

Iter Ad Veritatem

8



Facultad de
Derecho



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA **A**
COLCIENCIAS

Iter Ad Veritatem

Tunja
Colombia

N° 8

pp. 01 - 310

Anual

2010

ISSN: 1909-9843

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
ITER AD VERITATEM
N° 8**

Tunja, 2010

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

ENTIDAD EDITORA

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

NÚMERO DE LA REVISTA

Ocho (8)

Resultado de los trabajos de 2010

Periodicidad

Anual

ISSN

1909-9843

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo: Mg. Eyder Bolívar Mojica.

Revisión inglés: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Paola Torres, Semillero de Investigación en Derecho Administrativo

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón
Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Norberto Güecha Medina
Decano de Facultad

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad París X, Francia

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Natalia Barbero
Universidad de Estudios a Distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Antioquia, Colombia.

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

CORRECTORES DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Investigador en Derechos Humanos.

Mg. Andrea Sotelo C.

PARES ACADÉMICOS

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Abogado, profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal”, de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: abogadorey@gmail.com

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Abogado, docente Investigador de la USTA- Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. (c) en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. bolivarabogados@yahoo.com.ar.

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Mg. (c) en Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo de contacto: maloma11@hotmail.com.

Mg. (c) Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; Magister (c) en responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Abogado Asesor de la Asociación de Consumidores de Manizales y Caldas; Presidente de la Liga de consumidores de Tunja; Docente de pregrado USTA Villavicencio y Tunja, y Asesor de Consultorio Jurídico.

CONTENIDO

EDITORIAL	13
PRESENTACIÓN	15
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19
Edwin Hernando Alonso Niño	
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37
Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón Lizzete Andrea Sánchez Bernal	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59
Lina Marcela Martínez Sarmiento María Antonia Perilla Cárdenas	
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos ..	75
Diego Alejandro López Laitón Mario Alfonso Villate Barrera	
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89
Nubia Lorena Daza López	
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105
El “espíritu” del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107
Nonny Carolina Benavides Martín Nayibet Isabel Acosta Roa	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119
Nayibet Isabel Acosta Roa	

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129
Edison Fernando Vargas Nieto	
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia, análisis del proyecto de ley 110 del senado	147
Luis Ricardo Carreño Garzón	
La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
Adriana Astrid Sierra Pinilla	
La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Ángela Mercedes Cárdenas Amaya	
La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Martha Angélica Salinas	
La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
Ángela Marcela Robayo Gil	
Prohibición del Tabaco: La Sentencia C-639 De 2010, proporcionalidad y ponderación	225
Fernando Tovar Uricoechea	
SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	243
La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
Sara Lorena Alba Palacios	
El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
Edwin Hernando Alonso Niño	
El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
Elizabeth Vargas Salcedo Genny Paola Espitia Raba	
Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
Martha Liliana Hurtado Pedraza	

EDITORIAL

Iter Ad Veritatem es una publicación académica destinada para la divulgación de los resultados de investigación de nuestros estudiantes, nuestro orgullo, esta cantera donde se forjan los héroes del futuro y del presente, donde se fortalecen mentes y espíritus, marca claramente nuestra vocación como institución humanista, y en donde se espera formar a quienes luchen por la justicia del mañana.

Sentencia en uno de sus memorables escritos el genio literato ruso León Tolstoi¹ que todas las luchas políticas por las diversas formas de gobierno son simplemente, como áridos campos donde se vierte sangre de compatriotas y de los cuales no se puede esperar ningún fruto. Nuestras organizaciones, Gobiernos, Estados, Instituciones, son simplemente la disposición de la leña para la hoguera, la cual, no importa como se organice, nunca podrá arder mientras esté verde, en cambio, la madera seca arde sin importar como se le coloque.

¿Qué hace el tránsito de verde a seca en esta leña?, la madurez claro está, pero madurez no es perder la alegría o las ganas de jugar, sino lograr el desarrollo integral como persona de mente abierta y un espíritu firme, ser maduro en el espíritu significa ser un ciudadano ético. Y por lo tanto, la única educación consiste en formar en y para la ética.

Ética que si solo es moralidad, se traduciría en impotencia, pero si solo se tiene la fuerza y la sabiduría se convertiría en un monstruo ilustrado. Por eso como humanistas y educadores creemos en la formación integral de nuestros estudiantes para que simultáneamente y sin priorizar alguna, se forje en su espíritu la luz y la templanza, sinónimos de moral y sabiduría, las cuales vencen en términos de Santo Tomás, la doble oscuridad en que hemos nacido, el pecado y la ignorancia.

El editor.

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

1 León Tolstoi, Obras completas. Editor Carbonell y Esteva, 1905

PRESENTACIÓN

Dentro de la panorámica investigativa de la Teoría del Derecho se encuentran múltiples estudios en busca de la permanente visualización del dinamismo de las ideas filosóficas del Derecho, que conforman los elementos esenciales de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los mecanismos de protección conforme a la validez jurídica, la moralidad y la persecución de la eficacia de los derechos que protege, al priorizar el derecho sustantivo frente al derecho procesal y el procedimental.

Por lo tanto, la Revista *Iter Ad Veritatem* N° 8 ha querido enfatizar en la sección Segunda con la “Fundamentación del Derecho” en sus distintas ramas como civil, penal, laboral y constitucional; al analizar históricamente la institución jurídica de la propiedad y el trasfondo de la pena en Colombia; la realidad actual de las garantías laborales, la seguridad vial, la responsabilidad compartida entre el autor y la víctima en la comisión del delito, el derecho a la intimidad y libertad personal frente a la inteligencia estatal Colombiana, entre otros.

De igual forma, se plasman artículos producto de los diferentes proyectos y semilleros de investigación que hacen parte del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, componiendo una muestra de la producción institucional y el potencial humano con el que cuenta nuestra comunidad académica. El derecho permite observar la realidad desde diferentes aristas, bajo las cuales se discierne y se enfoca en temas de derecho público, penal y constitucional, sobre los cuales centra su atención la producción intelectual de nuestros estudiantes: los contratos por la administración pública, las operaciones de guerra u operaciones militares, la rebaja de penas por el bicentenario y otras fechas que han sido memorables para Colombia, la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y el precedente jurisprudencial, conforman la sección primera denominada “Artículos de producción institucional”.

