecto lo que pretende es "tratar de disminuir algunos de los costos salariales"[172] lo cual, traería como consecuencia la generación de empleo, lo que resulta contrario a las bases normativas vistas en el capítulo 1, por un lado, la declaración que en el preámbulo de la Constitución tiene como uno de los valores que la fundan "el trabajo", así como el artículo 53 de la Carta Política, en el que se señalan los principios mínimos fundamentales que deben ser respetados en las relaciones laborales. De la misma manera el artículo 1º y 25 de la Carta señalan la órbita dentro de la cual puede actuar legítimamente el legislador en materia laboral sin que pueda olvidar que el trabajo es un valor, un principio y un derecho cuya regulación debe corresponder con la Carta en el sentido de que la legislación debe propender por un orden justo.

Analizadas las normas en cuestión, resulta prima fascie que ellas quebrantan la Constitución Política, se considera el trabajo como "una mercancía, y, por ello, tanto en la exposición de motivos que acompañó el Gobierno al proyecto de ley respectivo como en la discusión correspondiente, se expresó una y otra vez que las normas contenidas en los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de lo que hoy es la Ley 789 de 2002, se consideraban importantes para disminuir los costos de los empleadores"[173], lo cual deja en evidencia que los derechos de los trabajadores se estiman como factor de encarecimiento de la producción.

Debe concluirse que el propósito del artículo 25 de la Ley 789 de 2002 no es coherente con la finalidad general de la ley pues su objetivo antes que generar empleo es disminuirles los costos salariales a los empleadores en los términos antes descritos.

> Así, en el entender de la mayoría con esas medidas, se pretende promover el empleo y el crecimiento económico del Estado, fines que, si bien son claramente constitucionales, no pueden confundirse con la necesaria justificación que deben tener las medidas adoptadas para lograr esos fines. En el presente caso, la decisión de la Corte confundió la finalidad de brindar un mayor empleo con la justificación de las medidas adoptadas para ese fin, puesto que éstas no fueron confrontadas con los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, ya que, de haberlo sido, habría generado la inexequibilidad de las normas acusadas. A mi juicio, la mera existencia de motivos para implementar las medidas de carácter regresivo

[172] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 057 de 2002 Senado, 056 de 2002 Cámara. En: Gaceta del Congreso. No. 575. 2002. [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

[173] BELTRAN, Alfredo. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

> cuestionadas en la demanda de inconstitucionalidad, no podían configurar una justificación constitucionalmente válida que permitieran realizar un juicio de proporcionalidad, como en efecto ocurrió, y mucho menos cuando las normas acusadas someten al trabajador a situaciones de indignidad laboral[174].

Debe tenerse en cuenta que, el artículo 4 del PIDESC prescribe que "no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado", y que como lo dispone el artículo 5: "Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos", cuestión que claramente aquí no se hizo y que se confirma a continuación.

- Adecuación de la norma respecto al fin y necesidad respecto a éste.

La visión dominante, que fue la que alimentó el proyecto de reforma laboral, según la Corte en sentencia C-038 de 2004 y que explica las razones del alto desempleo en el país "reside en la rigidez y los altos costos salariales, que impiden que exista un ajuste, vía reducción del salario, del mercado de trabajo. Conforme a estos análisis, la salida al desempleo implica flexibilizar el mercado del trabajo, para permitir que la demanda y oferta de trabajo puedan ajustarse, y por consiguiente el desempleo pueda reducirse considerablemente y llegar a su tasa natural". La tesis básica que sustenta la reforma laboral expresa el alto tribunal, es la siguiente: "un componente importante del desempleo está ligado a la rigidez del mercado laboral colombiano, que impiden un ajuste flexible entre la oferta y demanda de trabajo". Esto tiene cimiento en los argumentos citados en la ponencia para segundo debate en la Cámara y que se extracta en el considerando 33 de la sentencia, así:

> "Para evitar que los ajustes a la economía se den vía empleo, sacrificando a los ciudadanos con menos posibilidades de defensa frente a fenómenos de esa naturaleza, se deben crear las condiciones que permitan absorber los choques de otra manera, y para esto se requieren cambios sustanciales en nuestras instituciones empresariales y laborales.

[174] CORDOBA, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

> La evidencia empírica muestra que un factor importante en la explicación del desempleo estructural colombiano es la rigidez que aún caracteriza el mercado laboral.
> (….)
> Expongamos el problema, en otros términos. En los diferentes mercados que conforman un sistema económico es natural observar cómo en los períodos de crisis y de reducción de la demanda, los precios se ajustan hacia abajo para poder realizar o vender el bien ofrecido. Esa capacidad de ajuste de los precios hace viables y sostenibles a los mercados, al mismo tiempo que aumenta el bienestar de los oferentes y los demandantes.
>
> El mercado laboral no es la excepción. Sin embargo, las trabas que aún persisten en el país no han permitido que los salarios y en general los costos de contratación reflejen la verdadera situación del mercado de trabajo. Los gráficos 13 y 14 son elocuentes. A pesar de la caída en la demanda por mano de obra de los últimos años, el salario promedio de la economía y el salario mínimo legal medidos en términos reales se han incrementado bastante.
>
> Esta situación, como hemos resaltado anteriormente, ha llevado a que las empresas despidan trabajadores y no tengan incentivos para contratar, lo cual conduce a niveles sin precedentes de desempleo, con los costos sociales que esta situación conlleva.
>
> Sin embargo, los mercados tienen otros mecanismos para tratar de autorregularse: eludiendo las normas vigentes. En los primeros años de la década del 90 el empleo informal disminuyó y se mantuvo estable. Por su lado, el empleo formal tuvo una buena dinámica. Sin embargo, la situación cambió cuando el panorama económico se tornó difícil: en el sector informal los salarios se ajustaron hacia abajo, permitiendo que la creación de empleo no perdiera su dinámica, mientras que en el sector formal los salarios continuaron con su escalada y el ajuste se ha llevado a cabo despidiendo personal.
> (…)
> También hay evidencia que muestra cómo en el alto nivel de desempleo observado en la actualidad ha jugado un papel importante el aumento de los costos laborales, que son otro indicador de la inflexibilidad persistente en el mercado laboral. De acuerdo con un estudio de la OIT (1999) y de Álvaro Reyes (2000) los costos laborales se han incrementado considerablemente en la última década, tanto en moneda local como en extranjera. El costo laboral unitario (CLU) tuvo un crecimiento acumulado de 32.9% entre 1990 y 1999, representando en incrementos de los costos laborales reales para las empresas manufactureras de cerca de 3.1% por año. Esto sin duda ha contribuido a que el ajuste producto de la recesión haya recaído sobre el nivel de empleo. Adicionalmente, este incremento se ha reflejado en la caída de la demanda de trabajo y su sustitución por capital en los procesos productivos.
>
> Lo anterior preocupa no sólo porque el país soporta ya una tasa de desempleo históricamente alta, sino por el hecho de que los jóvenes de los grupos de menores ingresos urbanos y de menores niveles educativos son quienes padecen las mayores tasas de desempleo, y ven afectada su demanda de trabajo por las rigideces del mercado laboral”

En tal contexto, concluye la corte en el considerando 34: “la ampliación de la jornada diurna de las 6 PM a las 10PM (art. 25) fue justificada como una medida que permite que ciertos sectores de la economía, en especial las empresas comerciales y de servicios, puedan ampliar sus jornadas de trabajo, sin recargos por trabajo nocturno, con lo cual se estimula una mayor ocupación laboral en esos sectores”.

Revisada la ponencia citada por la Corte, se evidenciaron elementos fundamentales que complementan o explican algunas de dichas consideraciones y que resultan relevantes para el análisis y que por su importancia deben transcribirse para evidenciar las causas de la problemática sobre la cual gira el desempleo, estos son:

Se estima que un 50% del actual nivel de desempleo (15.6% a nivel nacional y 18.3% en las trece principales áreas metropolitanas) corresponde a los efectos del ciclo económico.

La caída en la demanda de empleo por efecto del cambio en la estructura productiva y de la sustitución de trabajo por capital, adicionalmente ha aumentado la demanda por trabajo calificado complementario a las nuevas tecnologías tanto duras como blandas. El efecto directo es que, dados los bajos perfiles de educación de la fuerza laboral, un gran porcentaje de la población se ve obligada a buscar trabajo en sectores poco dinámicos, con bajas remuneraciones y con bajas probabilidades de encontrarlo por el exceso de oferta.

Lo anterior contrasta con las pocas figuras contempladas por nuestra legislación laboral para la contratación de mano de obra, situación que puede estar reduciendo la demanda de empleo. Para evitar que los ajustes a la economía se den vía empleo, sacrificando a los ciudadanos con menos posibilidades de defensa frente a fenómenos de esa naturaleza, se deben crear las condiciones que permitan absorber los choques de otra manera, y para esto se requieren cambios sustanciales en nuestras instituciones empresariales y laborales.