Por otro lado, se ha dispuesto una tercera sección que hace alusión a “Temáticas internacionales, extranjeras o comparadas”, teniendo en cuenta la importancia de las telecomunicaciones en el derecho, la evolución del mismo en otros países y su aporte al ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la trascendencia del derecho en la realidad social; dentro de los temas que son abordados, encontramos el contrato electrónico, el aborto y la eutanasia, el núcleo esencial del derecho a la educación en Colombia, y la responsabilidad del perito contable en la prueba pericial dentro del proceso judicial colombiano.

Asimismo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando un grano de arena a incentivar la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines, entendiendo la investigación como convicción y legado de Santo Tomás de Aquino, en buscar cada día ser “Facientes Veritatem” (hacedores de la verdad).

Sara Lorena Alba Palacios

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**SECCIÓN II:
FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO**

LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHO LABORAL

Ángela Mercedes Cárdenas Amaya*

RESUMEN**

La regulación en materia laboral busca la defensa de los derechos de los trabajadores Colombianos, ya que además de ser un Derecho Fundamental, es un derecho social en el que se da la materialización del garantismo y la progresividad de los derechos adquiridos.

(LÓPEZ A. 2006) con ocasión a este propósito el 21 de Diciembre de 1966 Colombia firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue ratificado el 29 de octubre de 1969, esta actuación introdujo en nuestro ordenamiento jurídico preceptos como el principio de progresividad en esta materia, que por medio del bloque de constitucionalidad toma gran relevancia, pues tiene un gran alcance jurídico, pero con las reformas introducidas por el legislador a lo largo de los años, el principio de progresividad se ha visto altamente vulnerado al ser su propósito impedir que se desmejoren los derechos que tienen los trabajadores y con las nuevas reformas que se implementaron, algunos de estos derechos se han quitado o han cambiado inclusive impidiendo tener una estabilidad laboral.

* Estudiante de VIII Semestre de Derecho. 2010. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Correo electrónico: languelita@hotmail.com

** Artículo de Investigación vinculado al Semillero en Derecho Laboral y Protección de los Derechos Sociales, adscrito a la línea de investigación en Derecho Constitucional y Construcción Democrática. Grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Principio, progresividad, trabajo, Corte Constitucional, derechos, reformas, Constitución.

ABSTRACT

Labor law regulation ensures the defense of the Colombian worker's, because besides of being a fundamental right it is a social right in which we can find the materialization of the progressivity on acquired rights. (LOPEZ A. 2006) for this reason, on December 21st of 1966, Colombia signed the International pact of economic, social and cultural rights. This agreement was ratified on October 29th, of 1969 setting important concepts such the

progressivity principle in the Colombian law. Using the constitutional legal block these concepts become very relevant given their constitutional reach. However, recent reforms introduced by the Legislator throughout time have had a negative effect on the progressivity principle. The principle's main purpose is to avoid further detriment of the worker's rights. However, with the new reforms these rights have been violated or affected in such a way that workers are unable to maintain stable jobs.

KEY WORDS

Progressivity principle, job, Constitutional Court, Worker's rights, new Constitutional reforms.

SUMARIO

Metodología. Introducción. 1. Objetivos. 1.1 Objetivo general. 1.2 Objetivos específicos. 2. Problema de investigación. 3. Desarrollo. 3.1 Marco conceptual. 3.2 marco iusfundamental del derecho al trabajo. 3.3 la corte constitucional y el principio de progresividad. 3.4 La vulneración a los derechos laborales por parte del legislador. 4. Conclusiones parciales. 5. Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

El presente trabajo es eminentemente analítico- descriptivo y conceptual, se desarrolla a través del estudio documental y doctrinal respecto al concepto y aplicación del principio de progresividad en materia de derecho laboral.

El universo de estudio serán sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y el Pacto Interamericano de Derechos Políticos, Económicos y Sociales.

Además contamos con los conceptos y puntos de vista de algunos doctrinantes que permitirán un mejor análisis de las sentencias utilizadas.

INTRODUCCIÓN

El derecho laboral, es una pieza muy importante del ordenamiento jurídico Colombiano, ya que regula todos los derechos y deberes, tanto de los empleadores como de los trabajadores Colombianos, y da solución a los conflictos que se puedan

presentar entre estos. (LÓPEZ A., 2006, p. 37)

Dice Francisco Lafont (1993, p. 80) en su tratado de derecho laboral:

La protección al trabajo consagrada en la Constitución Nacional es un derecho fundamental que obliga al estado a garantizarle a todas las personas su derecho al trabajo, la garantía está enmarcada dentro de los principios de equidad consagrados en el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo. Al ser el trabajo la fuente de existencia del hombre, su protección es parte de la esencia de la función del Estado.

Con el presente artículo pretendemos hacer un análisis sobre la recepción que tiene el principio de progresividad en materia laboral por parte de la Corte Constitucional, en particular respecto de algunas reformas que se han realizado desconociendo dicho principio de progresividad.

Por lo anterior, en el desarrollo de este trabajo hacemos referencia a tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a la regulación laboral colombiana, en especial la ley 789 de 2002, que es una de las reformas laborales más importantes de la última década, y por último al estudio jurisprudencial en esta materia.

Este estudio se ocupa de algunas de las reformas laborales en las que se evidencia la vulneración a los derechos laborales y las tendencias de protección del derecho al trabajo impuestas por las altas cortes, lo anterior con el objetivo de obtener elementos que permitan realizar consideraciones del derecho laboral y el

derecho constitucional, sin olvidar los demás componentes sociales, económicos y políticos que tienen relevancia en estas áreas.

El núcleo esencial entonces son los aspectos normativos y jurisprudenciales que presentan importancia en la comprensión, aplicación y manejo del principio de progresividad.

1. OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GENERAL

Realizar una descripción preliminar de la recepción que la Corte Constitucional ha dado a la violación del principio de progresividad en materia laboral.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, en cuanto a la aplicación del principio de progresividad en materia laboral.
- Identificar las principales reformas en las que se ha vulnerado el principio de progresividad en la ley laboral.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es la respuesta que la Corte Constitucional ha dado frente a la violación del principio de progresividad en materia laboral, causada ésta, por las reformas laborales, en especial la ley 789 de 2002?

3. DESARROLLO

3.1 MARCO CONCEPTUAL

El derecho laboral se presenta como una de las más importantes ramas del derecho, debido a sus avances a través de la historia, el tema que nos ocupa en

esta ocasión, es referente a los principios del derecho laboral, específicamente a la aplicación del principio de progresividad en Colombia y su recepción por parte de la Corte Constitucional, por lo anterior es imprescindible abordar este tema observando su especialidad y haciendo claridad sobre algunos términos y conceptos que utilizaremos para desarrollarlo; así las cosas es necesario remitirnos al año de 1966 donde se creó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se reconocen los derechos inherentes a la persona como son los derechos económicos, sociales y culturales, permitiendo que con el reconocimiento de éstos se vele por la dignidad de la persona. El 21 de diciembre de 1966, Colombia firmó este pacto, que luego fue aprobado por la ley 74 de 1968, y ratificado el 29 de octubre de 1969. (PIDESC. 1966)

En este Pacto se habla por primera vez del principio de progresividad, éste debe velar porque los derechos cada vez tengan más garantías y no se vulneren aquellos derechos que se han adquirido y se tienen por el hecho de ser personas. (CERÓN J. 2008)

En la Constitución Política de 1991, se le da a los tratados internacionales un rango constitucional, mediante el artículo 93, es decir que los tratados internacionales ratificados por Colombia, hacen parte también de la Constitución y deben ser respetados como tal. En el año de 1995 la Corte Constitucional habló del Bloque de constitucionalidad, recordando que los tratados internacionales hacen parte de la Constitución Nacional y que tienen la misma importancia.

En el año 2003, la Corte Constitucional definió el bloque de constitucionalidad así:

Es aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.

Además en sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional explicó que tendrían rango constitucional los tratados ratificados por Colombia que reconocen Derechos intangibles y los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta. (UPRIMNY R. 2005)

Al respecto, Rodrigo Uprimny (2005 p.2.) explica el concepto de bloque de constitucionalidad de esta manera:

... este concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional ¿qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas

que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita.

La Corte Constitucional desarrolló una clasificación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, estableciendo dos grupos: las normas en sentido estricto que hacen referencia a las normas que tienen jerarquía constitucional y las normas en sentido lato que son aquellas que no tienen un rango constitucional pero representan un parámetro de constitucionalidad de las leyes, Rodrigo Uprimny (2005, p. 34) explica esta clasificación así:

... hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos, cuando se trate de derechos reconocidos por la carta y (vii) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales; y de otro lado para integrar el bloque en sentido lato habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas en lo pertinente.

Entonces el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, debido a que en su totalidad, reconoce derechos sociales fundamentales, por lo tanto, tiene rango constitucional en Colombia.

Lo anterior implica que el principio de progresividad debe ser respetado como un principio constitucional.

3.2 MARCO IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO AL TRABAJO

En Colombia el derecho laboral ha sufrido cambios notorios a través del tiempo, en razón al movimiento económico, político y social por los que ha atravesado la sociedad Colombiana, se observa cómo momento importante a la transición de la Constitución de 1886 a la Constitución de 1991, la primera implicó un alto contenido estatista, es decir, la norma tenía como centro de protección al Estado, mientras que la segunda se caracteriza por plantear una posición antropocéntrica, en donde lo primordial es la defensa del hombre como se evidencia desde el preámbulo de la Constitución que consagra tal como lo expresa Tobo (2006):

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

El anterior fragmento promueve la dignidad de la persona y el derecho a tener un trabajo justo y en buenas condiciones que le permita a la persona avanzar de la mano con las herramientas que le brinda el Estado, en el mismo sentido fueron desarrollados los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Así las cosas, de acuerdo con los Artículos 53 y 150 de la Constitución

Nacional, encontramos que es competencia del Congreso de la República expedir las leyes en materia laboral; No obstante el establecimiento de normas por parte del legislador, implica un ejercicio diligente de la Corte Constitucional, orientado a la protección de los derechos fundamentales y a su vez de los principios Constitucionales.

Estas leyes, deben asegurar el mínimo de derechos y garantías fundamentales, que han sido reconocidos por la Constitución y por el bloque de Constitucionalidad a los trabajadores; tratándose de derechos fundamentales es necesario concebirlos, como lo explica Robert Alexy, como una teoría de los principios, es decir, como mandatos de optimización que ordenan que la protección que da el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (ALEXY R. 1993). Por ende es claro que cuando estamos frente a derechos fundamentales como el derecho al trabajo, debe darse la mayor protección posible, para que los miembros de un Estado Social de Derecho como el nuestro tengan un desarrollo pleno e integral.

Al respecto expresa Carlos Bernal Pulido, (2005.Cáp. X) que *“Todos los derechos fundamentales, tanto los derechos sociales como los derechos de defensa de tradición liberal, los derechos democráticos, el derecho a la igualdad y los derechos de organización y procedimiento, son una institucionalización de los derechos humanos en el plano constitucional”*

Y continúa haciendo referencia a la postura de Robert Alexy frente a los derechos fundamentales, expresando: *“Robert Alexy concluye, que debe considerarse que la libertad jurídica se amplía e incluye a los*

derechos sociales en su ámbito garantizado, ó sea que los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad” (BERNAL, C. 2005, Cap. X)

Los anteriores fragmentos aclaran de forma puntual, que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados y además que los derechos humanos son derechos sociales, por lo tanto los derechos sociales también son derechos fundamentales; por otro lado debemos entender que los derechos fundamentales tienen carácter de principios.