La evidencia empírica muestra que un factor importante en la explicación del desempleo estructural colombiano es la rigidez que aún caracteriza el mercado laboral. En efecto, aunque la Ley 50 de 1990 avanzó en cuanto a lograr cierto grado de modernización en ese mercado para adaptarlo a los retos de la competitividad internacional. **Todavía persisten factores de inflexibilidad y perduran altos costos debido principalmente, al aumento en las cotizaciones a la seguridad social implementados en la Ley 100 de 1993**. (Lo subrayado corresponde a lo citado por la Corte) (Negrita fuera de texto)

Sin embargo, los mercados tienen otros mecanismos para tratar de autorregularse: eludiendo las normas vigentes. En los primeros años de la década del 90 el empleo informal disminuyó y se mantuvo estable. Por su lado, el empleo formal tuvo una buena dinámica. Sin embargo, la situación cambió cuando el panorama económico se tornó difícil: en el sector informal los salarios se ajustaron hacia abajo, permitiendo que la creación de empleo no perdiera su dinámica, mientras que en el sector formal los salarios continuaron con su escalada y el ajuste se ha llevado a cabo despidiendo personal.

Esta situación se aleja del óptimo desde el punto de vista social pues en el sector informal se elude la responsabilidad en salud y pensiones y es muy difícil velar por el cumplimiento de las normas laborales básicas. No es apropiado tener un marco legal que promueve que todos, empleadores y empleados, busquen eludirlo. Se tiene que aproximar la legislación a la realidad porque, como vimos, el empleo formal se está volviendo un privilegio de pocos. (La Corte cita el párrafo anterior y omite el presente que lo explica). (Subrayado fuera de texto)

También hay evidencia que muestra cómo en el alto nivel de desempleo observado en la actualidad ha jugado un papel importante el aumento de los costos laborales, que son otro indicador de la inflexibilidad persistente en el mercado laboral. (Negrita y subrayado fuera de texto)

Colombia tiene costos laborales por unidad de producto más altos que los países más grandes de la región, situación que evidencia problemas para incrementar su competitividad. Por lo tanto, se requiere plantear medidas que logren reducir los costos totales de producción para mejorar la competitividad de los productos colombianos, en este caso, por su importancia, los costos laborales y las trabas de despido. Los costos no laborales pagados por las empresas representaron un 47% antes de la reforma en tanto que hoy representan un 53%. (subrayado fuera de texto)

El efecto más evidente de la Ley 50 fue haber disminuido los costos salariales debido a la eliminación de la retroactividad en las cesantías (disminuyó los costos en 4.2 puntos) como se observa en el cuadro 6 y el gráfico 15. Ese aspecto aunado a un comportamiento favorable de la economía permitió disminuir la tasa de desempleo a cerca de 7% a principios de 1994. (…) Sin embargo, esos logros se vieron revertidos por dos factores: la caída en la producción y el aumento de los costos salariales por efecto del alza en las cotizaciones para salud y pensiones, instaurada por la Ley 100 de 1993. Los costos no salariales pagados por las empresas, que ya eran altos, pasaron de representar un 53% de la nómina después de implementada la Ley 100, frente a 47% antes (cuadro 2).

> Ese nivel de carga no salarial es demasiado alto y en la coyuntura actual se hace más evidente. Resulta demasiado difícil para un empleador tomar la decisión de crear una nueva empresa o nuevos puestos de trabajo, cuando por cada trabajador tiene que pagar un 53% adicional al salario pactado.

De lo citado puede concluirse, primero: se estima que un 50% del actual nivel de desempleo corresponde a los efectos del ciclo económico. La caída en la demanda de empleo por efecto del cambio en la estructura productiva y de la sustitución de trabajo por capital, adicionalmente ha aumentado la demanda por trabajo calificado complementario a las nuevas tecnologías tanto duras como blandas. El efecto directo es que, dados los bajos perfiles de educación de la fuerza laboral, un gran porcentaje de la población se ve obligada a buscar trabajo en sectores poco dinámicos, con bajas remuneraciones y con bajas probabilidades de encontrarlo por el exceso de oferta. Lo anterior contrasta con las pocas figuras contempladas por la legislación laboral para la contratación de mano de obra, situación que puede estar reduciendo la demanda de empleo. Para evitar que los ajustes a la economía se den vía empleo, sacrificando a los ciudadanos con menos posibilidades de defensa frente a fenómenos de esa naturaleza, se deben crear las condiciones que permitan absorber los choques de otra manera, y para esto se requieren cambios sustanciales en las instituciones empresariales y laborales.

En segundo lugar: la evidencia empírica muestra que un factor importante en la explicación del desempleo estructural colombiano es la rigidez que aún caracteriza el mercado laboral. Todavía persisten factores de inflexibilidad y perduran altos costos debidos, principalmente, al aumento en las cotizaciones a la seguridad social implementados en la Ley 100 de 1993. Colombia tiene costos laborales por unidad de producto más altos que los países más grandes de la región, situación que evidencia problemas para incrementar su competitividad. Por lo tanto, se requiere plantear medidas que logren reducir los costos totales de producción para mejorar la competitividad de los productos colombianos, en este caso, por su importancia, los costos laborales y las trabas de despido.

Frente al primer aspecto, tal y como consta en la ponencia precitada cuando se propone “la modificación de algunas estructuras anquilosadas en el manejo de las jornadas laborales y los recargos que implican un trabajo extra o en horas nocturnas, también estamos cumpliendo con una de las características del Estado Social de derecho en la Constitución Política vigente, como es la de contribuir al crecimiento de la economía mediante la posibilidad de crear nuevas

fuentes de trabajo, o de ampliar las existentes, con una mayor utilización de la capacidad industrial o de servicios, ya instalada en Colombia"

Debe decirse a lo planteado que, no se puede asegurar que dichas "modificaciones" vayan a disminuir el desempleo cuando se ha puesto en evidencia que la caída en la demanda de empleo se da por efecto del cambio en la estructura productiva y de la sustitución de trabajo por capital, lo cual requiere trabajo calificado que por demás ha desplazado a los trabajadores de bajos perfiles educativos, situación que ha generado exceso de oferta. Por tanto, es poco probable que un empleador dé trabajo a una persona no calificada por más exenciones que se le ofrezcan cuando no la necesita o no es el perfil requerido. Frente a este problema, la solución idónea es desarrollar estrategias de educación que permita tener fuerza laboral preparada o estrategias dirigidas a que el empresario preste adiestramiento a los trabajadores a cambio de exenciones tanto por el enganche como por los costos asumidos en capacitación. Por otra parte, si el desempleo se debe en un 50% a los efectos del ciclo económico se deben desarrollar políticas económicas para enfrentar los desajustes que obviamente también debe implicar cambios sustanciales en los sistemas productivos tal y como se observó en el caso francés expuesto en el segundo capítulo (2.3.1).

Respecto a la flexibilización en las "estructuras anquilosadas" como son las jornadas laborales y los recargos que implican un trabajo extra o en horas nocturnas, el autor Jorge Rendón Vázquez que describe el avance de la flexibilización en América Latina y concluye en el fracaso de la misma en la lucha contra el desempleo, indica que: "Más de 10 años después de haber sido difundida como ideología y como una praxis concreta en la legislación y en las relaciones laborales, no ha aportado un crecimiento ni a un mínimo del ansiado empleo"[175], lo cual pone en duda la idoneidad de la medida.

Con relación al segundo aspecto, se afirma que Colombia tiene costos laborales por unidad de producto más altos que los países más grandes de la región, situación que evidencia problemas para incrementar su competitividad. Para realizar tal afirmación, "se debería investigar en cada producto en qué medida influye el factor laboral en la relación al costo de las materias primas, la estructura industrial, la influencia de una buena organización empresarial, los gastos

[175] RENDON, Jorge. El carácter protector del derecho al trabajo y la flexibilidad como ideologías. En: ACKERMAN, Mario y BARBAGELATA, Héctor. Evolución del pensamiento juslaboralista: estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1997. p. 424. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015. p. 66

financieros, la cuota absorbida por el Estado mediante los impuestos, la parte que se destina a utilidad de los empresarios”[176], así como de los demás componentes del costo como son los indirectos de fabricación y servicios contratados, etc. Lo anterior, también varía para cada actividad, tipo de organización empresarial, medio o país, como también de los niveles de productividad que exista en ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la ponencia de segundo debate no se presenta estudio del cálculo o determinación del porcentaje de influencia del costo laboral frente a la estructura de costos totales del cual apenas los costos salariales son un elemento, por lo tanto, “no justifica que se le atribuya una gravitación que no tiene el aumento o mantenimiento de los beneficios laborales, como si fuera el principal factor determinante, o poco menos”[177] para poder concluir que eliminando el recargo nocturno y el reconocimiento de la hora extra nocturna por efecto de la ampliación de trabajo diurno de 6 p.m. a las 10 p.m. se vaya a obtener una disminución importante de los costos de producción o de prestación de servicios.