Lo anterior podría graficarse de la siguiente forma:

DF= DH+ DS= DH+=DF DF= P DS= P

En el esquema DH= representa Derecho Humano; DF= Derecho Fundamental; DS= Derecho Social; P= Principio; += Positivizado.

Ahora, intentaremos diagramar de la misma forma el Derecho al trabajo que será representado por DW:

DW= DF DF= PRINCIPIO DW= PRINCIPIO

De esta forma evidenciamos que los Derechos Sociales como el trabajo, la salud y la seguridad social, también son derechos fundamentales y por lo tanto principios y

por esta razón deben ser respetados como cualquier otro derecho fundamental.

A su vez Carlos Bernal (2005) haciendo un análisis de los planteamientos presentados por Tugenthat (1997) respecto a los derechos fundamentales, concluye que las normas que tipifican los derechos sociales fundamentales tienen la importante finalidad de dar a los individuos del Estado las condiciones mínimas para tener una vida respetada y digna. En nuestro ámbito podríamos ilustrar esta conclusión remitiéndonos al artículo 53 de la Constitución Nacional que establece el principio del mínimo vital para los colombianos.

Por esta razón el Derecho laboral se rige por unos principios que de acuerdo a la Constitución Nacional y la ley, son de fundamental cumplimiento, y que se han creado para hacer efectiva la defensa de los derechos laborales, pues estos permiten que tanto empleadores como trabajadores sean respetados y tratados con valores, algunos de estos principios son:

- Estabilidad laboral en el empleo: Reconocido a favor del trabajador buscando una relación laboral estable.

- Primacía de la realidad sobre las formas: Este principio significa que en caso de conflicto entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los contratos escritos, debe darse preferencia a la realidad, es decir a los hechos que en verdad ocurrieron.

- Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales: quiere decir este principio conforme a la sentencia C-588 (1995) y C-006 (1996) que existe una prohibición jurídica de renunciar por

voluntad propia de las ventajas y derechos concedidos por el derecho laboral.

De acuerdo con la Sentencia C-177 (2005), uno de los principios más importantes es el de *Progresividad*, en el que se permite que el trabajador mejore su situación laboral además de ampliar la cobertura de la seguridad social.

De este principio se habla por primera vez en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966, bajo el gobierno de Carlos Lleras Restrepo y ratificado el 29 de Octubre de 1969. (GRANDES BIOGRAFÍAS DE COLOMBIA Vol. V p.283). Este Pacto compromete a los Estados parte a trabajar por los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud y la educación, es de anotar que este pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del mismo pacto. (PIDESC, 1966)

Ocupándose del principio de progresividad el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) consagra:

Artículo 2: 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.

El artículo 48 de la Constitución de 1991, consagra también el principio de progresividad en materia de seguridad social, por lo tanto este es un mandato acreditado en la Constitución Nacional, lo anterior no quiere decir que su aplicación se restrinja a esta materia, pues como veremos a continuación el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad, lo que implica que este principio también se establece para los demás derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico por eso al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-507 de 2008 reconoce la importancia del principio de progresividad en el desarrollo de los derechos sociales fundamentales, citando al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así:

La Constitución Colombiana consagra un catálogo amplio de derechos sociales, pero somete la actuación del Estado en esta materia, al llamado principio de progresividad. En este sentido, la Constitución admite que la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata. Por ello, dada la escasez de recursos, la satisfacción de los derechos sociales está sometida a una cierta “gradualidad progresiva” En este sentido, la Corte Constitucional, siguiendo el derecho internacional, ha entendido que, en general, la obligación del Estado en materia de derechos sociales, es la de adoptar medidas, “hasta el máximo

de los recursos posibles”, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos.

Es por esta razón que desde la firma y ratificación de este pacto por parte de Colombia, de acuerdo con lo establecido en la sentencia C- 507 de 2008 es obligación del Estado y sus órganos hacer respetar este principio en todos los derechos correspondientes, en particular por la naturaleza normativa de la Constitución, es decir, debe hacerse respetar en los derechos fundamentales, que como ya hemos enunciado se constituyen por la positivización de los derechos humanos al marco constitucional. (FARALLI C, 2007).

Recordemos que fue durante el transcurso del siglo XIX cuando el positivismo jurídico se convirtió en la concepción más aplicada, esta situación permitió que se consolidaran derechos y garantías constitucionales por la mayoría de los órdenes jurídicos positivos, así las cosas se generó estabilidad dentro del Estado de Derecho, caracterizado por la separación de poderes y la implementación de reglas o normas escritas, es decir, con la inserción de los derechos dentro de la Constitución se dio lugar a la organización y codificación dentro del Estado y la legislación se convierte en una realidad. (NOGUERA R. 2002).

Algunos autores han profundizado sobre el tema del positivismo, haciendo análisis y estudios, como es el caso de Norberto Bobbio que definía el positivismo como “*El modelo de una teoría formal del derecho, es decir, de una teoría que estudia el derecho en su estructura normativa independientemente de los valores a los que sirve esa estructura como también del*

contenido que ella encierra" (FARALLI C. 2007 p. 13)

De lo anterior, podemos observar que el derecho empezó a tener contenido obligatorio desde que se institucionalizó de forma escrita y esto fue un paso importante para llegar a la concepción actual del Derecho, pero además, se hace necesario resaltar que con la llegada del Constitucionalismo, toman relevancia nuevos aspectos, como el de la aplicación de los principios constitucionales, lo que permite que actualmente puedan ser usados para la toma de decisiones judiciales, primando estos sobre las reglas. (FARALLI C. 2007).

Al respecto Carla Faralli (2007, p. 36) manifiesta: "*Las constituciones que corresponden al modelo de Estado Constitucional se diferencian en relación con el modelo del estado de derecho precisamente porque encierran principios en los cuales se expresan decisiones valorativas que se imponen al legislador*".

Por esta razón gracias a los grandes aportes del Constitucionalismo entendemos que los principios son parte esencial del ordenamiento jurídico, siendo estos los que impiden la vulneración de los derechos de los integrantes del Estado.