Ahora, la competitividad no puede buscarse por medio de la rebaja de las condiciones laborales del trabajador o a expensas del desmejoramiento de éste. “El trabajo no puede ser tratado como una mercancía, en el sentido en el que no debe estar sometido a las leyes del mercado porque el trabajador es un ser humano y, por consiguiente, es portador de una dignidad esencial que debe ser respetada en toda hora y condición”[178], condición humanista que altamente protegida por los instrumentos internacionales como se vio en el capítulo 1, lo cual es concordante con el principio fundamental establecido en la declaración de Filadelfia incorporada en la Constitución de la OIT y que José Sánchez y Eduardo Rodríguez definen como: “el trabajo no es una mercancía y exige el respeto a la dignidad y protección de todos los y las trabajadoras”[179]

La competitividad “debe encausarse hacia la mejora de la calidad del producto, del perfeccionamiento del aparato y el proceso productivo, de la oportunidad de la entrega, de la adaptación de a las necesidades y preferencias del mercado, de la eficacia del sistema de comercialización. En lugar de descargar el peso de esa competitividad sobre los hombros del

[176] PLÁ, Op. Cit., p.63.
[177] Ibid., p.63
[178] Ibid., p.63
[179] SANCHEZ, José y RODRIGUEZ, Eduardo. Manual para la defensa de la libertad sindical. Cuarta Edición Revisada. OIT. Lima.2013. P. 34

personal, se debe reclamar a los empresarios un esfuerzo de creatividad, de búsqueda de información, de espíritu de riesgo que conduzca a una mejora en las condiciones de lucha en el mercado"[180], soluciones que no se observan en la exposición de motivos, ni las ponencias y mucho menos en los debates.

Por otra parte, tal y como se evidenció, si la causa del incremento de los costos salariales está debido principalmente por aumento en las cotizaciones a la seguridad social implementados en la Ley 100 de 1993, la ampliación del trabajo diurno de 6 p.m. a las 10 p.m. y lo que ello implica como es la eliminación del recargo nocturno y del reconocimiento de la hora extra nocturna en ese horario no cumpliría su objetivo, pues su ampliación lo que generaría es un menor ingreso base de cotización, impacto que es mucho menor al que se generaría si se afectaran las tasas la cuales fueron incrementadas efectivamente por la ley citada y que son las que generan mayor efecto en el costo, que como se afirmó anteriormente, debió ser cuidadosamente estudiado.

Por último, lo que queda claro es que lo que se pretende según lo observado en la ponencia es "plantear medidas que logren reducir los costos totales de producción para mejorar la competitividad de los productos colombianos, en este caso, por su importancia, los costos laborales y las trabas de despido", lo cual no es consistente con la finalidad como es la de generar empleo, que en últimas, será solo la consecuencia del objetivo principal como se dijo antes "disminuir los costos laborales y mejorar la competitividad" y con ello una afectación inmediata a los trabajadores.

Como se expuso en el capítulo 1, en concepto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si se adopta alguna medida regresiva, el Estado tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, lo cual aquí no se hizo.

[180] PLÁ, Op. Cit., p. 64

La ampliación del trabajo diurno implicó un no reconocimiento del recargo nocturno que antes se pagaba por el tiempo laborado en ésta franja y un fuerte impacto en el reconocimiento de las horas extras en el mismo horario, pero cuyos efectos en la generación de empleo como se expuso en el capítulo dos no fueron claros en algunos casos, en otros no determinados y en algunos positivos conforme a los estudios mostrados, sin embargo, ninguno demostrables, pero, para los trabajadores implicó un gran sacrificio y con ello la desmejora de sus ingresos tal y como lo demostró en su estudio la Universidad Nacional para el sector de la vigilancia donde concluye que cada vigilante perdió para el año 2005 en promedio $1.151.000, valor que afecta el ingreso del trabajador para ese sector y si se compara con la evolución obtenida de forma histórica dicho ingreso se rezaga a los niveles obtenidos cinco años atrás donde las pérdidas para los trabajadores a pesos corrientes de cada año al término de los cuatro años fue de $506.463.551.154,07 y en pesos constantes de 2005 fue de $514.417.864.207,86 durante el cuatrienio.

Es preciso resaltar que las horas extras para los trabajadores juegan un papel transcendental no sólo para su sostenimiento sino para vivir en condiciones dignas, pues estas "sólo permiten mantener las condiciones básicas de subsistencia, la posibilidad de laborar horas extras constituye una alternativa importante. (…) En condiciones de pobreza, las disminuciones efectivas del quantum salarial, son sentidas como atentados graves contra la persona que, por lo general, superan en importancia a la adopción de compromisos colectivos de tipo sindical[181].

Con base en lo citado, el no reconocimiento del recargo nocturno, así como la disminución en la cuantía que recibía por el pago de la hora extra antes nocturna y ahora diurna para un trabajador por efectos de la ampliación del trabajo diurno es un atentado grave contra éste, pues ello, implica un detrimento de sus condiciones tanto laborales como personales así como también una desmejora para sus familias. Vale recordar que la retribución salarial está directamente ligada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, "reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social; pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los

[181] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-230. Expediente T-28319. (13, mayo, 1994). M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. [En línea]. Recuperado en 2017-03-30. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm

valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador"[182].

Así las cosas, la ampliación del trabajo diurno tal y como se describió anteriormente no fue la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo de generar empleo, es decir, es claro a la luz de lo expuesto que existían otros medios alternativos y más benignos, así como tampoco fue el medio más adecuado para lograr el fin propuesto.

> El propio legislador confiesa en este caso (artículo 45 parágrafo) que no sabe si logre el fin propuesto ni si el medio utilizado es adecuado y necesario. Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, cuando el fin no es claro que se logre y el medio utilizado no es idóneo ni necesario (ya que existen otros medios para lograr el fin con menos lesión del derecho al trabajo), la norma debe ser declarada inconstitucional. Esta ley, confiesa que no sabe si los trabajadores obtengan algún beneficio; sin embargo, es claro que con estas disposiciones los trabajadores obtienen un perjuicio inmediato y los patrones un beneficio inmediato[183].

La Corte afirma en sentencia C-038 de 2004 que, en épocas de desarrollo y crecimiento de la economía es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social, pero en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento, esto, por cuanto de sostenerse, "las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora", afirmación que resulta criticable, pues una situación de crisis no puede ser un pretexto para desconocer los derechos y garantías consagradas en la constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, de igual manera, la prevalencia del interés general contenida en el artículo 1º de la Constitución, no puede invocarse para justificar una conducta irracional, la protección injustificada de un interés oculto o la vulneración de los derechos de las personas, como en el caso presente y conforme a lo demostrado:

> La existencia de un interés general debe verificarse en cada caso concreto. Aun así, a pesar de que efectivamente exista un interés general real que motive una determinada acción del Estado, la máxima según

[182] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. SU-995. Expedientes T-218550 y acumulados. (9, diciembre, 1999). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-03-24. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU995-99.htm

[183] ARAUJO, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

> la cual este interés prevalece sobre el particular no es absoluta, ni susceptible de aplicación inmediata. Debe entenderse condicionada a que la invocación de tal interés esté realmente dirigida a la obtención de los objetivos constitucionales y, a la vez, mediatizada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales[184].

Como se dijo en el capítulo 1 "una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituyen suficientes razones para validar medidas que retroceden en el nivel de vigencia de un derecho". Pues como lo expresó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación No. 3 "Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"

Así las cosas, desde la dimensión axiológica, el artículo 25 de la Ley 789 de 2002, vulneró el principio de progresividad establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicables en Colombia mediante el bloque de constitucionalidad. La nueva regulación constituye menores garantías para los trabajadores, puesto que su aplicación hace aún más grave el retroceso en la protección de los derechos laborales como se vio al realizar las confrontaciones con las bases normativas (vistas en el capítulo 1) y los resultados logrados expuestos en el capítulo 2.

4.2 LA DIMENSIÓN NORMATIVA: EL ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE LA NORMA EN CUANTO TAL

Respecto a la primera operación, la Ley 789 de 2002 existe, en la medida en que fue aprobada por el Congreso de la República en ejercicio de su función constituyente, por medio de los cuatro debates prescritos por la Carta Política y recibió la sanción presidencial. Con relación a la validez, la Corte Constitucional dejó claro que:

> (b) La *"validez"* de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las

[184] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-053. Expediente D-3099. (24, enero, 2001). M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER. [En línea]. Recuperado en 2018-01-26. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-01.htm

> normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. (…) Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas (art. 5, C.P.)[185].

Revisado el trámite legislativo y teniendo en cuenta la evaluación que hace del mismo la Corte Constitucional en Sentencia C-658 de 2003, puede concluirse, que el trámite dado a la ley 789 de 2002 fue cumplido de acuerdo a las disposiciones constitucionales aplicables a dicha norma.

Respeto a la segunda operación, "la "vigencia" se halla íntimamente ligada a la noción de "eficacia jurídica", en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor"[186]. Por lo tanto puede decirse que la Ley 789 está vigente, puesto que así lo dispone su artículo 52 al establecer que "rige desde su aprobación"; fecha desde la cual surte y sigue generando efectos jurídicos.