Luego de estas pequeñas referencias al positivismo, es claro que cuando un ordenamiento jurídico, sea éste nacional o internacional incorpora derechos, por medio de la Constitución o la legislación, estos toman fuerza jurídica y tienen reconocimiento práctico, es decir aplicado a nuestro tema de estudio, se tratará del reconocimiento que se hace del principio de progresividad y de la fuerza vinculante que emana de los postulados de la Carta

Magna y de la articulación de normas supranacionales con el ordenamiento jurídico interno.

Es claro en este punto que nuestra Constitución está enmarcada en el paradigma iusfundamental moderno que vela por las garantías de los integrantes del Estado, que perteneciendo a un Estado Constitucional moderno cambia algunas características de la Constitución anterior.

Miguel Carbonell (1998, p. 2) explica que según Luís Prieto Sánchez:

Los rasgos fundamentales del Estado Constitucional contemporáneo son los siguientes de forma sintética: valor en vez de norma, ponderación en vez de subsunción, omnipresencia de la constitución en vez de independencia del derecho ordinario y finalmente omnipotencia judicial apoyada en la constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la constitución.

En el mismo sentido se pronunció Rodolfo Arango (2005, p. 6) en el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en México señalando que "*En Colombia, gracias a una serie de factores se logró una Constitución Sustantiva con gran contenido en materia de protección y al mismo tiempo unos mecanismos de acción y de justicia constitucional efectivas que ayudan a la consecución de estos derechos*".

Por estas razones, insistimos en que es deber de la Corte Constitucional y del Congreso de la República respetar esta Constitución para que se puedan lograr los objetivos que ésta busca como es la protección de los derechos y principios que tienen los Colombianos.

3.3 LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Por mandato contenido en el artículo 241¹ de la carta política, ha sido la Corte Constitucional la encargada de defender la Constitución y por lo tanto tiene el deber de defender el derecho al trabajo que desde el punto de vista constitucional es un valor.

En sentencia C- 038 de 2004, la Corte Constitucional consigna:

Los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no son los únicos que limitan la libertad de configuración del Legislador cuando adelanta una reforma laboral. Existe otra restricción en este campo, que es a primera vista menos obvia, pero que tiene un sustento normativo, doctrinario y jurisprudencial muy claro, y es la siguiente: la Constitución hace del trabajo no sólo un derecho fundamental sino que además éste es un principio y valor del ordenamiento, por lo cual el Estado tiene el deber de protegerlo especialmente (C.P. Art. 1° y 25).

En Colombia para la Corte Constitucional, existen principios, reglas y valores: los Principios “*son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato, las reglas son mandatos definitivos, ordenan, permiten o prohíben algo de modo definitivo o conceden autorizaciones sobre esto mismo*”(QUINCHE M. 2008, p.6), y los valores conforme a la sentencia C-1287 de 2001 “*son definitorios a la hora de resolver una 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*”.

En esta ocasión nos referiremos a los principios en el entendido que son mandatos de optimización, buscan el mejor resultado posible según las posibilidades fácticas y jurídicas y siempre están vigentes. (QUINCHE M. 2008).

Los principios se ponderan, es decir se realiza un test de proporcionalidad que debe ser idóneo, necesario y proporcional.

Por esta razón la Corte Constitucional en sede de tutela, mediante acciones populares, de grupo, cumplimiento o mediante la acción pública de inconstitucionalidad, debe velar porque el derecho al trabajo y los derechos laborales sean respetados. Y de esta forma que el principio de progresividad no sea vulnerado. Es así como en diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado en pro de la defensa de los derechos laborales con la ayuda de la interpretación de los principios que rigen esta materia.

Respecto a la mencionada defensa de los derechos laborales la Corte Constitucional en sentencia C-035 de 2005, manifestó:

Un ejemplo de los límites se encuentra en la obligación constitucional de propender por la imposición de medidas laborales que se sujeten al **principio de progresividad**, conforme al cual una vez alcanzado un determinado nivel mínimo de protección al trabajador en el perfeccionamiento de sus derechos, la amplia libertad de configuración del legislador en la definición de las garantías sociales se ve restringida, prima facie, ante la imposibilidad de establecer medidas que impliquen un retroceso en dicho nivel jurídico de protección.

1 Art. 241 Constitución Nacional: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...”

Es por esta razón que la Corte Constitucional debe impedir que se den estos retrocesos que a veces el legislador propone e impone con sus nuevas reformas.

Para impedir que se presenten dichos retrocesos encontramos la existencia de límites constitucionales como los principios mínimos del trabajo, previstos en el bloque de constitucionalidad, la Sentencia C- 038 de 2004 consagra:

La restricción más obvia es que cualquier reforma laboral debe respetar los principios constitucionales del trabajo, los cuáles limitan la libertad de configuración del Legislador en este ámbito. Por ejemplo, es evidente que si el artículo 53 superior establece la existencia de un salario mínimo y el principio de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales, entonces una reforma laboral no puede suprimir esos mandatos constitucionales. Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los “derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de Derechos Humanos

ratificado por Colombia, que se refiera a Derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación en sentencia C-038 de 2004 que el inciso segundo del artículo 93-2 “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”. Y específicamente sobre la integración de los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad”

Rodrigo Uprimny (2007) en su artículo de la Revista Semana denominado “Enorme Desliz Constitucional”, manifiesta:

La pregunta que surge es entonces si una ley puede recortar garantías y derechos que los trabajadores habían conquistado anteriormente. Y la respuesta es en principio negativa, pues los tratados de derechos humanos relativos a los derechos sociales como el derecho al trabajo establecen el llamado principio de progresividad, según el cual, el deber del estado es avanzar día a día para asegurar una satisfacción cada vez mayor de dichos derechos. Una consecuencia obvia de dicho principio, que también tiene en Colombia rango constitucional es entonces la llamada prohibición de retroceso según la cual los estados no pueden disminuir el grado de protección ya alcanzado frente a un derecho social.

En la Sentencia T-1013 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se reitera que debido al principio de progresividad establecido en nuestro ordenamiento mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hace parte de nuestra Constitución por intermedio del bloque de constitucionalidad, no debe existir un desmejoramiento de las prestaciones que otorga el Estado, ya que este mismo es el que debe garantizar el desarrollo de estos derechos y que cada día sea más amplia su cobertura, por esta razón es que no puede permitir retrocesos en este sentido.

Por esta razón es que el principio de progresividad tiene plena validez constitucional, debe ser respetado por el legislador y no debe permitir un retroceso a los derechos que tienen los trabajadores, además se debe tener en cuenta que el principio de progresividad va de la mano con los otros principios que regulan el derecho laboral y los derechos de los trabajadores, ya que este principio es el que impide que los otros se vulneren.

Robert Alexy (2004) explica que la competencia del legislador debe verse limitada por los derechos sociales fundamentales, en este caso los derechos prestacionales y el derecho al trabajo, y esta competencia se ve restringida precisamente porque éstos siendo derechos sociales **fundamentales** no pueden ser vulnerados por el legislador con sus reformas aún cuando se presenten crisis económicas, pues ahí es cuando precisamente estos derechos deben estar más protegidos.

Evidenciamos que surge un nuevo reto para la Corte Constitucional, a continuación intentaremos ilustrarlo, empezaremos por decir que hemos venido refiriéndonos a

derechos sociales, derechos fundamentales y al principio de progresividad, pero es preciso que ubiquemos nuestra atención en una nueva postura frente al manejo de los derechos fundamentales, pues como lo menciona Robert Alexy (2004 p.13) en la traducción realizada por Carlos Bernal Pulido del “epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, y como lo mencionamos anteriormente “*los derechos fundamentales tienen carácter de principio.*”

Lo anterior nos invita a pensar que las medidas legislativas en materia laboral, tendientes a sacrificar derechos individuales como por ejemplo los derechos que se derivan de la relación laboral, y destinadas a favorecer derechos colectivos en Colombia dejan a la vista un conflicto de principios, debido a que el derecho al trabajo en su categoría de derecho fundamental es un principio, es decir un mandato de optimización que debería propender por mejorar las oportunidades de empleo; a su vez encontramos el principio de progresividad que busca que no se desmejoren los derechos que tienen los trabajadores, este derecho al trabajo se enfrenta al principio de progresividad en el mismo momento en que dentro del congreso se plantea el sacrificio de algunos de los derechos laborales obtenidos por los trabajadores para así crear empleo y por eso se hace preciso realizar el denominado test de proporcionalidad o racionalidad para ponderar el derecho al trabajo y el principio de progresividad a fin de solucionar esta situación.

De acuerdo a Robert Alexy, cuando hay una ponderación que esté orientada a perseguir unos objetivos, como sería el caso de la ley 789 de 2002, cuyo propósito según el legislador era aumentar el empleo en el país, es necesario sacrificar algunos

derechos individuales para lograr los colectivos, como planteaba el legislador en el momento de realizar la ley 789 de 2002, se sacrificarían algunos derechos de los trabajadores para que de esta forma aumentara el empleo en el país, por eso en ese momento la Corte Constitucional declaró exequible la ley 789 de 2002. Pero la pregunta que nos planteamos es: ¿Qué pasa si no se cumple con el objetivo de la ley? ¿Dónde quedan los derechos de los trabajadores y la prohibición de regresividad que se vulneró? Es muy importante que mediante este test de ponderación y razonabilidad se evalúen todos los criterios que intervienen en esta situación.

Carlos Bernal (2005) explica que en el principio de proporcionalidad intervienen tres subprincipios que son la idoneidad, es decir, que debe ser pertinente para alcanzar un fin legítimo; la necesidad, es decir, que debe realizarse la medida más favorable en el derecho; y proporcionalidad en sentido estricto, quiere decir esto que los sacrificios realizados por el titular del derecho deben ser compensados con las ventajas que se obtengan de la intervención del derecho.

Además Carlos Bernal (2005, Cáp. X) dice que *“Toda intervención en los derechos fundamentales que no observe las exigencias de estos subprincipios (Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), es ilegítima y por lo tanto debe ser declarada inconstitucional.”*

Desde este punto podríamos analizar las reformas laborales e inferir que éstas no han cumplido con sus objetivos, han violado la prohibición de regresividad, no han compensado los sacrificios de los trabajadores y por lo tanto se encuentra

en una flagrante violación al principio de progresividad.

3.4 LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES POR PARTE DEL LEGISLADOR

A lo largo del tiempo en el Congreso se han debatido las normas que regulan el derecho al trabajo y en ocasiones han expedido leyes que en su contenido han desmejorado la situación y los derechos laborales de los trabajadores Colombianos, particularmente es el caso de la Ley 789 de 2002, y es en este punto en donde debemos preguntarnos ¿Por qué es permitido desmejorar la situación laboral de los trabajadores colombianos, cuando la constitución colombiana contempla una clara protección de los derechos de los trabajadores? ¿Es posible evadir el Control Constitucional?, a continuación, intentaremos dar respuesta a estos interrogantes y para ello acudiremos a Manuel Quinche (2009 p. 19), que tal vez ocupándose de las preguntas que hemos enunciado, nos explica el fenómeno de la “Elusión Constitucional” que él define como una “manipulación, una articulación de un ingenioso aparato, de un juego del poder, por el que son adoptados procedimientos o maniobras formalmente válidas, encaminadas a la adopción de textos normativos (leyes, reglamentos, tratados públicos, decretos), que evaden el ejercicio del control constitucional sobre ellos”.

Esta puede ser la razón por la que en diferentes ocasiones las leyes reformativas de la legislación laboral, siendo sometidas a control constitucional por medio de acción pública de inconstitucionalidad, son declaradas exequibles y siguen vigentes

en nuestro ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esta situación se presenta en la ley 789 de 2002, que fue demandada por inconstitucionalidad ante la corte constitucional, pero fue declarada exequible en sentencia C- 038 de 2004 aduciendo que el legislador en las justificaciones que dio al realizar esta reforma, pretendía promover el empleo en el país y al mismo tiempo mejorar la economía.