Con relación a la tercera operación como es el de comprobar que sea compatible con otras normas del sistema, en especial con las que son jerárquicamente superiores y las normas posteriores, el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 fue objeto de modificación posterior por la ley 1846 de 2017 y los exámenes de jurisprudencia han decantado las posibles incompatibilidades que mediante demandas de inconstitucionalidad se han interpuesto, pero como se demostró en la dimensión axiológica, la norma vulneró los principios, valores y derechos establecidos en la Constitución política, lo cual hace que el juicio de existencia o de hecho sea negativo, porque de haberse revisado su compatibilidad a la luz de constitución política como bien se expresó anteriormente, la norma debió ser declarada inexequible.

[185] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-873. Expediente D-4504. (30, septiembre, 2003). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-873-03.htm

[186] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-873. Expediente D-4504. (30, septiembre, 2003). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-873-03.htm

4.3 LA DIMENSIÓN FÁCTICA: LA EFICACIA DE LA NORMA Y SU IMPACTO EN LA REALIDAD SOCIAL

Desde la dimensión fáctica el análisis se hará teniendo en cuenta cinco momentos:

- Efecto de la norma: es el efecto que produce en la realidad social transformándola.

Desde el punto de vista social, la calidad de vida de los trabajadores se vio disminuida, pues el aumento de la jornada ordinaria diurna redujo el ingreso de los trabajadores al eliminar el recargo nocturno en las cuatro horas que se amplió y disminuyendo el valor de la hora extra que pasó a remunerarse como diurna. Desde el punto de vista económico, "los empleadores obtuvieron billones de pesos con esta reforma"[187].

El efecto de la reforma se puede medir en forma inmediata para los trabajadores que laboran en horas de la noche (6 p.m. a 10 p.m.), pues dejan de recibir el recargo nocturno equivalente al 35% sobre el valor de las horas laboradas. Por otra parte, para quienes laboran en ese turno horas extras, que antes se les reconocía como horas extras nocturnas con recargo del 75% sobre el valor de una hora ordinaria, luego de la ley 789 de 2002 se pagan como horas diurnas y liquidadas con recargo del 25%, es decir, sólo una tercera parte de lo que antes recibía.

Para los empleadores, la ampliación del trabajo diurno representa automáticamente una reducción de los costos de la mano de obra. El Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social como se observó en el capítulo 2 calcula para una nómina de una firma típica, con trabajadores homogéneos, afectados todos por la medida considerada y que reciben, todos, una remuneración igual al salario mínimo con un factor prestacional del 50%, y "trabaja de 6 a.m. a 10 p.m. en dos turnos continuos consigue una reducción en sus costos laborales del 8%"[188].

Con relación al impacto en la generación de empleo, expresó la Comisión de Seguimiento de la ley: "en general se considera que el estimativo del impacto de estas medidas en la generación y

[187] ARAUJO, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm
[188] OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Op. Cit., p. 5.

calidad del empleo, es difícil de obtener en forma exacta debido a la interacción con otras variables y a la poca disponibilidad de información y de métodos estadísticos”[189], lo cual es plenamente corroborado en el capítulo 2 (2.3.3) en los estudios presentados.

Como se evidenció, la medida afectó negativamente el ingreso de los trabajadores y por ende el de sus familias trayendo como consecuencias una disminución del consumo; desde el punto de vista social, la ley fue regresiva, disminuyó la calidad de vida de los de quienes laboran y acentuó las desigualdades frente a los empleadores quienes se vieron favorecidos por el menor costo y por ende el incremento de sus beneficios.

En términos reales, el beneficio dado a los empleadores se tradujo en mayores ingresos para ellos a costa de menores costos sin que se demostrara que ello se reflejara en mejoras en la competitividad lo cual no fue medido, y mucho menos su impacto en los niveles de desempleo, pero, si quedó plenamente demostrado que el sacrificio realizado por los trabajadores implicó la desmejora de sus condiciones laborales, lo cual vulneró el derecho al trabajo no solo como principio, derecho y valor constitucional que es, de igual forma los principios mínimos de este consagrados en la Carta Magna, además de los instrumentos internacionales y con ello en definitiva, el principio de progresividad ampliamente consagrado y amparado por las bases normativas vistas en el capítulo 1.

.

- Eficacia: es el cumplimiento de la norma

“Las normas jurídicas pueden ser instrumentos prácticos dirigidos a la acción. En este caso la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal sino por su capacidad para producir un cierto comportamiento en los individuos destinatarios de la norma”[190] o poder de regulación propiamente dicho o eficacia instrumental.

Para determinar el grado de cumplimiento de la norma o cuota de eficacia, Theodor Geiger establece que la obligatoriedad de la norma “tiene una magnitud numérica relativa v=e/s, donde

[189] COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 177 de 2016 Senado 172 de 2015 Cámara (13, marzo, 2017). Por medio de la cual se modifican los artículos 160, 161 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=2832&p_numero=177&p_consec=47458.
[190] GARCIA. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. Op. Cit., p. 92

“e” es el número de casos en los que la norma resulta eficaz, bien porque se cumple o bien porque hay una reacción ante su violación, “s” abarca el número total de casos en los que los destinatarios de la norma se encuentran actualmente en situaciones típicas normativas; y “v” se determina según su grado de intensidad por la relación de estas dos magnitudes”[191]

Revisados los estudios realizados sobre los resultados generados por la ley 789 de 2002 en capítulo 2 (2.3.3) puede decirse que la eficacia instrumental fue muy reducida, “vistos los resultados, es claro que después de cuatro años, no se cumplieron esos objetivos, pues de los 640.000 empleos que se esperaba generar, sólo se crearon, según lo informa el propio Gobierno, 240.000 empleos, lo que significa que hay un déficit de 400.000 empleos”[192]. Así las cosas, la cuota de eficacia de la ley 789 de 2002 es: 240.000/640.000 = 37.5%, haciendo énfasis que los datos entregados corresponden a los del gobierno pero que según los estudios mostrados en el capítulo 2 no fueron posibles demostrar.

Claramente, la ley no logró el objetivo de generar empleo para la meta propuesta, el grado de cumplimiento de la norma solo fue del 37.5% lo cual se explica con lo expuesto en la dimensión axiológica y demuestra, que la medida no era la idónea para tal fin y su necesidad quedó entre dicha para lograr la finalidad.

Al revisar la eficacia instrumental de la norma, entendida esta como “eficacia jurídica”; que no es otra cosa que “la correspondencia entre los objetivos consagrados en los textos normativos y resultados obtenidos como consecuencia de la existencia de tales normas”[193], se puede afirmar que el artículo 25 de la ley 789 de 2002 cumple con los requisitos que establece García Villegas para ser una norma jurídica que goza de una baja eficacia instrumental en tanto se evidencia que no existe una correspondencia entre lo que ordena la Ley y la realidad social, “Por lo tanto las medidas no han conseguido demostrar su eficacia para el fomento del empleo, mientras que sus efectos sobre la disminución de la calidad de vida de los trabajadores en general, y de

[191] GEIGER, Theodor. Estudios preliminares de sociología del derecho. Albolote: Editorial Comares. 2001. p. 58

[192] ARAUJO, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

[193] GARCÍA, Mauricio. Eficacia Simbólica y narcotráfico en Colombia. En: Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes. (sep. - oct.1991). [En línea]. Recuperado en 2017-02-21. Disponible en: <http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Mauricio_Garcia_Villegas_Eficacia_simbolica_y_narcotrafico_en_Colombia_oct1991.pdf>

ciertos grupos de trabajadores en especial –como por ejemplo los del sector de vigilancia- han sido claramente demostrados”[194].

- Adecuación interna de la norma: entendida como la capacidad que tiene la norma de alcanzar el fin que el legislador estableció en la exposición de motivos.

“Ampliar la jornada como está prevista en este artículo tiene que traer como consecuencia mayor ocupación laboral”[195], era el propósito del artículo 25 de la ley 789 de 2002. Pero los efectos fueron contrarios, “se puede afirmar conforme se expuso que la ley 789 de 2002 aumentó de manera importante la demanda de trabajo, pero lo hizo mediante un incremento de la proporción de trabajadores que laboran horas extras”[196], tampoco los estudios demostraron que se generaron nuevas plazas de trabajo tal y como se expuso en el capítulo 2 (2.3.3), y los empresarios optaron por el trabajo suplementario ahora por menor valor, después de la reforma, lo cual les resulta más rentable si se compra al costo de producir si hace nuevos enganches.

Por otra parte, la medida no fue la idónea para la generación de empleo, pues su justificación estaba dirigida a permitir la disminución de los costos laborales de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, y ese era propiamente su objetivo, por tanto, la finalidad que era disminuir el desempleo se convirtió en la consecuencia de éste último.

Como lo expresa Jaime Araujo Rentería en salvamento de voto a la sentencia C-038 de 2004: “el propio legislador confiesa en este caso (artículo 45 parágrafo) que no sabe si logre el fin propuesto ni si el medio utilizado es adecuado y necesario”.

Por lo anterior, puede concluirse que no hubo adecuación interna de la norma pues no cumplió con su propósito frente al objetivo de la ley.

---

[194] SIERRA, Humberto. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

[195] COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Exposición de motivos proyecto de Ley 57 de 2002 Senado. (21, agosto, 2002). Por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social. [En línea]. Recuperado en 2016-11-10. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

[196] GUATAQUÍ, y GARCÍA. Op. Cit., p. 66

- Eficacia simbólica de la norma:

Las normas jurídicas también pueden ser símbolos dirigidos a la representación. “En este caso, su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre lo licito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-jurídicas legítimas”[197], aquí el texto jurídico crea una mediación puramente psicológica, a este poder del derecho se le denomina eficacia simbólica, que en su concepción se define como “una estrategia de los operadores jurídicos (instancias creadoras o aplicadoras del derecho) o de receptoras del derecho (ciudadanos, grupos sociales, etc.) que consiste en utilizar aquello que el lenguaje jurídico evoca en sus textos, con el propósito de conseguir fines políticos diferentes de los plasmados en la norma misma y a partir del efecto comunicativo que dicha evocaciones originan en los receptores de la norma”[198].

Teniendo en cuenta los fundamentos antes expuestos, previo a las elecciones de 2002, temas como el desempleo y los costos laborales hacían parte de las propuestas de los candidatos a la presidencia, en ese contexto expresó el candidato Álvaro Uribe Vélez: “Necesitamos un Plan Colombia II para generar empleo. Necesitamos generar demanda y devolver capacidad adquisitiva a miles de personas que necesitan empleo urgente. (…) Para desmontar recargos, propongo que reduzcamos la jornada de trabajo”[199].

En el seminario sobre Empleo y Economía realizada por el Banco de la República el 30 de marzo de 2001, se analizaron las causas del desempleo y las salidas en el corto y largo plazo y al respecto se dijo:

> La tasa récord de desempleo de Colombia, la más alta de América Latina, es producto de múltiples factores entre los que se encuentran la mayor oferta laboral, especialmente de jóvenes y mujeres como consecuencia de la pérdida de trabajo de los jefes de hogar y la disminución de ingresos de la familia. También están el lento crecimiento de la economía, la violencia que ha provocado el desplazamiento de miles de personas a los centros urbanos, la falta de capacitación y educación, y por supuesto los altos costos laborales. Sobre este tema se presentaron coincidencias entre Armando Montenegro, presidente de Anif, Mauricio Cárdenas, ex director de Planeación Nacional y Eduardo Lora, funcionario del Banco Interamericano de Desarrollo (BID),

[197] Ibid., p. 92
[198] GARCIA. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. Op. Cit., p. 99
[199] SAMPER, María y VARGAS, Mauricio. Ni paras ni guerrilla. En: Revista Cambio. [En línea]. Recuperado en 2018-03-17. Disponible en: http://www.colombia.com/especiales/elecciones_2002/perfiles/uribe/entrevistas.asp

> para quienes es imperativo reducir los costos laborales. Los dos primeros se mostraron partidarios de revisar la jornada laboral, establecer un salario inferior al mínimo para jóvenes entre 18 y 24 años y disminuir los costos de despidos[200].

Sin embargo, en las sesiones de debate de la Cámara de Representantes puede establecerse que las reformas no solo obedece al desempleo y las causas antes identificadas, también a la presión de los empresarios y como cumplimiento a las promesas efectuadas en campaña para la presidencia.

> (…) decía el entonces candidato que el obstáculo principal al empleo es el pánico de la inversión al orden público a pesar de ello algunos gremios reclaman nuevas normas laborales; los empresarios se quejan decía el actual Presidente de los costos de las indemnizaciones para despedir trabajadores antiguos y solicitan eximir al empresariado del pago de parafiscalidades del SENA, del Instituto colombiano de Bienestar Familiar y de las Cajas de Compensación, hemos tomado las declaraciones del Presidente del periódico `Vanguardia Liberal¿ del 31 de agosto del año 2000 para demostrar que el Presidente está cumpliendo lo que dijo durante su campaña electoral, está entregándole a los empresarios todas las herramientas que durante su campaña y en los diferentes foros él se había comprometido (…)[201].

Sin embargo, en el discurso presentado se habló de originar empleo, de igual forma lo hizo la exposición de motivos (promover empleabilidad), así mismo durante los debates respectivos en el Congreso de Colombia, sin embargo el texto de la ley señala “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo”, lo cual, marca una gran diferencia pues apoyar significa según la RAE “favorecer” (ayudar) mientras promover es “impulsar el desarrollo” o “la realización de algo”, es originar. En este sentido, se puede hablar de una falta de correspondencia entre la manera como el legislador y el gobierno, por medio del discurso político plantean medidas para la creación de empleo y la que finalmente se plasma en la ley dirigida de manera preferencial solo a apoyar (ayudar), lo cual le resta impulso e incluso efectividad a las normas, cambian su sentido, pues de la última forma solo pueden o no favorecer el empleo, crear o mantener los existentes.

Es fácil concluir que la eficacia simbólica de la ley estaba destinada a mostrarle a la ciudadanía que se estaba haciendo algo para disminuir el desempleo como un objetivo gubernamental para servir como aparato simbólico de construcción de un enemigo colectivo como lo es el desempleo, contra el cual, se pretende unir a la población y entorno a ella, conseguir la

[200] ES IMPERATIVO bajar los costos laborales [anónimo]. En: El tiempo. Bogotá, Marzo 31 de 2001. [En línea]. Recuperado en 2017-12-21. Disponible en: internet: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-570988

[201] COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Comisión Séptima. Acta de comisión 008. (20, noviembre, 2002). [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=01&p_numero=008&p_consec=7314

aprobación de éste para disminuir los beneficios laborales en pro de generar nuevos puestos de trabajo en solidaridad de quienes no lo tienen, y así poder reducir los costos por tal concepto en beneficio de los empresarios quienes habían exigido rebajas y por otra parte, como pago de unas promesas hechas en campaña presidencial.

Se puede afirmar que se trata de eficacia simbólica originaria la cual se caracteriza por perseguir objetivos a través del acto mismo de su creación. En otras palabras, el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 es una norma instrumental ineficaz por lo menos en relación con aquello que pretende lograr. "Tiene efectos sociales, solo que estos se reducen al impacto simbólico que produce la promulgación de sus enunciados. El texto mismo de la norma es concebido con la intención de desconocer su objetivo instrumental explícito. Son normas que crean el discurso que luego desconocen y ello no sucede como resultado de una torpeza o una falta de cautela, sino como un acto deliberado, a través del cual se consiguen otros propósitos diferentes de los plasmados en la norma"[202].

Así las cosas, el Estado empleó la Ley 789 de 2002 con propósitos diferentes de aquellos estrictamente instrumentales que se deduce de la lectura de la exposición de motivos y ponencias para debate, por un lado mientras el objetivo explícito era promover la empleabilidad, es decir generar empleo de tal manera que se beneficiaran las personas, el implícito, o intención esencial de la ley, consistió en disminuir los costos laborales y flexibilizar normas para alcanzar tal objetivo en donde habían unos beneficiarios claros y específicos.

- Adecuación externa de la norma:

En términos de justicia social, "El Estado social de derecho se caracteriza por tener una organización del trabajo, dirigido a tutelar los derechos de los trabajadores y mitigar su estado de inferioridad ante los patronos. El Estado social de derecho busca hacer efectivos los derechos económicos y sociales de la clase obrera, por los que la clase obrera ha luchado

[202] GARCIA. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. . Op. Cit., p. 235

desde su nacimiento”[203]. Por lo tanto, las normas proferidas por el Estado en el marco de un Estado Social de Derecho han de consultar la realidad fáctica sobre la cual han de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial como es el de preservar unas condiciones de vida dignas para la totalidad de la población, pero lo acontecido con el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 desmejoró las condiciones de vida de los trabajadores, no estableció "una regla de distribución sino una regresión en materia de derechos de los trabajadores con el argumento de que se iba a crear más empleo”[204].

Desde la dimensión fáctica puede concluirse que, desde el punto de vista social, la calidad de vida de los trabajadores se vio disminuida, pues la ampliación del trabajo diurno redujo el ingreso de los trabajadores. Para los empleadores, representó automáticamente una reducción de los costos de la mano de obra.

Con relación al impacto en la generación de empleo, fue difícil de obtener en forma exacta, debido a la interacción con otras variables y a la poca disponibilidad de información y de métodos estadísticos, pero, si quedó plenamente demostrado que el sacrificio realizado por los trabajadores implicó la desmejora de sus condiciones laborales, lo cual vulneró el derecho al trabajo no solo como principio, derecho y valor constitucional, así como los principios mínimos de este consagrados en la Carta Superior. La eficacia instrumental fue muy reducida, Claramente, la ley no logró el objetivo de generar empleo para la meta propuesta, el grado de cumplimiento de la norma solo fue del 37.5% por tanto no hubo adecuación interna de la norma pues no cumplió con su propósito frente al objetivo de la ley, vulnerando de forma clara el principio de progresividad.