Podemos observar que el legislador utiliza un pretexto que bien podría ser válido en el momento de analizar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que las razones que da el legislador para introducir la reforma son convincentes desde el punto de vista económico, y por esta razón la Corte Constitucional declara exequibles los apartes de la norma, pero que se evidencia con el tiempo que no consiguen sus propósitos de aumentar el empleo y si se desmejoran las situaciones laborales de los trabajadores Colombianos.

Con esta ley se disminuyó el horario en el que empieza el recargo nocturno y por lo tanto su remuneración: “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.).”(Ley 789 de 2002)

Antes de esta reforma el trabajo nocturno empezaba desde las 6 de la tarde y terminaba a las 6 de la mañana, es decir que las personas que trabajaban en ese horario recibían una remuneración

por recargo nocturno desde las 6 de la tarde hasta las 6 de la mañana, pero con esta reforma las personas que trabajan en ese horario dejaron de recibir el recargo nocturno desde las 6 de la tarde y lo empiezan a recibir desde las 10 de la noche. El texto anterior consagraba: “*Texto original del Código Sustantivo del Trabajo (1999): Art. 160: 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.)*”

Al respecto de esta ley dice Rodrigo Uprimny (2007) en la Revista Semana:

Esa reforma no es una ley cualquiera, pues tiene la siguiente particularidad: disminuyó la protección legal del derecho constitucional al trabajo, pues recortó conquistas de los trabajadores colombianos. Por ejemplo, la reforma amplió la jornada diurna hasta las 10 de la noche, mientras que antes esta iba únicamente hasta las 6. Por ende, debido a ese cambio, las personas que trabajan entre las 6 y las 10 de la noche dejaron de recibir el recargo por trabajo nocturno. Igualmente, la reforma redujo de 100 por ciento a 75 por ciento el recargo por festivos y dominicales; también disminuyó las indemnizaciones por despido en los contratos a término indefinido. Estos recortes afectaron especialmente a los trabajadores de bajos salarios que eran quienes más se beneficiaban de esos recargos.

Esta misma ley cambio el régimen de indemnizaciones ya no se tiene en cuenta la antigüedad del trabajador sino el monto del salario, también disminuyó la remuneración de domingos y festivos y acabó totalmente con la indemnización

moratoria y la cambió por el pago de un interés moratorio. (Código Sustantivo del Trabajo, 2010)

Esta ley fue demandada mediante acción de inconstitucionalidad argumentando que violaba el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales, pero la corte en sentencia C- 038 de 2004, declaró constitucional la ley aduciendo que una persona no puede oponerse a las nuevas reformas porque esto conduciría a un estancamiento de la legislación, además que las meras expectativas pueden ser modificadas. (UPRIMNY R. 2007).

Rodrigo Uprimny (2007 p. 12) sobre esta reforma manifiesta:

Esta decisión fue criticada por diversos sectores sociales. Los sindicatos y muchas organizaciones sociales argumentaron que era ilegítimo limitar un derecho social, para el caso concreto reducir las garantías laborales, con el fin de incentivar el desarrollo económico. Una perspectiva tal reducía la dimensión normativa de los derechos que busca proteger aspectos fundamentales para la persona individualmente considerada, en razón a cálculos utilitarios que buscan maximizar los beneficios de la mayoría. Otra de las críticas provino de ciertos economistas que señalaron que era muy discutible, desde el punto de vista de ciertas teorías económicas, que estas medidas de flexibilización laboral fueran efectivas para promover la generación de nuevos empleos.

Pero el anterior es solo un ejemplo de las varias reformas laborales que han desmejorado la situación de los trabajadores colombianos violando así el principio de

progresividad; conozcamos otras reformas y las situaciones que modificaron:

En el año de 1990 se promulga la ley 50, la cual introduce algunas reformas al Código Sustantivo del Trabajo, como permitir que se establezcan contratos a término fijo inferiores a un año, impidiendo de esta manera que el trabajador tenga una estabilidad y pueda mejorar su situación laboral.

El artículo 3 de la ley 50 de 1990 consagra:

El artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 4 del Decreto-ley 2351 de 1965, quedará así: Artículo 46. Contrato a término fijo. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

Parágrafo. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo

laborado cualquiera que éste sea (Ley 50 de 1990).

Conozcamos el Texto Original del Código Sustantivo del Trabajo (1989) antes de la ley 50: “*Art. 4: Contrato a Término fijo: El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no debe ser inferior a un año ni superior a 3 pero es renovable indefinidamente*”.

De esta manera observamos claramente que con la reforma se desmejoró la situación de las personas que trabajan con contratos a término fijo poniendo en riesgo su estabilidad laboral.

En el año de 1993 la ley 100 introdujo al ordenamiento jurídico Colombiano los siguientes retrocesos en materia laboral: privatizó aún más los derechos de los trabajadores, en materia de pensiones incrementó el tiempo de cotizaciones, y la edad desconociendo el principio de progresividad.

En el año 2003 con la ley 860, se reformó la ley 100 cambiando en materia de pensiones, para la pensión de vejez subió a 1300 semanas de cotización, para la pensión de sobrevivientes aumentó los requisitos a 50 semanas y para la pensión por accidentes o enfermedad común, exige el 20% de fidelidad en el sistema.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T- 1013 de 2008, manifiesta:

Se deduce, a simple vista, que las condiciones para poder acceder a la pensión de invalidez se hicieron más gravosas con la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior da cuenta de un retroceso en materia de los requisitos para acceder la pensión de invalidez pues de una exigencia de 26 semanas de

cotización anteriores a la ocurrencia de la invalidez o de 26 semanas en el último año, en la actualidad, para invalidez producida por enfermedad, se exige mínimo 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la ocurrencia de la invalidez y una fidelidad con el sistema de al menos un 20% desde el momento en que la persona cumplió 20 años de edad y el momento en que se configuró la invalidez. Se reitera entonces, que existe retroceso en cuanto a los requisitos establecidos con el fin de acceder a la pensión de invalidez tanto por enfermedad como por accidente, contrariando el principio de progresividad. Recuérdesse que a la luz de las normas internacionales que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad se encuentra prohibida toda medida regresiva que no se encuentre plenamente justificada por el legislador.