[203] ARAUJO, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

[204] ARAUJO, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

5. CONCLUSIONES

El artículo 25 de la Ley 789 de 2002 amplia el trabajo diurno al pasar de las dieciocho horas (6:00 p.m.) a las veintidós horas (10:00 p.m.) como medida para la generación de empleo eliminando el recargo nocturno durante éste tiempo y el reconocimiento por la hora extra que pasa a remunerarse como diurna en dicho lapso; de tal forma, se disminuye el costo con el objeto de que se originen nuevos puestos de trabajo. Dicha medida no es nueva en Colombia, contraria a la intención actual y con una filosofía diferente, desde 1945 se planteó como una forma de remediar la situación de injusticia en que se encontraban algunos trabajadores y buscó abrir otras fuentes de empleo, pretendiendo que los empleadores se vieran obligados a establecer nuevos turnos de trabajo para evitar pagar la sobre remuneración por trabajo extra o suplementario.

Al revisar los resultados de la medida, la verificación de las diferentes posturas permite determinar que, en la experiencia internacional, si bien no se amplió el trabajo diurno y las reformas se hicieron modificando la jornada de trabajo, ella demuestra que la medida no tuvo éxito y para que lo tuviera debía acompañarse de unas condiciones de crecimiento, de igual forma de políticas dirigidas a lograrlo, además, de la revisión de las condiciones no solo de trabajo y remuneración por parte del trabajador, sino de lo que ello implica para el empleador en lo concerniente a sus costos, capacidad productiva y de contratación, de tal manera, que existiera un equilibrio para las partes y no el sacrificio para una sola de ellas.

Los supuestos anteriores no se tuvieron en cuenta en el caso colombiano. La doctrina a través de diferentes estudios no logró demostrar claramente los efectos de la norma en la generación de empleo, pues los resultados en algunos fueron positivos, en otros negativos, o no determinados, pero conforme a los análisis mostrados, hubo un efecto real como fue su incidencia en la disminución de los costos laborales y de las condiciones económicas de los trabajadores lo cual implicó un impacto negativo en sus condiciones de vida.

Con base en lo anterior, y para dar respuesta al interrogante planteado en éste trabajo de grado en el capítulo 4 así como para validad la hipótesis planteada, se observó la importancia que reviste el trabajo no sólo para el ser humano como persona sino para la humanidad misma, importancia, que ha sido reconocida en los diferentes tratados de derechos humanos, así como

en la constitución colombiana, en donde se consagra el trabajo como un valor, un principio y un derecho, que reconoce desde el preámbulo su especial protección y que restringe la libertad que tiene el legislador para crear las leyes.

Como valor, el trabajo debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; como principio, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias y que se consagran en el artículo 53 superior. Como derecho y un deber social, goza por una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social que es, condición, que obliga a su aplicación inmediata y a la salvaguarda por parte del Estado según los instrumentos internacionales de derechos humanos como son el PIDESC y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se tuvo en cuenta que el Estado debe de asegurar un nivel mínimo esencial del derecho al trabajo y en caso de incumplimiento deberá demostrar que realizó todos los esfuerzos para utilizar los recursos a su disposición para satisfacer de forma prioritaria esas obligaciones mínimas. Aún, si los recursos no son suficientes no por ello se exonera al Estado de esforzarse por asegurar el disfrute más amplio posible según las circunstancias. En ese sentido, el estado tiene tres obligaciones frente al trabajo: primero, la obligación de respetar, exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. Segundo, la obligación de proteger, exige que los Estados adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. Y por último, la obligación de aplicar, que incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Emergió de lo anterior el principio de progresividad de los derechos sociales, como la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son

propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole.

Aunque se proclama que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, se admite que los Estados sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los tratados de derechos humanos, caso en el cual; las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente.

En tal caso, frente a una medida regresiva, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.

Y como forma de evaluar dicha obligación, de manera práctica se propuso un análisis tridimensional del derecho aplicado a la reforma efectuada por el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 para determinar de qué manera vulneró el principio de progresividad. El análisis tridimensional resulta apropiado teniendo en cuenta que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de tres elementos o factores que coexisten en una unidad concreta: el hecho, el valor y la norma. Estos tres aspectos, el hecho, valor y norma no sólo se correlacionan, sino que se dialectizan, porque hay entre ellos una dinamismo integrante y convergente que frente al análisis propuesto resulta fundamental.

Realizado el análisis, se obtuvieron los siguientes resultados:

Desde la dimensión de valores, se demostró que, la aplicación del principio de los derechos adquiridos a diferentes situaciones jurídicas laborales es desde la técnica inapropiado, y ello no

sólo, por tratarse de un derecho social no patrimonial sino porque el Derecho laboral tiene un principio especifico que soluciona el conflicto de la aplicación de la ley nueva.

Se determinó que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa propio del derecho laboral y establecido en el artículo 53 superior corresponde de mejor manera al principio protector del derecho al trabajo al constituir una garantía real para preservar de los derechos de los trabajadores frente a cambios normativos. Si conforme a la Constitución, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, aparece de bulto la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley 789 de 2002.

Se evidenció que la finalidad del artículo 25 presentada en la exposición de motivos no es coherente con la finalidad general de la Ley 789 de 2002, pues su objetivo antes que generar empleo es disminuirles los costos salariales a los empleadores. De igual forma, la ampliación del trabajo diurno no fue la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo de generar empleo, es decir, es claro a la luz de lo expuesto que existían otros medios alternativos y más benignos, así como tampoco fue el medio más adecuado para lograr el objetivo propuesto.

Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, cuando el fin no es claro que se logre y el medio utilizado no es idóneo ni necesario (ya que existen otros medios para lograr el fin con menos lesión del derecho al trabajo), la norma debe ser declarada inconstitucional.

Desde la dimensión normativa, se pudo demostrar que, el juicio de existencia o de hecho fue negativo, al revisarse la compatibilidad de la medida a la luz de constitución política, en dicho caso, el impacto sobre el principio de progresividad es negativo, es decir, lo vulnera.

Desde la dimensión fáctica se pudo probar que, desde el punto de vista social, la calidad de vida de los trabajadores se vio disminuida, pues el aumento del trabajo diurno redujo el ingreso de los trabajadores al eliminar el recargo nocturno en las cuatro horas que se amplió y disminuyendo el valor de la hora extra que pasó a remunerarse como diurna. Para los empleadores, la ampliación del trabajo diurno representa automáticamente una reducción de los

costos de la mano de obra. Con relación al impacto en la generación de empleo, los estudios demostraron la dificultad en su determinación, mientras unos concluyeron de forma positiva, otros lo hicieron de forma negativa, lo cual demuestra resultados contradictorios.

La eficacia instrumental de la norma analizada fue muy reducida, claramente, la ley no logró el objetivo de generar empleo para la meta propuesta, el grado de cumplimiento de la norma solo fue del 37.5% lo cual se explica con lo expuesto en la dimensión axiológica y demuestra, que la medida no era la idónea para tal fin y su necesidad quedó en entre dicha para lograr la finalidad, lo cual evidencia que no existe una correspondencia entre lo que ordena la ley y la realidad social. Al no cumplir con el propósito establecido pudo concluirse que no hubo adecuación interna de la norma

Desde el punto de vista de la eficacia simbólica, la ley estaba destinada a mostrarle a la ciudadanía que se estaba haciendo algo para disminuir desocupación como un objetivo gubernamental para servir como aparato simbólico de construcción de un enemigo colectivo como lo es el desempleo, contra el cual, se pretende unir a la población y entorno a ella, conseguir la aprobación de éste para disminuir los beneficios laborales en pro de generar nuevos puestos de trabajo en solidaridad de quienes no lo tienen, y así poder reducir los costos por tal concepto en beneficio de los empresarios, quienes habían exigido rebajas y por otra parte, como pago de unas promesas hechas en campaña presidencial.

De forma general, puede decirse que la ampliación del trabajo diurno en Colombia establecida en el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 como medida para garantizar el derecho al trabajo vulneró el principio de progresividad de la forma antes expuesta y que se resume así:

(1) la medida no buscó satisfacer una finalidad constitucional imperativa, no fue coherente la finalidad del artículo 25 con la finalidad general de la de la Ley 789 de 2002 y ; (2) no se hizo una evaluación juiciosa, por tanto quedó demostrado que la medida no fue efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) la medida no era necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) se afectó el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) y el beneficio que alcanzó fue claramente inferior al costo que aparejó.

Como bien lo expuso Humberto Sierra Porto en su salvamento de voto a la sentencia C-257 de 2008 “debido a que se examinan medidas regresivas en materia de derechos económicos sociales y culturales, las cuales suponen un desconocimiento de la obligación de no retroceso que se desprende de claros mandatos constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, las dudas acerca de las cuestiones empíricas relevantes, esto es, sobre los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo deben resolverse en contra de la constitucionalidad de la las disposiciones acusadas”.

Así las cosas, debe reconocerse la importancia no solo normativa del principio de progresividad, pues como mandato impone obligaciones a los Estados de respetar, proteger, aplicar y avanzar en el disfrute y goce del derecho del trabajo, y como herramienta, es de vital relevancia para evaluar la validez de medidas destinadas a aumentar el goce de los derechos, así como aquellas que eventualmente constituyan un retroceso en esa aspiración, caso en el cual para estas últimas, constituirá siempre una garantía, el que se requiera la consideración más cuidadosa y su justificación plena, exigencias que hacen del principio de progresividad, un principio para la defensa de los derechos laborales de los trabajadores.

6. RECOMEDACIONES

Quedó demostrado que, la teoría tridimensional del derecho para un análisis normativo resulta de gran relevancia su utilidad y empleo, pues ello facilita la comprensión y el juzgamiento de cualquier precepto a la hora de determinar su constitucionalidad, desde este punto de vista, se instituye en una herramienta fundamental para el estudio y revisión de las decisiones de los operadores judiciales en Colombia, tal y como se propone en este escrito. Se ha generado una cultura de creer que las sentencias de los altos tribunales no pueden ser cuestionadas y que deberían considerarse como la “verdad cierta”, no revisables, lo cual no debería ser así, ya que si hiciéramos este tipo de ejercicios generaríamos un debate que permitiría no sólo crear mayor conocimiento sino un control ciudadano más, no solo hacia los productores de normas sino hacia la misma rama judicial, proceso que debería ser liderado desde la Academia.

REFERENCIAS

LIBROS Y ARTICULOS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid. Trotta. 2002.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.1997.

AMARANTE, Verónica et al. Los efectos de la reforma laboral de 2002 en el mercado laboral colombiano. En: Perfil de coyuntura económica. [En línea]. Recuperado en 2017-08-04. Disponible en: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/coyuntura/article/viewFile/2307/1879

ARAGÓN MEDINA, Jorge et al. El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España. Madrid. Comisiones obreras. 2012.

ARANGO. Rodolfo. Derechos Sociales. En: Fabra, Jorge y Rodríguez, Verónica. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 2 Capítulo 47. México D.F. UNAM. 2015.

ARAUJO, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

-------- Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

BARONA, Ricardo. Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. En: Criterio Jurídico Garantista. Año 2 No. 2 (Enero-Junio de 2010). [En línea]. Recuperado en 2017-09-10. Disponible en: http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/16ricardobarona.pdf

BELTRAN, Alfredo. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

BERMUDEZ ALARCON, Katerine et al. Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: aproximación a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012.

BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Madrid: Editorial Debate 1992.

CALDERON, Lisbeth et al. Investigación profesoral: revisión del Código Sustantivo de Trabajo. Tema: Revisión del título VI (jornada de Trabajo) Capítulos I (definiciones) II (jornada máxima) III (remuneración del trabajo nocturno y suplementario) primera parte del Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá: Universidad de la Sábana 2004. [En línea]. Recuperado en 2017-02-12. Disponible en: http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5455/129299.pdf?sequence=1

CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho laboral colombiano. Bogotá. Editorial Temis.1988.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas. En: Courtis, Christian y Ávila Ramiro. La protección judicial de los derechos sociales. Quito: V&M Gráficas, 2009. p. 682 [En línea]. Recuperado en 2016-10-02. Disponible

en:http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/proteccion-judicial-derechos-sociales.pdf

CASTAÑO, Elkin et al. La reforma laboral de 2002 y sus impactos: in medio stat virtus. En: Perfil de coyuntura económica [En línea]. Recuperado en 2017-04-16. Disponible en: http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/coyuntura/article/view/2293/1851

CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO (CID). Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002). Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2007. [En línea]. Recuperado en 2017-04-07. Disponible en: http://www.cid.unal.edu.co/cidactual/index.php?option=com_content&task=view&id=185&Itemid=2&limit=1&limitstart=3

COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Principios y derechos fundamentales en el trabajo. [En línea]. Recuperado en 2017-03-01. Disponible en: http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/46-principios-y-derechos-fundamentales-en-el-trabajo.html.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev. 2 junio 2000. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/indice.htm Párrafo 6 y 11

-------- Sistema de peticiones y casos. [En línea]. Recuperado en 2017-04-27. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados partes. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES. Observación General No 9: La aplicación Interna del Pacto. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN9

-------- Observación General No 13: El derecho a la educación (artículo 13). [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13

-------- Observación General No 18: El derecho al trabajo. [En línea]. Recuperado en 2017-05-13. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=

CORDOBA, Jaime. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: Courtis, Christian. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

DE LA LAMA, Luis. Valor de las condiciones más beneficiosas otorgadas por el empleador en relación con el principio tuitivo “pro asalariado”. En: Boletín de Divulgación Social. Madrid. p. 483. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015.

ES IMPERATIVO bajar los costos laborales [anónimo]. En: El tiempo. Bogotá, Marzo 31 de 2001. [En línea]. Recuperado en 2017-12-21. Disponible en: internet: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-570988

GARCIA, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. 2ª edición. Bogotá. IEPRI. Debate. 2014.

-------- Eficacia Simbólica y narcotráfico en Colombia. En: Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes. (sep. - oct.1991). [En línea]. Recuperado en 2017-02-21. Disponible en: <http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Mauricio_Garcia_Villegas_Eficacia_simbolica_y_narcotrafico_en_Colombia_oct1991.pdf>

GAVIRIA, Alejandro. Ley 789 de 2002: ¿funcionó o no? En: Documento CEDE 2004-45 [En línea]. Recuperado en 2017-04-12. Disponible en: https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/D2004-45.pdf.

GEIGER, Theodor. Estudios preliminares de sociología del derecho. Albolote: Editorial Comares. 2001.

GOYES, Isabel e HIDALGO, Mónica. Principios del derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. San Juan de Pasto. Ediciones Unariño.

GUATAQUÍ, Juan y GARCÏA, Andrés. Efectos de la reforma laboral: ¿Más trabajo y menos empleo? En: Ensayos sobre política económica Volumen 27 No. 60 (diciembre de 2009).

GUERRERO, Guillermo. Teoría General del Derecho Laboral". Sexta edición. Bogotá. Editorial Leyer.

LAFER, Celso. Un homenaje a Miguel Reale (1910-2006). [En línea]. Recuperado en 2017-10-01. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/un-homenaje-a-miguel-reale--19102006-0/.

MACHICADO. Jorge. Jornada de trabajo y jornada extraordinaria. Sucre. Universidad San Francisco Xavier. 2010. [En línea]. Recuperado en 2017-03-12. Disponible en: http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dt11-jornada.pdf

MARQUARDT, Bernd. Derechos humanos y fundamentales, una historia del derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de occidente? Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2015.

MARTÍN, María. El debate sobre la duración de la Jornada de trabajo. En: Revista Foro Nueva Época Vol. 15 No. 2 (2012). [En línea]. Recuperado en 2017-03-21. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/41495/39594de%20MOM%20Rodr%C3%ADguez%20-%20%E2%80%8E2013

MARTINEZ MOYA, Juan. El tiempo de trabajo: Una visión jurisprudencial. En: Revista del Trabajo y asuntos sociales. No. 8 (2005). [En línea]. Recuperado en 2017-10-01. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/est03.pdf

MORALES, Leticia. Derechos sociales constitucionales y democracia. Madrid. Marcial Pons. 2015.

NÚÑEZ, Jairo. Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia Documento CEDE 2005-43. Bogotá. Universidad de los Andes. 2005. [En línea]. Recuperado en 2017-02-22. Disponible en: https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/d2005-43.pdf

OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Mitos y realidades de la reforma laboral colombiana Ley 789 dos años después. Cuadernos de Trabajo. No. 6 (2005). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.

-------- Seguimiento a la Ley 789 de 2002, de reforma laboral año 2003. Cuadernos de Trabajo. No. 5 (2004). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004.

OJEDA, Antonio. El principio de condición beneficiosa. En: Revista de Política Social. No. 134 (abril-junio 1982); p. 35. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015.

-------- El principio de condición beneficiosa. En: Revista de Política Social. No. 134 (abril-junio 1982)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En Línea]. Recuperado en 2017-11-11. Disponible en: http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015.

PINILLA, Ernesto. Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado. En: Pensamiento jurídico No. 35 (septiembre-diciembre de 2012).

QUINCHE RAMIREZ, Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. [En línea]. Recuperado en 2017-10-01. Disponible en: http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano.

RAMOS, Néstor. La filosofía de Miguel Reale. Mar del Plata. Universidad Fasta Ediciones. 2011.

REALE, Miguel. Introducción al derecho. Madrid. Ediciones Pirámide S.A. 1987.

-------- Teoría Tridimensional de Derecho. Editorial Tecnos S.A. 1997.

RENDON, Jorge. El carácter protector del derecho al trabajo y la flexibilidad como ideologías. En: ACKERMAN, Mario y BARBAGELATA, Héctor. Evolución del pensamiento juslaboralista: estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1997. p. 424. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015.

ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963.

ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: Courtis, Christian. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

SAMPER, María y VARGAS, Mauricio. Ni paras ni guerrilla. En: Revista Cambio. [En línea]. Recuperado en 2018-03-17. Disponible en: http://www.colombia.com/especiales/elecciones_2002/perfiles/uribe/entrevistas.asp

SANCHEZ, José y RODRIGUEZ, Eduardo. Manual para la defensa de la libertad sindical. Cuarta Edición Revisada. OIT. Lima.2013.

SIERRA, Humberto. Salvamento de voto. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

TAMBALEA REFORMA Laboral en la Corte [anónimo]. En: El Espectador. Bogotá, Febrero 22 de 2008. [En línea]. Recuperado en 2018-02-16. Disponible en: https://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/judicial/articuloimpreso-tambalea-reforma-laboral-corte

SQUELLA, Agustín. Algunas concepciones de la justicia. En: Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Vol. 44. 2010. p. 191. [En línea]. Recuperado en 2018-01-16 Disponible en: http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/504

UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Dereitos Fundamentais Justicia No. 3 (Abril-Junio de 2008). [En línea]. Recuperado en 2017-04-16. Disponible en: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_3.pdf

VALERO, Jorge. Derechos adquiridos en el Derecho Laboral. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2012.

VERGE, Pierre y VALLÉE Guylaine. Un droit du travail? Essai sur la specifité du droit du travail. Quebec. Editions Ivon Blais. p. 164. Citado por: PLÁ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 2015.

VILLEGAS, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomo I Segunda Edición. Ed. Rodríguez Quito. Bogotá. Citado por: Guerrero, Guillermo. Teoría General del Derecho Laboral". Sexta edición. Bogotá. Editorial Leyer.

NORMATIVIDAD

COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Comisión Séptima. Acta de comisión 008. (20, noviembre, 2002). [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=01&p_numero=008&p_consec=7314

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (19, febrero, 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0006_1945.htm

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 64. (20, diciembre, 1946). Por la cual se reforma y adiciona la Ley 6 de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=269

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 057 de 2002 Senado, 056 de 2002 Cámara. En: Gaceta del Congreso No. 471. 2002. [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 057 de 2002 Senado, 056 de 2002 Cámara. En: Gaceta del Congreso. No. 575. 2002. [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Exposición de motivos proyecto de Ley 57 de 2002 Senado. (21, agosto, 2002). Por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social. [En línea]. Recuperado en 2016-11-10. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo de Trabajo. (5, agosto, 1950). [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2663. (5, agosto, 1950). Sobre Código Sustantivo del Trabajo. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: https://positivaeduca.positiva.gov.co/matriz/web/archivo/img/12-11-2015-11-40-2015.pdf

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2341. (6, agosto, 1946). Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre trabajo nocturno y suplementario. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1438671?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 57 (21, agosto, 2002). Por la cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social. [En línea]. Recuperado en 2016-10-17. Disponible en: http://www.notinet.com.co/pedidos/Pl057de2002Senado.doc.

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 177 de 2016 Senado 172 de 2015 Cámara (13, marzo, 2017). Por medio de la cual se modifican los artículos 160, 161 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. [En línea]. Recuperado en 2018-03-08. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=2832&p_numero=177&p_consec=47458.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Duque Vs Colombia. (26, febrero, 2016). M.P. ROBERTO CALDAS, MANUEL VENTURA Y EDUARDO FERRER. [En línea]. Recuperado en 2016-08-29. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. (24, noviembre, 2006). M.P. SERGIO GARCIA, ALIRIO ABREU Y CECILIA MEDINA. [En línea]. Recuperado en 2016-08-29. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso “Cinco pensionistas” Vs Perú. (28, febrero, 2003). M.P. SERGIO GARCIA, HERNÁN SALGADO Y ALIRIO ABREU. [En línea]. Recuperado en 2016-08-29. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-493. Expediente D-10546. (5, agosto, 2015). M.P. MARÍA VICTORIA CALLE. [En línea]. Recuperado en 2017-12-05. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-493-15.htm#_ftnref32

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-593. Expediente D-10032. (20, agosto, 2014). M.P. JORGE PRETELT CHALJUB. [En línea]. Recuperado en 2017-11-02. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-593-14.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. SU-130. Expedientes T-2139563 y acumulados. (13, marzo, 2013). M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA. [En línea]. Recuperado en 2017-11-02. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU130-13.htm#_ftnref43

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-288. Expediente D-8690. (18, abril, 2012). M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. [En línea]. Recuperado en 2017-02-02. Disponible en:http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-372. Expediente D-8274. (12, mayo, 2011). M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. [En línea]. Recuperado en 2016-09-24. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-372-11.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-727. Expediente D-7670. (14, octubre, 2009). M.P. MARÍA VICTORIA CALLE. [En línea]. Recuperado en 2016-09-24. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-727-09.htm#_ftnref11

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-614. Expediente 7615. (2, septiembre, 2009). M.P. JORGE PRETELT CHALJUB. [En línea]. Recuperado en 2016-08-26. Disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/20034389?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-760. Expedientes T-1281247 y acumulados. (31, julio, 2008). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En línea]. Recuperado en 2017-11-03. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-507. Expediente D-6987. (21, mayo, 2008). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2017-10-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-507-08.htm#_ftnref80

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-257. Expediente D-6822. (12, marzo, 2008). M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-016. Expediente T-1405186. (22, enero, 2007). M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO. [En Línea]. Recuperado en 2017-08-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-477. Expediente D-5465. (10, mayo, 2005). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2017-08-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-477-05.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-177. Expediente D-5310 y D-5321. (1, marzo, 2005). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. [En Línea]. Recuperado en 2017-10-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-1031. Expediente T-949027 y T-951230. (21, octubre, 2004). M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. [En línea]. Recuperado en 2018-02-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1031-04.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-934. Expediente D-5132. (29, septiembre, 2004). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2018-02-04. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-934-04.htm#_ftnref10

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-038. Expediente D-4661. (27, enero, 2004). M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. [En línea]. Recuperado en 2016-10-21. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-025. Expedientes T-653010 y acumulados. (22, enero, 2004). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-10-30. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-873. Expediente D-4504. (30, septiembre, 2003). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-873-03.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-658. Expediente D-4426. (5, agosto, 2003). M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-658-03.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-789. Expediente D-3958. (24, septiembre, 2002). M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. [En línea]. Recuperado en 2017-05-20. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-789-02.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-595. Expediente T-444377. (1, agosto, 2002). M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA. [En línea]. Recuperado en 2017-04-10. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-453. Expediente D-3806. (12, junio, 2002). M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. [En línea]. Recuperado en 2017-12-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-453-02.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-107. Expediente D-3643. (14, febrero, 2002). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2017-12-14. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-107-02.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-269. Expediente T-503446. (18, abril, 2002). M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. [En línea]. Recuperado en 2017-01-16. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-269-02.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-1287. Expediente D-3549. (5, diciembre, 2001). M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. [En línea]. Recuperado en 2017-12-19. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-053. Expediente D-3099. (24, enero, 2001). M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER. [En línea]. Recuperado en 2018-01-26. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-01.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-611. Expediente T-404092. (8, junio, 2001). M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. [En línea]. Recuperado en 2018-01-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-611-01.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-1063. Expediente D-2784. (16, agosto, 2000). M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1063-00.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. SU-995. Expedientes T-218550 y acumulados. (9, diciembre, 1999). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-03-24. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU995-99.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-827. Expediente T-202532. (21, octubre, 1999). M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. [En línea]. Recuperado en 2017-12-18. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-827-99.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-808. Expediente T-226374. (19, octubre, 1999). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2018-01-20. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-808-99.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-024. Expediente D-1751. (11, febrero, 1998). M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA. [En línea]. Recuperado en 2016-11-11. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-024-98.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-596. Expediente D-1679. (20, noviembre, 1997). M.P. VLADIMIRO NARANJO. [En línea]. Recuperado en 2017-02-21. Disponible en:http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-596-97.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-410. Expediente D-1585. (28, agosto, 1997). M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA. [En línea]. Recuperado en 2018-02-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-410-97.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-189. Expediente D-1090. (8, mayo, 1996). M.P. JORGE ARANGO MEJÍA. [En línea]. Recuperado en 2018-01-28. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-189-96.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-207. Expediente T-54994. (12, mayo, 1995). M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ. [En línea]. Recuperado en 2018-01-25. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-207-95.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. C-168. Expediente D-686. (20, abril, 1995). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-12-05. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-168-95.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-230. Expediente T-28319. (13, mayo, 1994). M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. [En línea]. Recuperado en 2017-03-30. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-084. Expediente T-20489. (2, marzo, 1994). M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. [En línea]. Recuperado en 2017-08-15. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44297

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-406. Expediente T-778. (5, junio, 1992). M.P. CIRO ANGARITA BARÓN. [En línea]. Recuperado en 2016-09-23. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-462. Expediente T-1340. (13, julio, 1992). M.P. SIMÓN RODRÍGUEZ. [En línea]. Recuperado en 2017-11-13. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-462-92.htm

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia nro. T-006. Expediente T-221. (12, mayo, 1992). M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. [En línea]. Recuperado en 2016-09-16. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-006-92.htm