Podemos observar claramente que la Corte Constitucional evidencia la violación al principio de progresividad, ya que el legislador realizó un retroceso a los derechos que tienen las personas en seguridad social, e impidiendo que muchas personas que necesitan acceder a la pensión, no lo pueden hacer por la nueva regulación que aumentó los requisitos para acceder a la pensión.

En el 2005, con el acto legislativo No. 1, se acabaron los regímenes exceptuados, los regímenes especiales y el régimen de transición. También acabó con los regímenes pensionales convencionales, en este momento no existe una convención colectiva que esté otorgando una pensión.

4. CONCLUSIONES PARCIALES

La Corte Constitucional en los fallos que ha proferido en sede de Constitucionalidad,

en materia de derechos laborales desde el punto de vista de la aplicación del principio de progresividad, ha expresado una posición clara, que señala que no se pueden dar retrocesos en los derechos que le han sido reconocidos a los trabajadores, pues se deben ir desarrollando de forma progresiva y su plena efectividad debe darse por los medios apropiados.

A pesar de la entrada en vigencia el 3 de enero de 1976 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de conformidad con el artículo 27 del mismo, observamos que en repetidas ocasiones se han desmejorado los derechos de los trabajadores y que en estas situaciones se ha vulnerado de forma flagrante el principio de progresividad.

De la adecuada comprensión por parte del legislador del principio de progresividad dependerá una correcta producción legislativa en materia laboral.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• ARANGO, R. (2005) *Fundamento filosófico de los DESC, Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México.

ALEXY, R. (2011) *Derechos Sociales Fundamentales*. Recuperado el 30 de enero de 2011 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>

ALEXY, R. (2004), *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios, Traducción de Carlos Bernal Pulido.

ALEXY R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid Centro de estudios constitucionales.

BERNAL, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá, D.C. Editorial Universidad Externado de Colombia.

• CARBONELL M. (1988). *Sobre Constitucionalismo y positivismo de Luís Prieto Sanchíz*. Revista Insomnia No 8.

• CERÓN, J. (2008) *Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Recuperado el 20 de enero de 2011 de: http://www.acj.org.co/conceptos/concep_d-7488-2008.htm

• Código Sustantivo de Trabajo (2010), Bogotá, Editorial Legis.

• CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1990) Ley 50, por la cual se introducen reformas al Código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones. 1 de enero de 1991. Diario Oficial 39.618.

• CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2002), Ley 789, 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. Recuperado el 2 de enero de 2011 de: http://www.fondoemprender.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/Ley_789-2002.pdf.

• CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2005). Acto Legislativo N° 1 (01 de julio 2005), por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Recuperado el 2 de enero de 2011 de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2005.html.

• CORTE CONSTITUCIONAL (1995). Sentencia C-225. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez. Bogotá Colombia.

• CORTE CONSTITUCIONAL (2003). Sentencia C-551 Magistrado Ponente

Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá Colombia.

- CORTE CONSTITUCIONAL (2004). Sentencia C-038. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá Colombia.

- CORTE CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia C-035. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, Colombia.

- CORTE CONSTITUCIONAL (2008). Sentencia T-752. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto. Bogotá, Colombia.

- CORTE CONSTITUCIONAL (2008). Sentencia T-1013. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy. Bogotá, Colombia.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Preámbulo, Art. 1, 25, 53, 93, 150 (2010), Bogotá, Editorial Legis.

- FARALLI, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporánea*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia.

- NOGUERA, R. (2002). *Introducción General al Derecho*. (4ª ed.). Bogotá. D.C: Universidad Sergio Arboleda.

- QUINCHE, M. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá Editorial Ibáñez.

- QUINCHE, M. (2009). *La Elusión Constitucional*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

- TOBO, J. (2006). *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá, D.C. Editorial Ibáñez. Bogotá.

- UPRIMNY, R. (2005). *El bloque de Constitucionalidad en Colombia*, Recuperado el 1 de febrero de 2011 de www.dejusticia.org

UPRIMNY, R. (2007) *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia Constitucional Colombiana*. 12. Recuperado el 5 de febrero de 2001 de www.dejusticia.org

UPRIMNY, R. (2007). *Enorme Desliz Constitucional*. Revista Semana 27 de octubre.

Contenido

Pág.

Pág.

EDITORIAL	13	La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
PRESENTACIÓN	15	<i>Adriana Astrid Sierra Pinilla</i>	
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17	La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19	<i>Ángela Mercedes Cárdenas Amaya</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>		La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37	<i>Martha Angélica Salinas</i>	
<i>Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón</i>		La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
<i>Lizzete Andrea Sánchez Bernal</i>		<i>Ángela Marcela Robayo Gil</i>	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59	Prohibición del Tabaco, sentencia C-639 de 2010, Proporcionalidad y Ponderación	225
<i>Lina Marcela Martínez Sarmiento</i>		<i>Fernando Tovar Uricoechea</i>	
<i>María Antonia Perilla Cárdenas</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.	243
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos	75	La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
<i>Diego Alejandro López Laiton</i>		<i>Sara Lorena Alba Palacios</i>	
<i>Mario Alfonso Villate Barrera</i>		El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89	<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>	
<i>Nubia Lorena Daza López</i>		El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105	<i>Elizabeth Vargas Salcedo</i>	
El "espíritu" del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107	<i>Genny Paola Espítia Raba</i>	
<i>Nonny Carolina Benavides Martín</i>		Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>		<i>Martha Liliana Hurtado Pedraza</i>	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119		
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>			
Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129		
<i>Edison Fernando Vargas Nieto</i>			
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia análisis del proyecto de ley 110 del senado	147		
<i>Luis Ricardo Carreño Garzón</i>			



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T O M Á S

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja