

**CONTRADICCIONES SOBRE DERECHOS CONVENCIONALES EN EL ACTO
LEGISLATIVO N° 01 DE 2005**

**CELMIRA BALLESTEROS RODRÍGUEZ
SINDY KATHRINE RUIZ SAAVEDRA
JOSÉ OLIVER MARROQUÍN GUTIÉRREZ**

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.
2012**

**CONTRADICCIONES SOBRE DERECHOS CONVENCIONALES EN EL ACTO
LEGISLATIVO No. 01 DE 2005**

**CELMIRA BALLESTEROS RODRÍGUEZ
SINDY KATHRINE RUIZ SAAVEDRA
JOSÉ OLIVER MARROQUÍN GUTIÉRREZ**

Monografía realizada para optar el título de abogado

Asesor.

Dr. HENRY HUMBERTO ORTEGÓN HERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.
2012**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a:

La Universidad Libre, en su esfuerzo por educar y humanizar a los estudiantes dentro de una existencia en igualdad, equidad y justicia.

A todo el cuerpo de docentes y directivas, a los Doctores Henry Humberto Ortegón Hernández y Luis Alberto Torres Tarazona, por sus asesorías en el desarrollo de este trabajo, su orientación y dedicación para el fortalecimiento de la investigación.

AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE

Fundador:

General Benjamín Herrera

Presidente Nacional:

Dr. Luís Francisco Sierra

Rector Nacional

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor Nacional

Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

Secretario General

Dr. Pablo Emilio Cruz Samboni

Presidente Seccional

Dr. Eurípides de Jesús Cuevas

Rector Seccional

Dr. Fernando Dejanón Rodríguez

Decano

Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora

Secretario Académico:

Dr. Álvaro Aljure Moreno

Director Centro de Investigación

Dr. Alfonso Daza

Director de Monografía

Dr. Henry Humberto Ortegón Hernández

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	10
1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.2 JUSTIFICACIÓN	10
1.3 HIPÓTESIS	11
1.4 OBJETIVOS	11
1.4.1 Objetivo general	11
1.4.2 Objetivos específicos	12
1.5 RESULTADOS ESPERADOS	12
CAPÍTULO II	
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL DERECHO LABORAL	13
2.1 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	13
2.2 EL DERECHO LABORAL	20
CAPÍTULO III	29
3.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	29
CAPÍTULO IV	41
4.1 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	41
CAPÍTULO V	55

5.1	EL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2005	55
5.2	CONTRADICCIÓN CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	58
5.2.1	El principio de progresividad	65
5.3	LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	69
	CONCLUSIONES	75
	BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo No. 01 de 2005, que reforma la Constitución Política introduciendo modificaciones al ordenamiento jurídico del Estado colombiano en materia laboral, con prolijo enunciado se ocupa de desarrollar normas a nivel de detalle, específicamente en el tema pensional, con la adición de incisos y párrafos al artículo 48 de la Normatividad Suprema.

Con este Acto Legislativo, el Congreso de la República desconoció que si bien puede realizar modificaciones a la Constitución Política, esa calidad de Constituyente Derivado no la puede ejercer de forma ilimitada, pues al hacerlo resulta en una sustitución que desfigura los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Al introducir estas modificaciones al orden jurídico laboral, el Legislativo se tomó atribuciones que no sólo desconocen los postulados de la organización jurídico-política interna, sino también compromisos de derecho internacional especialmente suscritos ante la O.I.T., con lo cual esta reforma constitucional lo que hace objetivamente es mutilar derechos de los trabajadores en vez de estimular la negociación que beneficie la contratación individual y colectiva.

Desde 1991, el Estado colombiano reconoce constitucionalmente en el trabajo un elemento esencial de la República, por tratarse de un derecho humano. El trabajo constituye, en tanto nivel de máximo reconocimiento a la dignidad humana, un elemento fundamental del orden estatal. Los derechos de los trabajadores son derechos humanos fundamentales que se erigen desde un plano de afirmación internacional y cuyos preceptos, en la legislación laboral interna, han sido ponderados a profundidad por la Corte Constitucional en reiteradas providencias.

Ahora, en la parte final del año 2011, cuando el Poder Ejecutivo ha propuesto de nuevo, en combinación con el Poder Legislativo, introducir otra reforma constitucional del mismo tipo, esto es, otra más restrictiva modificación al régimen pensional, es oportuno presentar esta investigación, puesto que académicamente acredita importancia por su pertinencia y actualidad en el planteamiento de un problema jurídico de interés nacional a través de un análisis que, a partir de la norma concreta, conduce hacia el sistema jurídico en los fundamentos que lo definen.

CAPITULO I

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En Colombia, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que reformó el Art. 48 de la Constitución Política, en materia laboral estableció unas nuevas reglas en el régimen pensional que se definía en la ley, además de pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos y acuerdos. Por medio de esta reforma a la Normatividad Suprema, se ha prohibido pactar condiciones pensionales distintas a las establecidas en el Sistema General de Pensiones, con lo cual se impone un infranqueable límite al derecho de negociación colectiva y a la especial protección que el Estado le debe al derecho al trabajo, dado que se impide que los trabajadores logren derechos que vayan más allá de los mínimos señalados por la ley.

Con esta reforma constitucional se han vulnerado los postulados mismos de la organización estatal, y muchas normas a partir del Preámbulo de la Carta Fundamental, dado que con la introducción de estos nuevos preceptos evidentemente se ha afectado el ejercicio del derecho de autonomía de la voluntad, así como los derechos de los trabajadores, puesto que las pensiones extralegales dejan de tener fundamentación en el ordenamiento jurídico, pero, en cambio, quienes sí resultan beneficiados son los empleadores y los intermediarios financieros del sistema pensional.

1.2 JUSTIFICACIÓN

La actualidad e importancia de la investigación se fundamentan en que hasta el presente en Colombia no se registran significativos aportes investigativos

específicos en este tema jurídico, porque si bien la Constitución Política desde 1991 definió la orientación del régimen laboral, y así mismo la ley, la doctrina y la jurisprudencia han abordado y definido lo concerniente al sistema de seguridad social integral, en especial el tema de las pensiones, sin embargo, se advierte que en el orden jurídico colombiano, respecto de la protección y garantía del derecho al trabajo, en los últimos años de este siglo XXI se han venido introduciendo unas concepciones que van en contravía del orden constitucional de Estado social de derecho.

En el orden jurídico-político, con base en presupuestos sociales y de postulados constitucionales, hay elementos económicos, legales y jurisprudenciales que facultan unas garantías y derechos de orden laboral no sólo en lo individual y colectivo, sino como derechos sociales. Esto implica la necesidad de armonizar los planos teórico y material de un Derecho Laboral que, a partir de sus fundamentos constitucionales, hasta la última de sus aplicaciones normativas, refleje una coherencia en las fuentes axiomáticas y dogmáticas de las que proviene.

1.3 HIPÓTESIS

El Acto Legislativo No. 01 de 2005, al prohibir los beneficios pensionales convencionales está en contradicción con los postulados del ordenamiento constitucional de Estado social de derecho, al tiempo que desconoce compromisos de derecho internacional e introduce una sustitución constitucional.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo general. Demostrar cómo el Acto Legislativo No. 01 de 2005, al prohibir los beneficios pensionales convencionales está en contradicción con los postulados del ordenamiento constitucional de Estado social de derecho.

1.4.2 Objetivos específicos.

- Analizar y contextualizar los referentes constitucionales laborales, en especial del Bloque de Constitucionalidad, ante las discordancias que se presentan entre la protección y garantía del derecho al trabajo, el derecho de asociación (sindicalización, negociación) y el derecho a pactar condiciones más favorables en el sistema de pensiones.
- Demostrar la sustitución de la Constitución, operada con el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

1.5 RESULTADOS ESPERADOS

Con la socialización de la investigación y su aporte a la construcción de nuevo conocimiento, los resultados esperados de este trabajo están en relación directa con los efectos jurídicos y sociales del proceso investigativo respecto de las contradicciones de la normatividad jurídica en los campos laboral y constitucional y, en lo general, en relación con la sistematización del ordenamiento jurídico de Colombia, en tanto Estado social de derecho. De allí el impacto social y su utilidad práctica en beneficio de la comunidad jurídica y la sociedad.

CAPÍTULO II

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL DERECHO LABORAL

2.1 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La organización política de la vida social dentro de la institución del Estado ha evolucionado hacia una organización jurídico-política que actualmente incluye la legitimación democrática del poder público que, sometido a normas jurídicas, es responsable de todos sus actos y su finalidad es reconocer y garantizar en todo momento los derechos y deberes de los asociados, asegurando el cumplimiento de unos principios consagrados en la Carta Fundamental, como norma de normas.

De esta manera, la concepción actual de Estado necesariamente va unida a la evolución del derecho, dado que la civilización occidental ha desarrollado instituciones, valores y conceptos jurídicos que han sido transmitidos a través de los siglos hasta llegar a constituir una tradición, tradición que periódicamente ha sido transformada, y que, en la culminación de la Modernidad, durante el siglo XX fue confrontada por factores de tensión y transformación con intensidad y dimensiones como nunca antes en tiempo tan relativamente corto. La evolución contemporánea del derecho ha ido entrelazada “con cambios esenciales en otros elementos estructurales de la vida social”¹. Modificaciones que han significado “un gran desafío a las tradicionales instituciones jurídicas de Occidente, sus procedimientos, valores, conceptos, reglas y modos de pensar”². Los valores-derechos de carácter económico, social, cultural y de solidaridad consagrados por la segunda y tercera generaciones de los Derechos Humanos, fueron acogidos

¹ BERMAN, Harold J. La formación de la tradición jurídica de Occidente. México: F.C.E., 2001, p. 33.

² *Ibíd.*, p. 48.

institucionalmente por las legislaciones estatales a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, con el reconocimiento universal de un catálogo de principios y derechos fundamentales que guían la interpretación y funcionamiento de la organización jurídico-política³.

En el constitucionalismo contemporáneo, el principio de la soberanía popular significa el punto de conexión entre la legitimación axiológica y sociológica del sistema y sus propias reglas de funcionamiento normativo. La soberanía popular es el principio orientador óptimo que maximiza la participación popular en el proceso político y, a la vez, maximiza la calidad de las decisiones y respuestas normativas. Por ello, el principio democrático de la soberanía popular, en cuanto parámetro formal de legitimidad, actúa en desarrollo del proceso participativo, no de modo arbitrario, sino respetando la estructura normativa de la Constitución, con lo cual se concreta el papel de fundamentación axiológica de la legitimidad del sistema, por asumir los fundamentos de la organización jurídico-política, y de garantía sociológica de su eficacia, en razón de una participación que asegura la aceptación y el cumplimiento de la normatividad⁴.

En principio, en un sistema de organización estatal basado en la soberanía popular, las mayorías deciden pero,

Tanto por coherencia interna (ética y hasta lógica) del sistema de legitimidad democrático como por necesidad funcional del sistema político y económico, dichas mayorías tendrán siempre que contar y tener muy presentes los intereses, deseos, aspiraciones, exigencias de las minorías como, por lo demás, de los individuos todos⁵.

³ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 32-33.

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 208.

⁵ *Ibíd.*, p. 209.

De esta manera, el orden jurídico-político constitucional originado en la soberanía popular impone un límite racional al arbitrio de quien ejerce el poder, así como también limita racionalmente las libertades de los asociados, para una praxis de convivencia incluyente sometida a criterios racionales de derechos y garantías en igualdad para todos. Es decir, una organización de la convivencia cada vez más humana, lejos de mitos e ideologías irracionales, y de la fuerza, la fantasía o el capricho, en un contexto social propicio a la resistencia y desconfianza hacia el sometimiento a cualquier clase de manifestaciones de poder autoritario. Así, el poder público legitimado por la soberanía popular implica siempre la necesidad de refrendar constantemente el ejercicio del poder mediante prácticas democráticas de participación y consentimiento popular, en un entorno jurídico-político de dignidad, igualdad, tolerancia y libertades ciudadanas⁶.

Siendo entonces la Constitución Política un programa de obligada realización, o sea, un *deber ser*, del que las leyes y demás disposiciones normativas son desarrollo y concreción, por cuanto como Ley Suprema del Estado contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política de modo que prefigura un modelo de sociedad, un modo de ordenación de la vida social, por ello la dinámica constitucional, además de conducir hacia la conexión entre norma y realidad, opera activamente al interior del sistema jurídico, dentro del cual actúa en sentido descendente (de la Constitución a las leyes), como ascendente (de las leyes a la Constitución). De este modo, la Constitución, como Parámetro Normativo Superior, que se proyecta en todo el ordenamiento jurídico, es manifestación práctica de la democracia, y en esta orientación, se comprende que “la democracia no es sólo una suma de reglas y técnicas sino una forma de vida presidida por unos valores”⁷. De aquí, según la doctrina, las funciones que una Constitución Política ha de reunir:

⁶ *Ibíd.*, p. 211.

⁷ SÁNCHEZ FERRÍZ, Remedio. Introducción al Estado constitucional. Barcelona: Editorial Ariel, 1993, p. 25.

- a. Función garantista. De coherencia con el origen de las constituciones y su sentido instrumental en favor de la libertad humana y, consiguientemente, garantista de los derechos del hombre.
- b. Función legitimadora y cualificadora del Estado constitucional, en tanto éste sólo es tal si se ordena conforme al Derecho. Pero no a un derecho proveniente del autoritarismo, sino acordado y aceptado en democracia.
- c. Función jurídico-organizativa. En la Constitución se encuentran las bases de la organización de todos los poderes públicos, debidamente sometidos a la ley y al derecho, tanto en lo referente a su composición y funcionamiento, como en lo relacionado con sus poderes propios y su articulación con otros órganos.
- d. Función integradora, unificadora y fundante del ordenamiento jurídico, cuyos elementos públicos y privados han de estar presididos e inspirados por la Constitución.
- e. Función reguladora y configuradora del sistema de fuentes del derecho. No sólo en lo que se refiere a los métodos de producción de éstas, sino a los principios y reglas que rigen el sistema de fuentes y la conexión entre sus diversos elementos.
- f. Función de defensa de los valores, o sea, la dimensión axiológica de la Constitución, fundamentada en los principios filosóficos que encaminan un Derecho Constitucional comprometido en el cuidado del acervo de valores que contribuyen a optimizar la realización del ser humano.
- g. Función transformadora. Conformada por dos vertientes: I) De progresiva consolidación del sistema democrático; II) De transformación social: derivada de los contenidos sociales de la Constitución⁸.

Como superación del simple Estado de derecho, el Estado social es formulación sustancial y real, no meramente formal, configurado por tres elementos interdependientes: democrático, social, y de derecho. Esto determina que el Estado social es mucho más, es una nueva forma de Estado que se ha levantado sobre los presupuestos formales del Estado liberal incorporando un nuevo orden estructural con sus propias características y su propia legitimidad en donde Estado y sociedad ya no son realidades separadas ni opuestas. Al asumir los valores de libertad e igualdad del individuo, se compromete en hacerlos efectivos

⁸ Ibíd., p. 23-24.

dándoles una base y un contenido material, o sea, unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real⁹.

Por consiguiente, cuando se trata del Estado social de derecho, en cuanto definición ontológica y axiológica de la organización jurídico-política, es concepción capital que significa la postulación de unos valores superiores que constituyen el principio nuclear del ordenamiento constitucional, es decir, unos postulados fundamentales que el Estado debe cumplir. Se trata de un marco de directrices del más alto nivel para el entendimiento de otros principios y reglas constitucionales respecto de los cuales es invocado como unificador interpretativo y, en tanto definición del Estado, está siempre presente como presupuesto inexcusable en el momento de interpretar el sentido de cualquier norma dentro del ordenamiento estatal¹⁰. El término “social” incorporado en la identificación del Estado, “no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”¹¹.

En Colombia, desde el mismo Preámbulo de la Constitución Política se señalan los objetivos conductores de la Normatividad Suprema, Preámbulo en el que se incorpora:

Mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos¹².

⁹ *Ibíd.*, p.144-145.

¹⁰ MADRIÑÁN R, Ramón Eduardo. *El Estado Social de Derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas G. Ibáñez, 1997, p. 97-103.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández G.

Así como la Carta Política es instaurada soberanamente por el pueblo “con el fin de fortalecer la unidad de la Nación”, así mismo esta Normatividad Máxima es instaurada para asegurar a los integrantes de la comunidad nacional un especial conjunto de valores precisados en el Preámbulo: la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

Los valores son esencias que determinan la cualidad específica de las cosas, personas o relaciones en las cuales aparecen. La significación de todo valor se caracteriza por su intemporalidad, su independencia, su inmutabilidad, su incondicionalidad y su jerarquización, todo lo cual sirve como fundamento a las normas que regulan el obrar racional de los seres humanos. De este modo, en el plano de lo ético los valores prefiguran “las exigencias universales de autonomía e inviolabilidad que hoy conocemos con el nombre de derechos humanos”¹³.

En el ordenamiento jurídico colombiano se presenta una lógica relación entre los valores especificados en el Preámbulo de la Constitución y los derechos inalienables de la persona reconocida en esta Codificación Superior. Por tratarse de concepciones incorporadas en lo jurídico, los derechos humanos se deducen de un conjunto de datos objetivos constantes que encuentran su origen en lo axiológico, de tal manera que antes de reconocerse como sujeto de derechos, el ser humano se reconoce a sí mismo como un ser moral, es decir, como un ser de actuaciones voluntarias basadas en la responsabilidad¹⁴.

En este contexto, se advierte que los valores afirmados en el Preámbulo significan: “el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”¹⁵.

¹³ BARRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo. Constitución Política de Colombia, comentada por la comisión colombiana de juristas, título II: de los derechos, las garantías y los deberes. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1997, p. 20.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 20.

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992, Op. cit.

Consecuentemente, los valores constitucionales, que no sólo se consagran en el Preámbulo sino también en el artículo 2 de la Constitución, han de ser tratados como soporte axiológico supremo en todo el orden jurídico público y privado del Estado, puesto que como fundamento del Estatuto Máximo, no están “como un agregado simbólico, o como la manifestación de un querer sin incidencia normativa”¹⁶.

Los principios fundamentales de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 1 de la normatividad, invocan el máximo respeto a la *dignidad humana*, por cuanto el Estado está fundado en esa categoría de valores. La primacía del trabajo y la democracia, así como la prevalencia del interés general, son elementos básicos que reiteran los principios de solidaridad como cimientos del edificio social. Por esta vía, la enumeración de los fines esenciales del Estado se orienta a “la vigencia de un orden justo”, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Todo esto, porque: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹⁷.

Si en el Preámbulo de la Constitución que rige en Colombia desde 1991 se hace una enumeración de los valores que se busca garantizar, ello evidencia la lógica correspondencia entre los valores enunciados en ese exordio y los derechos reconocidos y garantizados en la normatividad constitucional a partir del reconocimiento de ser una República “*fundada en el respeto de la dignidad humana*.” Y la dignidad, como atributo del ser humano, es la excelencia que toda persona tiene por su modo de ser superior y por la grandeza de su misión en el

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ BARRETO y SARMIENTO, Op. cit., Art. 2.

mundo. La dignidad de la persona surge de fundamentos ontológicos constitutivos que no admiten grados o niveles en su dimensión moral, pues, por naturaleza, la persona es un fin en sí misma¹⁸.

Todo lo que se dispone en la organización socio-política, material y moralmente en orden al bien de la persona, constituye un reconocimiento de su superioridad como ser. La dignidad de la persona significa su inviolabilidad. Toda persona, sin diferenciaciones, “en la única e irreplicable realidad de lo que es y de lo que obra, está naturalmente llamada a ocupar el primer plano en cualquier proyecto político o económico informado por ideales de progreso y civilización”¹⁹.

No cabe, en suma, ninguna duda respecto de la filosofía y valores que inspiran la organización jurídico-política estatal, más aun, cuando el artículo 5 de la Constitución Política establece: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”²⁰.

2.2 EL DERECHO LABORAL

El derecho, definido como el conjunto de reglas obligatorias que rigen las relaciones del complejo social, al actuar como instrumento de control tiene la misión de organizar la sociedad dentro de lo racional y lo justo, reconociendo en cada individuo y en la colectividad lo que les corresponde en derechos y deberes, garantizando la convivencia en orden para todos mediante la realización de unos valores propuestos como imperativo a cumplir en la organización político-jurídica.

El derecho laboral, ese conjunto de disposiciones jurídicas que rige en el ámbito de las relaciones laborales, en el orden jurídico-político colombiano deriva sus

¹⁸ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Derechos fundamentales. Bogotá: 3R Editores, 1997, p. 2-3.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 3.

²⁰ BARRETO y SARMIENTO, Op. cit, Art. 5.

alcances a partir de la Constitución Política, normativa que es orientada por los postulados sobre derechos humanos como fundamento y fin esencial del Estado. Esto identifica un ordenamiento jurídico que debe hacer efectivos los derechos humanos considerados en su integridad, siempre procurando enaltecer la dignidad humana como objetivo básico del orden constitucional²¹. Y básicamente, para el derecho colombiano, en materia de trabajo conforme los principios que definen la organización estatal, la Corte Constitucional señala que: “no basta simplemente con permitir al trabajador el desempeño de una actividad determinada, si de otra parte es realizada en condiciones de injusticia o que afecten la dignidad humana”²².

Ocurre que, según lo dispuesto en el Art. 25 de la Constitución, en todas sus modalidades el trabajo goza “de la especial protección del Estado”. Esta prescripción impone al Estado, en todos sus niveles políticos y administrativos, una política general y permanente de fomento y protección de las fuentes de trabajo y de seguridad social que lleven al esfuerzo individual y colectivo un estímulo que colme gradualmente las aspiraciones y satisfacciones naturales de la persona humana.

En anteriores tiempos, cuando regía el simple Estado de derecho o del capitalismo salvaje, toda intervención estatal en el campo del trabajo estaba reducida a tutelar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas en los contratos de arrendamiento de servicios. En cambio, hoy se acepta que el Estado debe intervenir permanente y eficazmente en la organización económica para proteger a los trabajadores respecto de temas puntuales como el desempleo, la inhumana explotación y el pauperismo. A efecto de lograr estos fines, el Estado ha de participar directa o indirectamente teniendo en cuenta principios como los de subsidiariedad y solidaridad. Subsidiariedad, creando condiciones favorables al

²¹ *Ibíd.*, p. 18.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-457 de 1992. MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Solidaridad, poniendo en defensa de los más vulnerables algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital para el trabajador desempleado²³.

Cuando el Constituyente incluye el derecho de trabajo y el derecho al trabajo entre los derechos fundamentales, otorgándoles con ello el rango jurídico en que se considera a la vida y a la libertad, se está reconociendo constitucionalmente la dignidad del trabajo -cosa ignorada por el materialismo economicista-, y se está admitiendo, al máximo nivel jurídico-político, la prioridad del trabajo frente al capital en el complejo proceso de la producción. Entendido como la primera causa eficiente de la producción, el trabajo resulta así prevalente sobre el capital, dado que el conjunto de los medios de producción sólo es una suma de cosas resultante del esfuerzo humano. Al ser estimado sobre el capital, el ser humano “conserva en todo tiempo su primacía ontológica, su plena subjetividad y su irreductible dignidad”²⁴.

En consecuencia, el trabajo, como derecho, ha de ser razonado, por una parte, como derecho de trabajo, lo cual hace referencia al derecho que tiene toda persona a escoger por sí misma el tipo de actividad u ocupación que más se ajuste a su autodeterminación como persona. Es un derecho, cuyo titular al ejercerlo asume simultáneamente una libertad y una inmunidad. Libertad, que lo faculta para ejercer cualquier actividad que no esté legalmente prohibida. Inmunidad, que lo protege contra todo acto por el cual se pretenda impedirle injustamente que trabaje, o imponerle una prestación laboral forzosa u

²³ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Op. cit., p. 305.

²⁴ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Constitución Política de Colombia, comentada por la comisión colombiana de juristas – preámbulo de los principios fundamentales de la reforma de la Constitución. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1998, p.47.

obligatoria²⁵. En Colombia, la Constitución Política, en el Art. 17, prohíbe la esclavitud y la servidumbre; y en el Art. 12, se dispone que nadie será sometido a “tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En el orden jurídico colombiano, el Art. 8 del Código Sustantivo del Trabajo, siguiendo la línea constitucional de especial protección, prescribe sobre la libertad de trabajo:

Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante resolución de autoridad competente encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos que se prevean en la ley.

Por otra parte, el trabajo, razonado como *derecho al trabajo*, significa que toda persona tiene el derecho a encontrar y mantener una ocupación que le permita asegurar su propia subsistencia y la de quienes están bajo su dependencia económica. A diferencia del derecho de trabajo, el derecho al trabajo es un derecho de carácter prestacional, es decir, que corresponde a una obligación de dar o hacer impuesta al Estado y a los empleadores. Su efectividad como derecho no sólo está en su reconocimiento legal sino en la intervención estatal sobre los procesos económicos, con la finalidad de propiciar que toda persona tenga la posibilidad razonable de desempeñarse en una actividad laboral productiva²⁶. En este sentido, el Art. 334 de la Carta Fundamental dispone que el Estado, como director general de la economía, intervendrá: “en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes”, “para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo”.

²⁵. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Op. cit. 18, p. 299.

²⁶ *Ibíd.*, p. 300-301.

Y en el inciso segundo, la norma señala que el Estado, “de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos”.

En esta misma dirección, el Código Sustantivo del Trabajo, al determinar que el trabajo es socialmente obligatorio (Art.7) y que el trabajo goza de la protección del Estado (Art.9), también en el Art. 11, que trata sobre el *derecho al trabajo*, prescribe que: “Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley”.

En el orden jurídico actual es imperativa la protección del trabajo en todo tiempo y lugar. Por ello en el Art. 215 de la Constitución Política se prohíbe claramente al Gobierno desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, incluso por medio de decretos legislativos propios del estado de emergencia, puesto que en el Estado social de derecho, aun en caso de grave calamidad pública, no le está permitido al Ejecutivo desconocer o menoscabar aquello que en forma directa o indirecta, de origen legal o con respaldo en la ley, contribuya al bienestar personal del trabajador y al de su familia²⁷.

El Estado, al proteger el trabajo ejerce una función de carácter jurídico y otra de índole social. Con la jurídica, regula los derechos y deberes referidos a la actividad laboral, en el interés de lograr que las relaciones entre trabajo y capital estén ordenadas conforme a derecho y el bien común. Con la social, se encarga de adoptar medidas destinadas a que los trabajadores alcancen un satisfactorio nivel de ocupación y estén debidamente asegurados contra riesgos y contingencias que inciden en la pérdida o disminución de los ingresos.

El régimen jurídico de protección del trabajo en el Estado social de derecho se ha de manifestar en todas las disposiciones sustantivas y procedimentales que se

²⁷ *Ibíd.*, p. 305-306.

aplican sobre esta materia. No es sólo sobre la contratación laboral y las relaciones entre trabajadores y empleadores, sino que la especial protección se extiende a todos los demás aspectos ético-sociales de lo laboral, independientemente de sus modalidades y desarrollos. Por ello, el Art. 53 de la Carta Fundamental, establece que la protección del Estado al trabajo debe concretarse en un estatuto legal, normativa cuyos principios mínimos consagra el propio Constituyente así:

- I. Igualdad de oportunidades
- II. Remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.
- III. Estabilidad en el empleo.
- IV. Irrenunciabilidad de los beneficios mínimos legalmente establecidos.
- V. Transacción y conciliación sobre derechos inciertos y discutibles.
- VI. Favorabilidad.
- VII. Primacía de la realidad sobre formalidades.
- VIII. Garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso.
- IX. Protección especial de la mujer, la maternidad y del trabajador menor de edad.

En cuanto a la protección social del trabajo, esta se materializa específicamente en la asistencia pública y en la seguridad social. La asistencia pública se ha de prestar a quienes están en debilidad manifiesta (Art.13 de la C.P.), esto es, a quienes se hallan físicamente incapacitados para trabajar, o carecen de medios de subsistencia y no tienen persona alguna que les proporcione estos medios. La seguridad social consiste en el conjunto de prestaciones asistenciales y económicas que a título de pensión, auxilio, subsidio, subsidio o indemnización prevé la ley laboral para casos de muerte, enfermedad, accidente de trabajo, invalidez, vejez o jubilación. En esta significación, el Art. 53 de la Constitución –

inciso tercero- establece: “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

Con referencia a las funciones de protección del trabajo por el poder público, estas funciones deben ejercerse especialmente para hacer efectivo el derecho de toda persona a trabajar “en condiciones dignas y justas”, tal como lo precisa la Carta Política en el Art. 25. El ordenamiento jurídico debe garantizar que las condiciones de trabajo sean dignas, atendiendo a los fundamentos mismos de la organización estatal (Art. 1 de la C.P.), por ser, en sí, digno el ser humano, sujeto de la actividad laboral y primer fundamento de su valor. Primordialmente se tiene en cuenta que por estar íntimamente vinculado al ser humano y a la realización de los fines esenciales de su vida, el trabajo ocupa el lugar más prominente en el orden social de la economía y, en tanto tal, esta relevante posición impide que se lo degrade al mero papel de mercancía, o que apenas si se le aprecie como una simple fuerza instrumental puesta al servicio de la producción. En este orden de ideas, cualquier condición de trabajo que traiga como efecto el menoscabo de la dignidad humana, es contraria al orden constitucional, lo cual incluye cualquier sistema, método o procedimiento que implique opresión o explotación del trabajador, tal como sucede con las disfrazadas formas de trabajo forzado y de esclavitud laboral²⁸.

Están en oposición al derecho a trabajar en condiciones dignas, entre otros, los abusos con las jornadas excesivas de trabajo, la generalización del trabajo nocturno, la inobservancia sistemática del descanso semanal y la violación de las normas de higiene y seguridad cuyo fin es garantizar al trabajador la vida, la integridad psico-física y la salud. Por esto, la Corte Constitucional afirma:

Se vulnera el derecho al trabajo cuando las condiciones ambientales y de salubridad en medio de las cuales se desarrolla la actividad laboral hacen que peligre la vida o la integridad del trabajador, o cuando el

²⁸ *Ibíd.*, p. 308.

trabajo debe cumplirse sin consideración a la dignidad humana de quien labora (...), cuando se desmejoran las prerrogativas laborales ya consolidadas, se desconocen las garantías mínimas o se incumple el régimen de seguridad social²⁹.

Por demás, también las condiciones de trabajo han de ser justas, en el sentido de estar en concordancia con las concepciones de justicia social o justicia del bien común, lo cual tiene por sujeto no sólo al Estado sino a todo miembro de la comunidad que tenga a su cargo responsabilidades supraindividuales. La justicia social, en tanto norma orientadora de la economía al servicio del hombre, tiene por objeto corregir la distribución de los bienes de modo que progresivamente conduzca a la desaparición del desequilibrio entre los extremos de la riqueza y la pobreza absoluta³⁰.

De esta manera, el concepto de “especial protección” que la Constitución otorga al trabajo (Art.25), no se opone al principio de igualdad, del Art. 13 de la Normatividad Superior, puesto que dar a cada persona lo suyo no siempre significa dar a todas las personas la misma cosa. En materia de justicia distributiva, se entiende que no se trata de dar a cada cual lo mismo, sino en dar a cada uno lo que le corresponde en razón de sus particulares necesidades. Con la protección al trabajo, o sea, a todo trabajo, el Estado ejerce como agente del bien común, pero no como efecto mecánico del libre juego de los intereses individuales, sino como resultado de la cooperación de todos en la tarea de crear las condiciones para la convivencia y el bienestar. Pero los valores de convivencia y bienestar no podrán alcanzarse cuando los trabajadores están desprotegidos por el poder público cuando son víctimas de las carencias o los abusos; por ello, la especial protección al trabajo es un elemento imprescindible en el Estado social de derecho, organización jurídico-política que, al fundamentarse en la legitimidad democrática, se propone desarrollar la justicia, la cual, en tanto misión del poder

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-615 de 1992. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁰ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Op. cit., p. 305-308.

público, tiene la finalidad de corregir y rectificar las situaciones que atentan contra el ordenamiento jurídico del Estado³¹.

³¹ *Ibíd.*, p. 308-309.

CAPÍTULO III

3.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el constitucionalismo contemporáneo, la concepción de los derechos fundamentales determina la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a estos derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Para los ciudadanos, los derechos fundamentales constituyen la principal garantía de la orientación del sistema jurídico y político estatal, en su conjunto, hacia el respeto y promoción de la persona humana, ya sea “en su estricta dimensión individual (Estado liberal de derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad, corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de derecho)”³².

En la normativa constitucional, los derechos fundamentales se presentan, a la vez, como un conjunto de valores objetivos básicos, así como marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. En su significación axiológica objetiva, representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado, por constituir los presupuestos del consenso sobre el que se edifica la sociedad democrática. Su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático. En la medida en que el Estado liberal de derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros

³² PÉREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 20.

límites del ejercicio del poder político, para devenir en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos³³. Por ser expresión del conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de la sociedad, contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infraconstitucional, pues se toman como punto de partida para cualquier actividad encaminada a la interpretación o aplicación del derecho, porque como postulado básico, los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que informa todo nuestro ordenamiento jurídico.

En su significación axiológica subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social. Esta ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. De hecho, en el constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan una doble función: en el plano subjetivo, actuando como garantes de la libertad individual y en defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad; en el plano objetivo, al asumir una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente promulgados.³⁴ Por ser de inmediata incidencia en la convivencia socio-política, en nuestros días las democracias admiten constitucionalmente los derechos fundamentales. Por esto, cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de derecho (liberal o social), mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. Así, de igual modo, en la medida en que se produce un mayor desarrollo en la vivencia de los

³³ *Ibíd.*, p. 21.

³⁴ *Ibíd.*, p. 25.

derechos fundamentales, en correspondencia, mayor es la armonía funcional del Estado respectivo³⁵.

En el ordenamiento jurídico-político colombiano de la Constitución de 1886, a lo largo de 105 años, el tema de los derechos humanos fue materia restringida, poco compatible con una organización estatal que no reconocía la soberanía del pueblo como origen del poder público. En este régimen de orden autoritario, los derechos y garantías individuales y colectivos de reconocimiento universal eran institucionalmente ignorados, lo mismo que los avances en la evolución del constitucionalismo moderno y los instrumentos internacionales pertinentes, y por consiguiente, la interpretación jurídica por los sectores público y privado correspondía a esta anacrónica interpretación del derecho y la democracia.

En cambio, hoy, el modelo de sociedad en democracia, razón de ser del Estado social de derecho, implica un conocimiento por todos de los contenidos del ordenamiento constitucional, lo que significa que en la praxis cotidiana cualquier persona ha de estar plenamente consciente de sus derechos y deberes en procura de una convivencia ciudadana responsable. No es la Constitución Política una normatividad cuyo conocimiento exclusivo pertenece a un estrecho círculo de privilegiados vinculados a la majestad de los profundos arcanos de la dirección de los asuntos del Estado. Por el contrario, el conocimiento de la Constitución es para todos, porque es normatividad en democracia para el desarrollo de la democracia. Nacida de la unión entre el espíritu de libertad y el espíritu de igualdad, la democracia en sí, es lucha contra la lógica de los aparatos dominantes, y por esto es protección contra el autoritarismo, que se expresa en todo género de arbitrariedades y totalitarismo. En la democracia formal del anterior Estado de derecho, ésta funcionaba con una lógica que descendía del Estado hacia el sistema político y luego hacia la sociedad civil; en cambio, ahora

³⁵ *Ibíd.*, p. 26.

la democracia funciona con una lógica que va de abajo hacia arriba, vale decir, desde la sociedad civil hacia sistema político, y desde allí hacia el Estado³⁶.

En Colombia, desde 1991, la Constitución Política de inspiración democrática y garantista, consagra una amplia normativa de derechos y garantías en armonía con los progresos del constitucionalismo contemporáneo, derechos y garantías cuya interpretación comprende un desarrollo jurisprudencial que expresa una evolución jurídica de promoción y protección de los derechos fundamentales del ser humano. El desarrollo de estos principios incluye no sólo los derechos civiles y políticos, o de primera generación, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación, así como los de solidaridad, o de tercera generación. En este nuevo orden jurídico-político, la dignidad del ser humano es un fundamento constitucional que ha originado un despliegue jurisprudencial consecuente con los postulados filosóficos del Estado Social de Derecho. En esta orientación, los derechos fundamentales, como principio ordenador del Estado, aportan una fuerza creadora que permiten al legislador y al juez formular un nuevo corpus normativo jurídico cuya función es la protección y desarrollo del postulado general. Es a partir de esta función que los derechos fundamentales comienzan a encontrar diversos espacios en la materialidad del Estado, para desarrollarse de la mejor manera, de acuerdo al contexto de la realidad socio-política. Por su naturaleza fundante, el principio de dignidad del ser humano y, de suyo, los derechos fundamentales, constituyen la más elevada referencia cuando se trata de interpretar el texto constitucional y los derechos y garantías regulados en él. De este modo, desde su poca o ninguna consideración en el anterior sistema jurídico-político, ahora, desde 1991, los derechos fundamentales tienen una relevancia superior.

³⁶ TOURAINE, Alan. ¿Qué es democracia? México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 65.

En la Constitución Política de Colombia se destaca un rasgo propio, que por su singularidad permite definir y caracterizar el espíritu de su normatividad: afirma la primacía de la persona humana sobre todas las estructuras institucionalizadas de poder en las cuales se han sustentado, a lo largo de los siglos, el desarrollo del hombre y el avance de la civilización. Cuando el Art. 5 de la Carta Fundamental expresa que el Estado “reconoce, sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona”, el ordenamiento jurídico-político se inscribe en la corriente del pensamiento contemporáneo cuya afirmación central es la existencia de la persona como ser libre y creador, cuyo primado ha de reconocerse sin salvedades ni condicionamientos. Cada uno de los miembros del género humano es, en razón de su dignidad intrínseca, el fundamento y fin de lo jurídico, porque quien habla de *persona* hace referencia a: “un ser que por exigencia de su propia naturaleza se constituye en titular de derechos, en destinatario de deberes, en actor de hechos sometidos a responsabilidades y en centro de una esfera jurídica que necesariamente le pertenece”³⁷.

En el Art.6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), se establece que: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”³⁸. Esto es, que en la esfera de lo jurídico es la personalidad el primer atributo del ser humano, es la expresión principal de la subjetividad jurídica, de su capacidad para ser sujeto de derecho. Y como bienes jurídicos inherentes a la persona, los derechos humanos de los cuales es titular, no son derechos de los cuales se es titular por otorgamiento del Estado ni de ninguna otra entidad, sino en virtud de un título que proviene de la juridicidad esencial del ser humano, una juridicidad que integra su estructura en cuanto ser, derechos que le son primordiales y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y

³⁷ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Op. cit. 23, p.7.

³⁸ NACIONES UNIDAS. Declaración universal de derechos humanos. Resolución 217A. San Francisco: O.N.U. 10 de diciembre de 1948. En: los derechos constitucionales/fuentes internacionales para su interpretación. Bogotá: Presidencia de la República, 1992, p. 714.

garantizados. En cuanto tales, los derechos humanos, en razón de su esencia y características, también son verdaderos poderes de acción que habilitan a su titular para cumplir su papel de sustancia exigente, es decir, que los derechos humanos pueden considerarse como potestades relativas a la propia existencia, o sea, que corresponden a su titular por el simple hecho de su condición humana y con independencia de los condicionamientos existenciales de etnia, sexo, nacionalidad, religión, etc.

Como conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido a los derechos humanos con las características de: congénitos, inherentes, necesarios, universales, preexistentes, limitados, inalienables e inviolables. De aquí que los derechos humanos cumplan básicamente con una triple función:

I) Protegen la autonomía y la inviolabilidad de la persona.

II) Favorecen el desarrollo integral del ser humano como individuo libre, como miembro de la sociedad y como integrante de la comunidad política.

III) Condicionan el ejercicio del poder político, manteniéndolo dentro de términos justos y racionales³⁹.

Por consiguiente, cuando la normatividad constitucional se refiere a los “derechos fundamentales” está designando a ciertos derechos reconocidos con una entidad jurídica especial, derechos que por provenir directa e inmediatamente de la condición humana, por integrar el núcleo jurídico primario de toda persona en cualquier época y en cualquier lugar, constituyen el fundamento de la comunidad política, por servirle de principio y de razón primordial. De esta manera, un derecho humano merece el calificativo de fundamental cuando tiene el carácter

³⁹ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Op. cit., p. 9-10.

originario, es decir, cuando emana de la naturaleza del hombre considerada en sí misma. Otros derechos humanos no tienen tal carácter, por cuanto dimanar de la naturaleza humana en cuanto ella se inserta en circunstancias históricas concretas creadas por la voluntad del hombre. Por tanto, a estos derechos no se les conoce como originarios o fundamentales, sino como *derechos subsiguientes*.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991, son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana". "Tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia aun de su concepción y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él⁴⁰.

Así, pues, lo que identifica como fundamentales a determinados derechos es su índole originaria. Con ello, basta. Porque en la Constitución Política no hay una enumeración taxativa de éstos, aunque como tales algunos están enunciados en el Capítulo 1 del Título II de la Codificación Suprema. Sin embargo, en realidad los derechos fundamentales también están enunciados en muchas otras partes del texto constitucional, y no es necesario que estén incluidos todos, porque no existe una lista de estos derechos, ni todos fueron objeto de tratamiento particularizado por el Constituyente. Para esto, el Artículo 94 de la Carta, establece: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"⁴¹.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571 del 26 de octubre de 1992. MP. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

⁴¹ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Leyer, 2010, Art. 94.

Y, en definitiva, en el sistema jurídico colombiano la tarea de determinar cuáles son los derechos de jerarquía fundamental no corresponde al Legislativo, sino a la Rama Judicial del Poder Público. En efecto, son los jueces los encargados de reconocer si un derecho es o no fundamental, considerando para ello, tanto la autonomía de la validez del derecho examinado, como su precisa ubicación en el marco del ordenamiento jurídico. Así lo prevé el Art.2º del Decreto 2591 de 1991, cuando expresa que una decisión judicial de tutela puede referirse “a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos”⁴².

La Constitución Política tiene en el Artículo 86 un mecanismo inmediato de protección judicial de los derechos fundamentales. De todos los derechos fundamentales, y no sólo de los que tienen expresa enunciación normativa. Este mecanismo constitucional de protección es la acción de tutela, un instrumento procesal específico y directo para obtener la salvaguarda de bienes jurídicos originarios en caso de amenaza o vulneración. Además, con la acción de tutela, la Constitución establece otros mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos: la acción de habeas corpus (Art.30), las acciones de cumplimiento (Art. 87), las acciones populares y las acciones de grupo (Art.88), la acción de nulidad (Art.237, Ord.2), y la acción de inexecuibilidad (Art.241).

Categorícamente, pues, en Colombia el principio fuente de interpretación de los derechos fundamentales es la dignidad humana. Para la jurisprudencia, la función hermenéutica de este capital principio, desde 1991 ha viabilizado la relación entre el principio fuente y los derechos fundamentales. De acuerdo con su aplicación jurisprudencial, este principio aparece como una especie de faro que permite una mejor comprensión de los derechos fundamentales, pues esclarece la naturaleza de estos derechos y ayuda a distinguir cuáles son de protección prioritaria por la

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 de 1991. “Por la cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. En: Diario Oficial N° 40.165 de 19 de noviembre de 1991.

jurisdicción. De este modo, la dignidad, en tanto fuente de interpretación, es un principio adecuado cuando se trata de conciliar las tensiones que pueden surgir entre derechos considerados fundamentales y, en consecuencia, llegar a una decisión en el caso particular. En la práctica, al analizar las decisiones de la Corte Constitucional, se puede percibir una doble función del concepto de dignidad como principio fuente de interpretación. Por un lado, el principio ayuda al juez a encontrar y a definir lo que la Corte denomina el núcleo esencial de los derechos fundamentales; por otro lado, el principio de dignidad permite al juez hacer operar una conciliación entre derechos fundamentales. La misma Corte Constitucional, mediante sentencia, señala que los jueces en su actividad hermenéutica, deberán transformar el principio (fundante) de dignidad en parámetro de la interpretación de los derechos fundamentales⁴³.

Y en la sentencia T-556 de 1998, la Corte afirma:

Es que el concepto de **dignidad humana** no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas.

En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (Art. 93 C.P.).

La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-645 de 1996. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero (negrillas en el original).

en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico⁴⁴.

De esta manera, jurisprudencial y doctrinariamente se ha tomado el principio de dignidad de la persona humana como el principio fuente de inteligibilidad de los derechos fundamentales. La dignidad actúa como principio valorativo que toma cuerpo al verse realizado por medio de la enunciación de los derechos fundamentales, a los cuales da unidad de sentido en su diversidad, facilitándoles coherencia y armonía constitucionales, y además, al funcionar como criterio procedimental y material dentro de la argumentación que conlleva al reconocimiento de los derechos.

En este orden de ideas surgen dos principios que dan fundamento jurídico a los derechos fundamentales: por una parte, el principio de preeminencia del derecho; por otra parte, el principio de dignidad de la persona humana, siendo éste último la causa del primero. En esta orientación, la verdadera razón, así como el contenido que sintetiza la preeminencia de los derechos fundamentales es la dignidad humana. Está claro que ésta confiere a la persona los derechos que ella debe gozar.⁴⁵ Esta preeminencia de la persona humana comprende igualmente sus derechos, llamados por, esta razón, fundamentales. Vale decir, que la fundamentalidad de los derechos proviene de la dignidad de la persona humana. Así, la dignidad humana viene a ser, en consecuencia, el principio “fuente” de donde surge la originariedad de los derechos fundamentales. Es la dignidad entendida como elemento fundador del sistema jurídico, lo cual equivale a asumir el principio de dignidad como “fuente de la preeminencia del derecho”⁴⁶.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-556 de 1998. MP. Dr. José Gregorio Hernández.

⁴⁵ CARVAJAL SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.77-78.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 79.

En esta secuencia operacional, la dignidad humana, como novedoso instrumento jurídico, aparece entonces utilizada por la jurisprudencia no sólo como principio-fuente, sino también como regla, como la norma jurídica a utilizar con el fin de dar una solución precisa al caso práctico de contenido particular. De este modo, puede ser utilizada para restringir o limitar a los poderes públicos y sus representantes, así como también los derechos y libertades de las personas de derecho privado. Consiguientemente, el principio de dignidad funciona dentro del derecho objetivo como derivación de la dignidad fundamental de todo ser humano, y puede ser invocado por los particulares, dentro de cada caso particular, como si se tratara de un derecho subjetivo. Esto conduce a que finalmente nos encontremos ante la aplicación jurisprudencial del principio de dignidad de la persona humana de acuerdo con la dualidad que caracteriza a todo derecho fundamental: derecho objetivo, por un lado, y derecho subjetivo, por el otro⁴⁷.

En consecuencia, se ha de tener en cuenta el tratamiento no sólo legal sino jurisprudencial que se le admite en el sistema jurídico colombiano a los derechos fundamentales, por reconocerse, hoy por hoy, la fuerza vinculante de las sentencias judiciales, esto es, que a partir de la Constitución Política de 1991, y en concordancia con las corrientes constitucionalistas del derecho, se fue incorporando un cambio de paradigma en nuestro derecho, con la incorporación del llamado “derecho de los jueces”, manifestación jurídica correlativa a la inaplicabilidad o ausencia de la ley, de los códigos y de la actividad del Legislativo⁴⁸.

En síntesis, habida cuenta del peso de las sentencias judiciales, o sea, de la prevalencia del precedente judicial, -es decir, que la jurisprudencia tiene actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano el carácter de fuente formal y

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 83-84.

⁴⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 195.

material del derecho, es propio aceptar a la jurisprudencia como fuerza vinculante. En nuestro orden jurídico, la Corte Constitucional se pronunció sobre las particularidades de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, ratificando la tesis según la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los jueces ordinarios. Disposición que, por analogía, se aplica a las demás jurisdicciones –incluyendo a la constitucional– las que deben aplicar la jurisprudencia con la misma fuerza vinculante de la ley⁴⁹.

En definitiva, con la dignidad de la persona humana, los derechos fundamentales constituyen un principio jurídico fundador, es decir, fundamento del Estado social de derecho, pues en tanto derechos, no sólo definen la convivencia socio-política, sino que son derechos de una entidad superior que permite al Legislador y al juez formular regulaciones jurídicas en función de los postulados de la Constitución Política. De aquí la dignidad de la persona humana que actúa como referente superior para el juez al momento de interpretar el texto constitucional y los derechos fundamentales. Entonces, se puede afirmar que los derechos fundamentales actúan en defensa de la primacía del derecho, siendo la jurisprudencia una expresión del nuevo rumbo de las instituciones democráticas a partir del orden jurídico-político vigente desde 1991.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 207-221.

CAPÍTULO IV

4.1 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Con la denominación “Bloque de Constitucionalidad” se entiende a las 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 mandato de la propia Constitución⁵⁰. Es decir, que la doctrina del Bloque de Constitucionalidad se refiere, específicamente, al conjunto de normas que sin figurar de manera expresa en el texto constitucional, son integradas a la Carta por su propio mandato, y por tanto adquieren su mismo rango en la jerarquía normativa⁵¹.

Para el constitucionalismo contemporáneo, con la doctrina del Bloque de Constitucionalidad entra en acción una concepción que tiene consecuencias jurídicas y políticas significativas, puesto que se admite, no sólo en teoría, sino en la práctica cotidiana, 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 escrita⁵².”

Una Constitución Política no es un código cerrado, todo lo contrario, los textos constitucionales pueden hacer remisiones expresas o tácitas a otras reglas y principios que, sin estar en la respectiva Constitución, tienen relevancia en la

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ BARRETO y SARMIENTO, Op. cit. 14., p. 435.

⁵² UPRIMNY, RODRIGO. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: O'DONNELL, Daniel, UPRIMNY, Inés Margarita y VILLA, Alejandro (Comp.) Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de la O.N.U. para los derechos humanos, 2001, p. 100.

práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen igual valor constitucional. Es decir, que existen principios y derechos que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que por expreso mandato de la propia Constitución, tienen rango constitucional. Así, el Bloque de Constitucionalidad es la forma de sistematizar jurídicamente este fenómeno, por el cual las normas materialmente constitucionales son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales. Es, pues, por imperio de la propia Constitución, como fuente suprema del ordenamiento jurídico-político, que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa⁵³.

Como expresión jurídica definida, la doctrina del Bloque de Constitucionalidad se empezó a utilizar por la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995, sin embargo, como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de esta concepción. En este sentido, la sentencia C-574 de 1992, afirma:

Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional⁵⁴.

Posteriormente, en la Sentencia T-426 de 1992, la Corte Constitucional dejó sentado que un tratado internacional de derechos humanos puede tomarse

⁵³ *Ibíd.*, p. 101.

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

La expresión "Bloque de Constitucionalidad" fue utilizada antes del 95 en las Sentencias C-4988/93, C-089/94, C-372/94 y C-555/94, pero no para referirse al concepto con la significación actual. Antes del 95, la expresión estaba dirigida a que la Constitución Política es un bloque armónico de preceptos que debe interpretarse de manera global y sistemática.

como elemento de interpretación de los derechos consagrados en el texto de la Carta Política y que, por tanto, sus disposiciones tienen jerarquía superior en el ordenamiento interno.

Luego, en este proceso de configuración, el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” fue sistematizado de manera definitiva en la Sentencia C-225 de 1995,* fallo en el cual la Corte constitucional procedió a la revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. La Corporación definió entonces el Bloque de Constitucionalidad como 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*⁵⁵.

La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el Bloque de Constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno, pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que instituye a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno. Ciertamente, el artículo 4 de la Constitución

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995, Op. cit.

Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, siempre se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Del análisis de los artículos 4 y 93 de la Constitución Política, resultaba evidente para la Corte Constitucional que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corte entendió que la única manera de conciliar dicha discordancia era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado Parte, en los que se reconocen derechos humanos -intangibles aún en estados de excepción, también tienen jerarquía constitucional y conforman, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad subordinada debe sumisión.

Respecto del Art. 93 de la Constitución Política, se observa que en el ordenamiento jurídico colombiano con esta norma se configura un monismo jurídico moderado, con prevalencia del derecho internacional, o sea, que se da la unidad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional interno, conectados al Bloque de Constitucionalidad como manifestaciones de un mismo orden jurídico. De este modo, el derecho internacional resulta siendo derecho interno -aunque de producción externa-, lo mismo que el derecho constitucional de producción interna⁵⁶.

En este orden de ideas, ya en la sentencia C-574 de 1992, la Corte Constitucional señaló:

La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario. En consecuencia, se acogió la fórmula de la

⁵⁶ REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad/aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. En: Estudios Constitucionales, Año 4, # 2. Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006, p. 300.

incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*⁵⁷.

Es, pues, incuestionable que los tratados en materia de derechos humanos, además de ser fuentes del sistema jurídico interno, también son pauta superior del intérprete en la tarea de fijar el sentido y el alcance de las disposiciones de orden constitucional y legal en las cuales se positiviza el reconocimientos de los derechos humanos. Por tanto, en el ordenamiento jurídico-político colombiano, las leyes y los actos administrativos no sólo han de ser compatibles con la Constitución, sino con las estipulaciones de los instrumentos internacionales ratificados debidamente por el Estado, que reconocen y garantizan los derechos humanos. Cualquier disposición que viole las estipulaciones expresadas en esos instrumentos “es inconstitucional y debe, por lo tanto ser excluida del ordenamiento jurídico”⁵⁸.

Después, en el año 1997, la sentencia C-358⁵⁹, vino a distinguir entre las normas situadas en el nivel constitucional, y disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

Ulteriormente, la sentencia C-191 de 1998⁶⁰, define la distinción entre Bloque de Constitucionalidad, en *sentido estricto*, dentro del cual son ubicadas las normas con rango constitucional específico, y Bloque de Constitucionalidad, en *sentido lato*, el cual se conforma por criterios, parámetros o medidores de constitucionalidad de las normas jurídicas.

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992, Op. cit.

⁵⁸ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Op. cit., p. 27.

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997, Op. cit.

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998, Op. cit.

De conformidad con lo anterior, la Constitución Política provee un marco normativo para el Bloque de Constitucionalidad, normas que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (Sent.C-067 de 2003), definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. Se trata de los Arts. 9, 53, 93, 94, 101 y 214 de la Carta Fundamental, de esta manera:

- a. Artículo 9. Preceptúa que: “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto de la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.
- b. Artículo 53. Que en el inciso cuarto define: “Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.
- c. Artículo 93. Prescribe que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.
- d. Artículo 94. Que determina: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.
- e. Artículo 101. Que en el inciso segundo establece: “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República”.
- f. Artículo 214. Que al ordenar sobre los estados de excepción, en el numeral 2, precisa: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”⁶¹.

⁶¹ ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En: Precedente, Anuario Jurídico 2004: Centro de Investigaciones Sociojurídicas. Cali: Universidad Icesi, 2004, p. 80-81.

Ratificando esta jerarquización dentro de la Normatividad Máxima, la sentencia T-483 de 1999, de la Corte Constitucional, asume los dispositivos del Bloque de Constitucionalidad como:

... Eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellos adoptados, pues estos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo." ... "La Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por los particulares, pues (...) los derechos fundamentales de los ciudadanos constituyen un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos celebrados por los coasociados⁶².

Queda entonces en claro que si bien los preceptos, principios y valores contenidos en el Bloque de Constitucionalidad irradian el contexto de toda la normatividad interna y obligan a las autoridades a adecuarla a sus disposiciones, también es cierto que las decisiones judiciales tienen que guardar similar sometimiento. De esta manera, no es sólo quien produce el derecho positivo interno, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, quienes también están obligados a seguir los lineamientos del Bloque de Constitucionalidad, puesto que en esta subordinación reside la validez jurídica de sus actuaciones.

Los funcionarios judiciales y, en general, todos quienes están en posición de aplicar el derecho, en cada caso han de tomar la norma constitucional como premisa de su decisión, con lo cual se advierten las siguientes consecuencias:

- I. Puesto que la Constitución es norma de normas, habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas, a efecto de comprobar si son o no acordes con la Normativa Superior.

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- II. Se ha de aplicar la normativa constitucional para extraer de ella la solución adecuada al litigio o, en general para interpretar o configurar de un modo u otro una situación jurídica.
- III. Se ha de interpretar todo el ordenamiento jurídico interno en armonía con la Constitución Política. Si ésta tiene eficacia directa, no será únicamente como norma de normas, sino como norma aplicable. Es decir, la eficacia de la Carta no sólo será como fuente sobre la producción del derecho, sino también como fuente de derecho⁶³.

Señala la Corte Constitucional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, *en sentido estricto*, los dispositivos jurídicos que, sin estar plasmados en la Carta, “son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional”⁶⁴. En este sentido se comprende:

- a. Las normas que aparecen plasmadas en el texto de la Constitución.
- b. Las normas y principios incluidos en el sistema jurídico por mandato constitucional establecido en el Art. 93 de la Carta.
- c. El Preámbulo de la Constitución, en cuanto tiene un poder vinculante que es, de suyo, soporte del sistema jurídico-político, dado que consagra parte de la axiología que orienta la organización estatal.
- d. Algunos tratados de derechos humanos, en tanto el Art. 93 de la Constitución no se refiere indiscriminadamente a todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, sino a aquellos derechos humanos que:

Por su naturaleza prohíben ser limitados durante los estados de excepción; es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una

⁶³ TORRES RODRÍGUEZ, Flor Alba y TORO LUCENA, Oscar Augusto. En: LONDOÑO AYALA, César Augusto. Bloque de Constitucionalidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010. p. 27.

⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998, Op. cit.

parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción⁶⁵.

- e. Los tratados de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia, por su importancia en el derecho interno respecto del conflicto armado interno y su especial aplicación aún en estados de emergencia institucional.
- f. Los convenios de la O.I.T. Hay que distinguir, respecto del Art. 53 de la Carta, cuando estipula que los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia, hacen parte de la legislación interna, pues jurídicamente no se puede predicar esta misma previsión normativa para todos los convenios. Es decir, hasta el presente han sido aprobados por Colombia solamente 55 de los 185 convenios adoptados por la O.I.T. hasta 2003⁶⁶. Entre otros, los convenios de la O.I.T. que hacen parte del derecho constitucional interno del Estado colombiano, son:
 - I. Convenios 87 y 98, sobre libertad sindical, derecho de asociación sindical y a la negociación colectiva.
 - II. El Convenio 95, sobre salarios.
 - III. Los Convenios 138 y 182, sobre trabajo de los menores de edad y edad mínima para trabajar.
 - IV. El Convenio 169, sobre trabajo indígena.

Con referencia a los convenios de la O.I.T., se reitera que unos hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y otros no, porque es la misma Corte Constitucional la que dispone específicamente cuáles convenios son los que se han de integrar a la Constitución.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁶ TORRES RODRÍGUEZ y TORO LUCENA, Op. cit., p. 30.

- g. Los derechos constitucionales innominados. En el Art. 94 de la Constitución aparece la prescripción que concibe la existencia de derechos constitucionales innominados, o sea, los no formulados en la Carta ni en los convenios internacionales de derechos humanos, pero que no han de entenderse negados por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando sean inherentes a la persona.

- h. Los tratados sobre límites ratificados por Colombia. El Art. 101 de la Carta Fundamental otorga jerarquía constitucional a estos instrumentos internacionales, al establecer que el territorio del Estado se encuentra delimitado según esos tratados⁶⁷.

También ha definido la Corte Constitucional en la Sentencia C-191 de 1998, sobre el sentido amplio, o *lato sensu*, del Bloque de Constitucionalidad, el cual:

Estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional⁶⁸.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 27-32.

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998, Op. cit.

De este sentido amplio del Bloque de Constitucionalidad, hacen parte las siguientes normas:

- Algunas leyes orgánicas, como las que regulan el ordenamiento territorial y la que determina la estructura y el Congreso de la República.
- Algunas leyes estatutarias, como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Los tratados internacionales de derechos humanos, en su sector no vinculante durante los estados de excepción. Se trata de los artículos de aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que no tengan la entidad de derechos ilimitables en los estados de excepción. Se trata de casos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el articulado que no incluye derechos humanos intangibles como el derecho a la libertad de movimiento, etc.
- La jurisprudencia de instancias internacionales. Hace parte del Bloque de Constitucionalidad la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos que opera como pauta normativa que debe ser tomada en consideración por los jueces, ya que el inciso segundo del Art. 93 ordena que los derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia⁶⁹.
- La doctrina elaborada por las entidades de Derecho Público Internacional. Se trata de la doctrina construida por los órganos internacionales de derechos humanos que no tienen vínculo jurídico directo con Colombia, tal como es el caso de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

⁶⁹ TORRES RODRÍGUEZ y TORO LUCENA, Op. cit., p. 32.

providencias que habitualmente son citadas en las sentencia de la Corte Constitucional.

Además, se pueden citar dentro de este tema otros tratados de derechos humanos, como son: la Carta Europea, la Carta Africana, la Carta Árabe, etc.

- La doctrina de expertos en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Esta doctrina internacional proviene de expertos cuyos argumentos son reconocidos en las fundamentaciones de las providencias de la Corte Constitucional⁷⁰.
- Las decisiones de la Corte Constitucional, también hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, puesto que son providencias que declaran:
 - a. Cuáles normas han de integrarse al Bloque, en sentido amplio.
 - b. Cómo operan estas normas en el sistema jurídico, disponiendo a su vez
 - c. Un desarrollo de sus contenidos de manera expresa, elaborando una verdadera estructura normativa, como es la del Bloque de Constitucionalidad⁷¹.

Estas especiales decisiones jurídicas jurisdiccionales son las que configuran el inicio, conformación, desarrollo y evolución del Bloque de Constitucionalidad *lato sensu*, aportando al sistema jurídico una extensión y proyección de formas y materias normativas que deben implicarse en el proceso de formación, adjudicación y aplicación del ordenamiento jurídico.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 35-36.

⁷¹ LONDOÑO AYALA, César Augusto. Bloque de constitucionalidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010, p. 504.

Siendo las decisiones de la Corte Constitucional prescriptivas, entonces es vital su comprensión dentro del ámbito del Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, en tanto de ellas proviene la definición y delimitación de este fenómeno jurídico, convirtiéndose estas decisiones judiciales en la fuente jurídica medular para la identificación del Bloque de Constitucionalidad. Sin este tipo de determinaciones jurisprudenciales no es posible dimensionar el concepto, estructura y funcionalidad de este Bloque, por lo que su presencia obedece a que no solamente es una institución matriz, sino que le brinda su formación y realización por ser forma y materia normativa relevante para el ejercicio jurídico, y mucho más, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha consolidado el precedente judicial que establece la institucionalidad del Bloque en sentido amplio.

En esta orientación, entendido el precedente judicial del Bloque en sentido amplio, éste resulta vinculante y obligatorio desde el punto de vista hermenéutico. De esta manera, desde cualquier plano de análisis, se concluye la esencialidad de las decisiones judiciales en la determinación del Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, situándose como su soporte edificante y, por ello, haciendo parte sustancial de su estructura y funcionamiento.

Por consiguiente, el precedente judicial hace parte del Bloque de Constitucionalidad *lato sensu* porque: a) lo fundamenta; b) lo conforma, y c) lo realiza. Por lo mismo, puede afirmarse que la jurisprudencia que edifica el Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, y éste mismo, constituyen unidad inseparable, con lo cual se asegura la pertinencia de las decisiones judiciales en esta materia⁷².

En efecto, la edificación del Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, lo mismo que en su sentido estricto, proviene de las decisiones de la Corte que

⁷² *Ibíd.*, p. 506.

concretan en la práctica la dogmática constitucional que inspira el ordenamiento jurídico estatal. Es decir, la elaboración de la institucionalidad normativa del Bloque de Constitucionalidad, deriva de la dogmática constitucional, puesto que define contenidos, posiciones y situaciones normativas que son consideradas en el ordenamiento jurídico como guías de la dinámica jurídica, y ello las hace imprescindibles por su esencialidad (Bloque estricto), o por su flexibilidad, en tanto se conciben como criterios hermenéuticos definitivos en el momento de la producción y aplicación de las normas jurídicas del sistema (Bloque amplio)⁷³.

En definitiva, se observa, pues, cómo el Bloque de Constitucionalidad funciona a la vez como cimiento del sistema jurídico y como estructura vinculante y obligatoria para la dinámica del mismo, materializada básicamente en los procesos de producción, aplicación e interpretación del derecho en todos los sectores y funciones. En consecuencia, los momentos jurídicos en los que el Bloque de Constitucionalidad se concreta, corresponden a todos y cada uno de los actos normativos que provienen de las relaciones entre los sujetos fundamentales y la institucionalidad pública o privada, puesto que el Bloque de Constitucionalidad como soporte del sistema jurídico interno debe ser acatado por todos los operadores jurídicos dentro del ordenamiento estatal. Entonces, cuando ocurre un evento de desconocimiento del Bloque de Constitucionalidad por algún operador jurídico, significa que las respectivas normas y decisiones normativas carecen de legitimidad, validez y eficacia, al dejar de lado los contenidos teleológicos y axiológicos del Bloque, que son los que concurren a precisar el derecho, vale decir, el sentido del ordenamiento jurídico⁷⁴.

⁷³ *Ibíd.*, p. 505.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 511-512.

CAPÍTULO V

5.1 EL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2005

Si bien la Constitución Política a partir de 1991 definió la orientación del régimen laboral, y así mismo la ley, la doctrina y la jurisprudencia han abordado y definido lo concerniente al sistema de seguridad social integral, en especial el tema de las pensiones, sin embargo, se advierte que en el orden jurídico colombiano, respecto de la protección y garantía del derecho al trabajo, en los últimos años de este siglo XXI se han venido introduciendo unas concepciones que van en contravía del orden constitucional de Estado social de derecho.

En sentido adverso a la evolución del derecho laboral, y argumentando razones de orden financiero en orden a proteger el sistema pensional⁷⁵, el Poder Ejecutivo, por medio de los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, tramitó en el Congreso de la República una reforma a la Constitución Política, el Acto Legislativo No. 1 de 2005, destinado a modificar el artículo 48 de la Carta Fundamental, que trata sobre la seguridad social, dejando ver en esta iniciativa la presión de la banca transnacional, cuyos paquetes crediticios siempre van acompañados de puntuales “sugerencias” que finalmente obligan a modificar el sistema de seguridad social⁷⁶.

El Acto Legislativo No. 01 de 2005 reformó profundamente el artículo 48 de la Constitución Política vigente desde 1991. A partir del inciso séptimo, con prolijo enunciado se desarrollan normas a nivel de detalle, agregando otra serie de incisos y párrafos a este artículo instaurado por el constituyente originario,

⁷⁵ LÓPEZ FAJARDO, Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2006, p. 407.

⁷⁶ SALAMA, Pierre. Sistemas de protección social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 197.

abriéndole paso a la seguridad social privada y, con ello, autorizando una separación del Estado de esta obligación.

Con esta nueva normativa se limita el monto al que puede llegar una pensión de jubilación (25 salarios mínimos legales mensuales), ampliando así la brecha entre quienes tienen pensiones superiores a cinco salarios mínimos y a los que tienen un salario mínimo legal; esto sin contar con que la mayor parte de los dineros destinados para el sistema pensional no son repartidos entre quienes reciben menos, sino entre quienes reciben más.

Ordena esta reforma constitucional que en adelante “no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo”. Se refiere aquí a los miembros del INPEC, el reputado cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria estatal.

En relación con los regímenes especiales que operaban en diversas entidades, como el Banco de la República, Ecopetrol, el Sena, el Congreso de la República y la Rama Judicial, entre otras, se dispuso su expiración para el 31 de julio de 2010.

En el caso de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al Estado, les correspondió lo dispuesto para el Magisterio antes de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003. Y para quienes se hubieren vinculado con posterioridad a esta Ley, les corresponden los derechos previstos en el Régimen de Prima Media, de conformidad con lo establecido por el Art. 81 de la Ley 812 de 2003.

Con referencia al Régimen de Transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que al entrar en vigencia este Acto Legislativo hubieran cotizado más de 750

semanas o su equivalente en tiempo de servicios, personas a las cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Tampoco se podrá recibir más de 13 mesadas pensionales al año y, como punto culminante, una substancial alteración que motiva serias reflexiones respecto del propio modelo de Estado que rige en Colombia:

El párrafo 2º del artículo 1º de este Acto Legislativo No. 01 de 2005, dispone: “no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones”.

Esta norma resulta antagónica en relación con los postulados constitucionales y la normatividad de derecho interno, así como frente a los compromisos de derecho internacional del Estado colombiano. En tanto Estado social de derecho, Colombia es una organización jurídico-política que incorpora en su fundamentación la política social. Estas bases axiológicas y teleológicas no se pueden modificar a través de una reforma normativa, a no ser que se cambie la esencia misma de la Constitución. Como connatural al Estado social de derecho, desde 1991 la seguridad social no solo se constitucionalizó, sino que está reconocida completamente en la normatividad internacional, es decir, que con respecto a la seguridad social integral hay que considerar en el orden jurídico colombiano una normatividad supranacional conforme al Bloque de Constitucionalidad.

Con relación a los compromisos de derecho internacional contraídos por el Estado colombiano, también es importante poner de presente que la seguridad social se encuentra incluida dentro de los derechos sociales y económicos, catalogados como derechos humanos bajo la denominación de derechos de contenido prestacional. De esta manera, entre los principales instrumentos internacionales

que reconocen la importancia de la seguridad social se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1998, acogidos en la legislación colombiana y que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad tal como lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política.

Al elevar el Sistema General de Pensiones a norma constitucional, se elimina toda posibilidad de establecer libremente, por medio de convenciones colectivas de trabajo, pactos laborales o laudos arbitrales, sistemas especiales de pensiones, y con ello no sólo se mutilan derechos laborales individuales y colectivos, sino que se afecta el interés general, puesto que siendo esta nueva norma del tipo restrictivo con rango Superior, con ella se menoscaban derechos y garantías en materia de seguridad social, derechos arraigados en los postulados del ordenamiento constitucional y también jurídicamente asumidos a través del Bloque de Constitucionalidad, que reconoce la prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado, como son específicos convenios de la O.I.T.

5.2 CONTRADICCIÓN CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con la instauración de la Constitución Política de 1991, en Colombia se le reconoce a la seguridad social la importancia que se le ha dado en el orden internacional para la realización de los fines del Estado social de derecho. Es el caso de los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución, que le reconocen a la seguridad social un carácter de servicio público obligatorio, derecho irrenunciable y principio de garantía a toda persona.

A nivel internacional, la teoría y la praxis sobre seguridad social que se han construido a todo lo largo del siglo XX y lo que va del XXI, constituyen un acervo de la mayor solidez, con la suficiente firmeza como para enfrentar las acometidas de quienes aún no están dispuestos a reconocer los decisivos avances en el derecho del trabajo.

La seguridad social es definida como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano. De lo que se trata es de proteger a los seres humanos contra aquellos riesgos que jamás dejan de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en donde transcurre su vida. Este tipo de medidas de protección implica que el derecho a la seguridad social ha de ser protegible judicialmente⁷⁷.

La doctrina y las legislaciones contemporáneas han reiterado el criterio según el cual los objetivos de la seguridad social, que deben comprender a todo el conglomerado social, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho, como el servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder público, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

⁷⁷ DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las pensiones - teoría, normas, jurisprudencia. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2010. p. 23.

Ratificando esta concepción, la Corte Constitucional, en sentencia C-251 de 1997, afirma: “Existe entonces una íntima relación entre la consagración del Estado social de derecho, el reconocimiento de la dignidad humana, y la incorporación de los llamados derechos de segunda generación”⁷⁸.

De acuerdo con lo anterior, como función del Estado la seguridad social tiene un carácter público, hace parte del derecho público, y su aplicación dentro del orden jurídico estatal debe responder a los principios rectores constitucionales⁷⁹. En este sentido, la seguridad social, en tanto prestación por parte del Estado, radica su razón de ser en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquiere el carácter de derecho fundamental.

Por tanto, obedeciendo a la Carta Fundamental, la articulación del sistema de seguridad social es una responsabilidad indeclinable del Estado y, en la estructuración del sistema, el legislador tiene libertad de configuración, pero en todo caso, ha de subordinarse a la Constitución.

Ciertamente, con la Carta Política de 1991, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido la constitucionalización de la seguridad social, un verdadero logro en valores y principios que viene a superar el simple planteamiento de la asistencia pública del régimen constitucional anterior. Con definición en la Normativa Superior, la instauración de la seguridad social trajo como consecuencia insoslayable su obligatoriedad para todos los operadores jurídicos, en desarrollo de un constitucionalismo antropocéntrico que establece unos derechos referidos a la concepción jurídica de derechos prestacionales⁸⁰, derechos que el ciudadano puede exigirle al Estado por estar consignados en la

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁹ DUEÑAS RUIZ, Op. cit., p. 25.

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997, Op. cit.

Constitución. En la práctica, esto significa que la Carta de 1991 propició el paso del *estatus negativo* del ciudadano al *estatus positivo*. Es decir, en el régimen constitucional anterior -de simple Estado de derecho-, el estatus negativo se manifestaba en un sistema jurídico en donde el ciudadano se defendía del Estado. En cambio ahora, con el Estado social de derecho, el estatus positivo se manifiesta en una praxis jurídica en donde es el Estado quien se defiende de las exigencias del ciudadano, por ser éste titular de derechos y garantías que lo facultan para demandar el cumplimiento efectivo de los fines a los que el Estado se ha comprometido en la Carta Fundamental⁸¹.

De este modo, el Estado colombiano al establecer la seguridad social como derecho de filiación constitucional (Art. 48 de la C.P.), también la “garantiza a todos los habitantes” como derecho irrenunciable, por tratarse de: “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”.

Como organización jurídico-política, Colombia en el artículo 1 de la Constitución Política se define soberanamente como un “Estado social de derecho”, lo cual significa la importancia fundamental de los derechos sociales, económicos y culturales, dentro de un ordenamiento que incorpora en su configuración la política social y, con ella, el derecho a la seguridad social, concreciones del derecho interno comprendidas, así mismo, dentro de unos desarrollos doctrinales y normativos establecidos y reconocidos por el derecho internacional⁸².

En efecto, el punto de partida de la incorporación del derecho laboral internacional en Colombia es la Constitución vigente desde de 1991, normatividad en la cual se

⁸¹ DUEÑAS RUIZ, Op. cit., p. 64.

⁸² *Ibíd.*, p. 70.

reconoció expresamente la internacionalización del Derecho del Trabajo, mediante los artículos 53, 93 y 94, que confieren a los tratados internacionales o principios universales de derecho impositivo o *ius cogens*⁸³ en esta materia, un status equivalente a normas de rango legal o constitucional.

Dentro de este proceso de incorporación constitucional del derecho laboral internacional se encuentra, a) por una parte, la recepción de un *Corpus Iuris* internacional de protección a los derechos humanos integrado por diferentes instrumentos, algunos generales y universales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros generales pero regionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otros universales pero especiales, tales como las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo, ratificadas por el Estado colombiano. Y b) por otra parte, el valor supraconstitucional que en el artículo 93 de la Constitución se les otorgó a los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, ratificados por el Estado y que no pueden ser limitados o restringidos ni siquiera en los estados de excepción, lo que constituyó la base conceptual para la adaptación de la concepción francesa sobre Bloque de Constitucionalidad en sus dos formas, *stricto* y *lato sensu*.

En materia de derecho laboral el Bloque de Constitucionalidad está compuesto por: el Preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de la Constitución, y por los núcleos esenciales de los Convenios de la O.I.T. números 87 y 98, sobre libertad sindical, derecho de asociación sindical y a la negociación colectiva; y por último, y en virtud del Art. 94 Superior, por cualquier otra norma internacional de *ius cogens* no codificada, o no ratificada por Colombia, relativa a

⁸³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 53. Consultado en [octubre 20. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>>
Ius cogens: "Norma imperativa del derecho internacional general reconocida por la comunidad internacional en su conjunto como norma a la cual no se permite derogación alguna y que no puede ser modificada sino por otra norma del derecho internacional general del mismo carácter". (Art.53).

materias laborales. Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y, además, fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la O.I.T. sobre Libertad de Asociación y Derecho de Asociación Sindical, Derecho de Negociación Colectiva y Huelga, Eliminación de Trabajo Forzado, Protecciones laborales para niños y jóvenes y Eliminación de Discriminación Laboral. También los Convenios de la O.I.T. 100, 105, 111, 138 y 182 y, a esta altura del año 2011, ya recientemente aprobado el TLC con Estados Unidos, una vez ratificado, las disposiciones laborales incorporadas al Tratado que se refieran a los derechos considerados fundamentales internacionalmente.

Estas normas son de orden público internacional o *ius cogens*, ya que por sí mismas imponen obligaciones a los Estados, independientemente de ratificaciones o adhesiones formales a los ordenamientos internos. Esto, por cuanto la Declaración de la O.I.T. establece para todos los Estados Miembros de la O.I.T., “aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos”, su obligación de observar los principios contenidos en los convenios relativos a la Libertad de asociación y la Libertad sindical, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la Abolición efectiva del trabajo infantil y la Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Se puede concluir, entonces, de acuerdo con lo analizado sobre el derecho interno y el derecho laboral internacional, que la seguridad social en Colombia se entiende desde dos aspectos:

- a. Como servicio público, conforme los artículos 48, 365, 366 de la Constitución Política, y el artículo 2º de la Ley 100 de 1993.

- b. Como principio fundante del derecho al trabajo, conforme al artículo 53 de la Carta Fundamental.

Esto permite observar que la pensión, en cuanto derecho garantizado constitucionalmente, al ser objeto de especial protección estatal, como concreto derecho surge no sólo de la seguridad social sino de la relación laboral. Esta protección a la pensión, además de incluir los principios constitucionales de seguridad social (eficiencia, universalidad, solidaridad), también incorpora los principios generales del derecho del trabajo, reconocidos doctrinaria y normativamente, con rango constitucional a partir del Art. 53 de la Carta, con las siguientes características: a) Primacía de la realidad; b) Irrenunciabilidad; c) Justicia social; d) Intangibilidad de la remuneración, y e) Ni suspensión, ni desmejora del derecho.

Respecto de la no desmejora del derecho, en este sentido también otras normas constitucionales lo asumen, como el Art. 209, que establece que la función administrativa se ha de desarrollar con base en ciertos principios generales, a efecto de que “las autoridades administrativas coordinen sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”, y el Art. 366, que dispone el mejoramiento de la calidad de vida como uno de los fines esenciales del Estado y, como se ha visto, dentro de este mejoramiento de la calidad de vida se incluye una eficiente seguridad social, conforme al Art. 48 de la Normatividad Suprema, por tanto, conforme la dogmática constitucional, el mejoramiento de la calidad de vida, armoniza con el Protocolo de San Salvador y con el Convenio 111 de la O.I.T., de donde surge la importancia del reconocimiento al principio de la progresividad salarial y prestacional. La progresividad, es principio que hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales y prestacionales.

5.2.1 El principio de progresividad. Sobre el principio de progresividad y la prohibición de regresividad, la Corte Constitucional ha señalado que:

Representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. 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 menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional⁸⁴.

Es, pues, una definición concluyente, la de la última frase de esta providencia, proferida en el año 2008, y está en concordancia con la sentencia C-038 de 2004⁸⁵, que afirma respecto de la prohibición de las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales, que es prohibición ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales de derechos humanos, en particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -que es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, cuyos criterios son relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (Art. 93 de la C.P.). Este Comité ha señalado en varias oportunidades que las medidas regresivas que disminuyen una protección ya alcanzada por un derecho social, se presumen contrarias al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸⁶ En este pronunciamiento el Comité hace especial hincapié en: “una obligación de contenido específico que brota del principio de progresividad, según la cual los Estados firmantes del tratado no pueden adoptar medidas que impliquen un

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1141 de 2008. MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 2004. MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁸⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, fue adoptado por la Asamblea General de la O.N.U. el 16 de Dic. de 1966, entrando a regir el 3 de enero de 1976. Colombia lo adoptó por Ley 74 de 1968. Diario Oficial No. 32682. En: Los derechos constitucionales, fuentes internacionales para su interpretación. Bogotá: Presidencia de la República, 1992, p. 26-37.

retroceso en la senda de protección que haya avanzado el Estado para procurar el amparo de estos derechos”⁸⁷.

De esta manera, sobre el espectro de protección que garantiza los derechos sociales, resulta forzosa la remisión a los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados por el Estado colombiano, los cuales apelan al principio de progresividad. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2° estableció la obligación en cabeza de los Estados de amparar tales derechos, y por su parte, en el artículo 26, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo principio en el ámbito interamericano, y también en idéntico sentido se consagra este principio en el Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana.

Y en armonía con esta normatividad, señala la Corte Constitucional:

En consecuencia, el principio de progresividad debe ser leído a la luz del propósito general que recorre la totalidad de las disposiciones que componen el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual se dirige al establecimiento de obligaciones ciertas en cabeza de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos por este tratado.

Finalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia T-090 de 2009, precisa que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones, tanto de carácter negativo como de índole positiva, es decir, que:

El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que

⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-580 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado)⁸⁸.

Es por esto que en pronunciamientos reiterados la Corte ha puntualizado que todos los derechos constitucionales son fundamentales⁸⁹, pues se conectan de manera directa con los valores que el Constituyente consagró democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

Consecuentemente, en esta tarea, el legislador y la Administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas.

De acuerdo con las anteriores razones, queda en claro que el derecho a la seguridad social y, con ella los derechos pensionales, son fundamentales, y ya no necesitan de la teoría de la conexidad para ser catalogados como derechos fundamentales. En este mismo sentido, las sentencias T-168 de 2009, T-217 de 2009 y T-396 de 2009⁹⁰.

De la misma manera, los derechos a la negociación colectiva, hacen parte de los derechos humanos, vale decir, los derechos y libertades básicas que pertenecen a los seres humanos en tanto conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. Por ello, aparecen en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 y en la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el

⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 2009. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁹ Especialmente las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

⁹⁰ DUEÑAS RUIZ, Op. cit., p. 552.

trabajo, de 1998 (libertad de asociación, libertad sindical, derecho a la negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, erradicación del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en el trabajo). En este mismo sentido, la mayoría de las normas que establece la O.I.T. se inscribe en la categoría de los derechos humanos, puesto que los artículos 6 a 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966, constituyen una reafirmación de las normas de la O.I.T.⁹¹.

Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, para determinar cuáles son los 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 O.I.T. ratificados por Colombia, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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 Fundamental, 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”.

Por ello, la Corte Constitucional ha concretado 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 de la Constitución. Así mismo, en la sentencia T-1303 de 2001, se define:

⁹¹ *Ibíd.*, p. 552.

...El inciso 4° del artículo 53 de la C.P. cuando determina que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1° C.P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 *ibidem*⁹².

5.3 LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Como vicio de competencia, la sustitución de la Constitución se configura cuando el Legislativo desborda sus facultades ya no reformando la Normatividad Superior, sino reemplazando aspectos definitorios de ésta con preceptos contrarios. Sobre este fenómeno, con razón señala la Corte Constitucional: “Y es que en ciertos casos, las autoridades recurren a las formas de la reforma constitucional, pero no para modificar, de manera general, las cláusulas constitucionales, sino exclusivamente para adoptar una decisión política singular y puntual, contraria a los preceptos constitucionales”⁹³.

El principio constitucional de prohibición de sustitución de la Carta Fundamental dispone que en el proceso de reforma no se puede cambiar el contenido esencial de la Normativa Suprema por otros componentes conceptuales y estructurales que desnaturalizan su sentido original, el que ha sido plasmado por el Constituyente primario⁹⁴.

⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1303 de 2001. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003. MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁹⁴ LONDOÑO AYALA, Op. cit., p. 191.

La Constitución Política se fundamenta en unos elementos esenciales que la perfilan e identifican con rasgos propios y particulares que estipulan un arquetipo, una específica razón jurídico-política que el Constituyente originario estructuró, por ser expresión del ideario colectivo que definió la organización estatal en determinado sentido. En razón de estos fundamentos es que se impide que eventualmente lleguen a ser reemplazados por intereses o presupuestos formales y materiales opuestos o de diferente orientación a los formulados en el ideario originario.

Consecuentemente, los postulados jurídico-políticos de la organización estatal pueden ser reformados siempre y cuando permanezca incólume el contenido sustancial que caracteriza la estructura ideológica y normativa del sistema constitucional, lo cual es garantizado, en derecho, por el principio de prohibición de sustitución de la Constitución, con lo que se impide la introducción de reformas que configuran derogaciones de la axiología y la teleología que inspiran la Carta Fundamental, cambios que materialmente contradicen y transforman en tal magnitud la Ley Suprema del Estado de tal modo que la Constitución que instauró el Constituyente originario aparece contraria a lo que se presenta con la reforma, al punto que ambas se muestran incompatibles.

Esto es, que en derecho, la reforma constitucional no puede convertirse en pretexto procedimental para tergiversar el contenido fundamental de la normatividad constitucional ni parcial, ni totalmente, puesto que toda negación de los propios postulados a través de un acto reformativo de la Constitución, mutila su identidad, extirpando su esencia y reemplazándola por una nueva lectura ideológica y normativa. En consecuencia, la reforma constitucional que materializa una sustitución parcial o total de la Carta Fundamental, afecta negativamente la institucionalidad al introducir conceptos contradictorios en la configuración de la estructura original del ordenamiento jurídico-político.

Si la reforma de la Constitución conlleva a una situación de facto sustitutoria, en donde el cambio es de tal significación y trascendencia que transforma la Norma Fundamental en otra distinta, el fenómeno transgresor resultante, o sea, la transformación injurídica, da lugar a la concreción de una organización jurídico-política opuesta, incongruente, que materializa una fuente diferente de legitimidad de las normas constitucionales, presentando una ruptura que evidencia una Constitución formalmente reformada, pero que no puede tenerse como continuación de la Norma Fundamental originaria, sino como una distinta, producto de un acto constituyente *de facto*, y no *de iuris*, expedido por un constituyente derivado que carece de competencia para producir este tipo de enmiendas que resultan en el fenómeno de la sustitución constitucional⁹⁵.

Esta situación, de Constitución reformada formalmente, pero sustituida realmente, resulta en un nuevo ordenamiento que no deriva su validez de la anterior, sino que su validez corresponde a una nueva manifestación del poder constituyente derivado, pero de modo ilegítimo, antijurídico, por cuanto ha usurpado la competencia al ente que sí tiene la facultad jurídico-política de sustitución: el constituyente primario.

Por consiguiente, en derecho, es importante el cambio de la fuente de legitimidad y la validez del orden constitucional transformado por medio de la sustitución, de manera tal que la reforma cuya validez y legitimidad, tanto formal como material, proviene de un acto reformativo del constituyente derivado, es una sustitución constitucional que al romper el orden jurídico-político preexistente, resulta en una manifestación constituyente fundacional, pero usurpada al constituyente originario.

En Colombia, las normas de la Constitución Política son todas susceptibles de reforma, sin que esto signifique que puedan ser objeto de sustitución

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 191.

constitucional, puesto que esta posibilidad corresponde a las facultades del constituyente primario. A este efecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-303 de 2010, ha definido:

También se ha señalado que el modelo constitucional vigente no prevé, como sí sucede con otros ordenamientos en el derecho comparado, normas constitucionales intangibles, comúnmente denominadas cláusulas pétreas. Esto lleva como corolario que las reformas que introducen los poderes constituidos pueden ser incluso profundas y radicales, que deroguen mandatos o principios constitucionales fundamentales o que supongan fracturas dramáticas de instituciones constitucionales arraigadas, sin que por esta sola razón configuren un exceso en el ejercicio de sus competencias. Esta irregularidad solo se hace presente, conforme el criterio de insustituibilidad, cuando la reforma es de tal magnitud, que hace que el texto resultante no guarde identidad con la Carta Política vigente antes de la enmienda, por lo que no se está ante una modificación de la Constitución, sino frente a su reemplazo⁹⁶.

Visto lo anterior, al analizar la normativa del Acto Legislativo No. 01 de 2005, se observa que los incisos 5º, 6º, 7º y 8º, con los párrafos 1º y 2º, y los párrafos transitorios 2º y 3º, del artículo 1º, aluden a la prohibición de pactar condiciones pensionales distintas a las establecidas en la leyes que regulan el Sistema General de Pensiones, con lo cual se cercena el derecho de negociación colectiva consagrado en el Art. 55 de la Constitución Política y los convenios 87, 98, 151 y 194 de la O.I.T., los cuales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, desconociendo flagrantemente la protección especial que el Constituyente le otorgó al derecho al trabajo, así como al papel que el trabajo desempeña en la Carta Fundamental, y más aún, cuando desde el Preámbulo, el trabajo es erigido como un propósito cuya obtención debe asegurarse al pueblo, por ser un valor fundante del Estado social de derecho (Art.1), como derecho y como obligación social (Art.25), y que la Constitución y la ley contienen sólo los principios, garantías y derechos mínimos fundamentales (Art.53), de modo que como consecuencia de ello, la negociación colectiva constituye la mejor herramienta de

⁹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL .Sentencia C-303 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

los trabajadores para alcanzar mejoras en sus condiciones laborales, y que a través de ella se cumpla la especial protección que el Estado debe al trabajo como derecho, de tal manera que su exclusión o restricción equivale a vulnerar esta protección, porque de no cumplir con esta obligación constitucional se impide que los trabajadores logren derechos que van más allá de los mínimos establecidos en el sistema constitucional y legal.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que la sostenibilidad financiera del sistema pensional era la finalidad que se buscaba con el Acto Legislativo No. 01 de 2005, tal sostenibilidad no tiene porqué verse afectada por los acuerdos entre trabajadores y empleadores, puesto que de llegarse a pactar condiciones más beneficiosas que los mínimos establecidos en la ley, entonces los mayores costos que pudieran generarse en consecuencia, deberán ser asumidos por los empleadores, y el Sistema General de Pensiones sólo tendría que responder por la pensión en los términos señalados por la ley que regula este sistema, tal como es el caso de las pensiones compartidas. Y tratándose de las convenciones colectivas con los trabajadores oficiales, éstas siempre tendrán como límite el interés general, dado que no podrán ir en detrimento de éste, ni del erario público.

Ante las anteriores razones, resulta, evidente, que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, más que mutilar el derecho a la negociación en materia pensional, realmente lo que hace es excluir este derecho del sistema jurídico colombiano.

En fin, que estratégicamente con esta reforma constitucional también se consiguió promover a nivel normativo máximo precisos temas laborales que normalmente competen a la ley ordinaria. Y es que al elevar estos temas al rango de norma constitucional, con ello se impide que tengan el respectivo control constitucional por vicios de fondo, puesto que el Art. 241 de la Constitución sólo le permite a la Corte Constitucional pronunciarse respecto de las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución únicamente

por vicios de forma. Y además, aunque la Corte Constitucional se ha manifestado sobre el tema de sustitución de la Constitución en tanto vicio de competencia que se configura cuando el Congreso de la República desborda sus facultades, ya no reformando la Carta, sino sustituyéndola, así mismo también la misma Corte, al examinar la demandas de constitucionalidad instauradas contra el Acto Legislativo No. 01 de 2005, ha sido bastante exigente respecto de una larga serie de rigurosos requisitos de aptitud de la demanda, para poder asumir el estudio de dicho vicio. Por tanto, con bastante celo metodológico, esta Alta Corporación se ha declarado inhibida⁹⁷ por ineptitud de la demanda para proferir sentencia por el cargo de sustitución de la Constitución, pese a que el vicio es evidente⁹⁸.

⁹⁷ VARGAS DEL CAMPO, José Rodrigo. ¿Porqué se inhibe la corte constitucional? En: V jornadas de derecho constitucional y administrativo/memorias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 79-94

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 de 2007. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-153 de 2007. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 2006. MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

CONCLUSIONES

- El Acto Legislativo No. 01 de 2005, al prohibir los beneficios pensionales convencionales está en contradicción con los postulados del ordenamiento constitucional de Estado social de derecho.
- Este Acto Legislativo al reformar la Constitución Política, introdujo modificaciones al ordenamiento jurídico del Estado colombiano en materia laboral, específicamente en el tema pensional, con la adición de incisos y párrafos al artículo 48 de la Normatividad Suprema. Con esta reforma, el Congreso de la República desconoció que si bien puede realizar modificaciones a la Constitución Política, esa calidad de Constituyente Derivado no la puede ejercer de forma ilimitada, pues al hacerlo resulta en una sustitución que desfigura los fines esenciales del Estado Social de Derecho.
- Al introducir estas modificaciones al orden jurídico laboral, el Legislativo se tomó atribuciones que no sólo desconocen los postulados de la organización jurídico-política interna, sino también compromisos de derecho internacional especialmente suscritos ante la O.I.T., con lo cual esta reforma constitucional lo que hace objetivamente es mutilar derechos de los trabajadores en vez de estimular la negociación que beneficie la contratación individual y colectiva. Más aun, resulta, evidentemente, que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, más que mutilar el derecho a la negociación en materia pensional, realmente lo que hace es excluir este derecho del sistema jurídico colombiano.
- La terminante prohibición constitucional introducida en el Parágrafo 2º del Art. 1º de la reforma, demuestra cómo este Acto Legislativo No. 01 de 2005, al prohibir los beneficios pensionales convencionales está en contradicción con

los postulados del ordenamiento constitucional de Estado social de derecho, y respecto de muchas normas a partir del Preámbulo de la Carta Fundamental, dado que con la introducción de estos nuevos preceptos evidentemente se ha afectado el ejercicio del derecho de autonomía de la voluntad, así como los derechos de los trabajadores, puesto que las pensiones extralegales dejan de tener fundamentación en el ordenamiento jurídico, pero, en cambio, quienes sí resultan beneficiados son los empleadores y los intermediarios financieros del sistema pensional.

- El análisis de la normativa del Acto Legislativo No. 01 de 2005, permite advertir que los incisos 5º, 6º, 7º y 8º, con los párrafos 1º y 2º, y los párrafos transitorios 2º y 3º, del artículo 1º, aluden a la prohibición de pactar condiciones pensionales distintas a las establecidas en la leyes que regulan el Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, con lo cual se cercena el derecho de negociación colectiva consagrado en el Art. 55 de la Constitución Política y los convenios 87, 98, 151 y 194 de la O.I.T., los cuales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, desconociendo de esta manera la protección especial que el Constituyente le otorgó al derecho al trabajo, así como al papel que el trabajo desempeña en la Carta Fundamental, y más aún, cuando desde el Preámbulo, el trabajo es erigido como un propósito cuya obtención debe asegurarse al pueblo, por ser un valor fundante del Estado social de derecho (Art.1), como derecho y como obligación social (Art.25), y que la Constitución y la ley contienen sólo los principios, garantías y derechos mínimos fundamentales (Art.53). En esta orientación, la negociación colectiva en materia laboral constituye un derecho, y a través de ella se debe cumplir con el mandato de especial protección que el Estado debe al trabajo, de tal manera que su exclusión o restricción equivale a vulnerar esta protección, porque de no cumplir con esta obligación constitucional se impide que los trabajadores logren derechos que van más allá de los mínimos establecidos en el sistema constitucional y legal.

- La consagración de normas laborales a nivel constitucional, legal, convencional, contractual, o de cualquier otra índole, debe tener la virtud de procurar el cumplimiento de los objetivos del Estado social de derecho, no sólo por el derecho al que se refieren, sino por el fundamental imperativo de coherencia del sistema jurídico. Esta primacía de los valores inspiradores de la Normatividad Superior es el resultado de una propuesta jurídico-política de Estado que se ha organizado en torno a la realización y garantía de eficacia de los derechos de los seres humanos. O sea, que en materia jurídica, dentro de este ordenamiento estatal, no es dable una interpretación aislada de los preceptos constitucionales, sino que ha de garantizarse que su interpretación y praxis resulten de acuerdo con el sistema de derechos de la Carta, así como con su diseño axiológico. Es decir, han de respetarse los parámetros de sistematicidad que aseguran la unidad constitucional, teniendo siempre presentes los postulados y principios que fundamentan la Constitución Política.
- Del análisis y contextualización entre el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y los referentes constitucionales laborales, en especial del Bloque de Constitucionalidad, salen a la luz las discordancias que se presentan entre la protección y garantía del derecho al trabajo, el derecho de asociación (sindicalización, negociación) y el derecho a pactar condiciones más favorables en el sistema de pensiones. En tanto Estado social de derecho, Colombia es un Estado que incorpora prevalentemente la política social en su fundamentación jurídico-política. Esta concepción no se puede modificar, a no ser que se cambie la esencia misma de la Constitución. Como connatural al Estado social de derecho, la seguridad social no solo se constitucionalizó, sino que está reconocida en la normatividad internacional, es decir, que con respecto a la seguridad social integral hay que considerar en el orden jurídico colombiano una normatividad supranacional conforme al Bloque de Constitucionalidad. O sea, que con relación a los compromisos de derecho

internacional contraídos por el Estado colombiano, también es importante tener de presente que la seguridad social se encuentra incluida dentro de los derechos sociales y económicos, catalogados como derechos humanos bajo la denominación de derechos de contenido prestacional. De esta manera, entre los principales instrumentos internacionales que reconocen la importancia de la seguridad social se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1988, acogidos en la legislación colombiana y que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad tal como lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política.

- Una Constitución Política no es un código cerrado, todo lo contrario, los textos constitucionales pueden hacer remisiones expresas o tácitas a otras reglas y principios que, sin estar en la respectiva Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen igual valor constitucional. Es decir, que existen principios y derechos que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que por expreso mandato de la propia Constitución, tienen rango constitucional. Así, la doctrina del Bloque de Constitucionalidad es la forma de sistematizar jurídicamente este fenómeno, por el cual las normas materialmente constitucionales son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales. Es, pues, por imperio de la propia Constitución, como fuente suprema del ordenamiento jurídico-político, que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa.
- El Bloque de Constitucionalidad funciona a la vez como cimiento del sistema jurídico y como estructura vinculante y obligatoria para la dinámica del mismo, materializada básicamente en los procesos de producción, aplicación e

interpretación del derecho en todos los sectores y funciones. En consecuencia, el Bloque de Constitucionalidad como soporte del sistema jurídico interno debe ser acatado por todos los operadores jurídicos dentro del ordenamiento estatal. Entonces, cuando ocurre un evento de desconocimiento del Bloque de Constitucionalidad por algún operador jurídico, significa que las respectivas normas y decisiones normativas transgresoras carecen de legitimidad, validez y eficacia, al dejar de lado los contenidos teleológicos y axiológicos del Bloque, que son los que concurren a precisar el derecho, vale decir, el sentido del ordenamiento jurídico. Por tanto, en el ordenamiento jurídico-político colombiano, las leyes y los actos administrativos no sólo han de ser compatibles con la Constitución, sino con las estipulaciones de los instrumentos internacionales que reconocen y garantizan los derechos humanos, ratificados debidamente por el Estado. Cualquier disposición que viole las estipulaciones expresadas en esos instrumentos es inconstitucional y debe, por lo tanto ser excluida del ordenamiento jurídico.

- El principio de prohibición de sustitución de la Constitución, dispone que en el proceso de reforma no se puede cambiar el contenido esencial de la Normativa Suprema por otros componentes conceptuales y estructurales que desnaturalizan su sentido original, el que ha sido plasmado inicialmente por el constituyente primario.
- En derecho, la reforma constitucional no puede convertirse en pretexto procedimental para tergiversar el contenido fundamental de la normatividad constitucional ni parcial, ni totalmente, puesto que toda negación de los postulados y valores a través de un acto reformativo de la Constitución, mutila su identidad, extirpando su esencia y reemplazándola por una nueva lectura ideológica y normativa. Es por esto que la reforma constitucional que materializa una sustitución parcial o total de la Carta Fundamental, afecta

negativamente la institucionalidad al introducir conceptos contradictorios en la configuración de la estructura original del ordenamiento jurídico-político.

- Este fenómeno de Constitución reformada formalmente, pero sustituida realmente, resulta en un nuevo ordenamiento que no deriva su validez de la anterior, sino que su validez corresponde a una nueva manifestación del poder constituyente derivado, pero de modo ilegítimo, antijurídico, por cuanto ha usurpado la competencia al ente que sí tiene la facultad jurídico-política de sustitución: el constituyente primario. Esta transformación injurídica, da lugar a la concreción de una organización jurídico-política opuesta, incongruente, que materializa una fuente diferente de legitimidad de las normas constitucionales, presentando una ruptura que evidencia una Constitución formalmente reformada, pero que no puede tenerse como continuación de la Norma Fundamental originaria, por tratarse de una distinta, producto de un acto constituyente *de facto*, y no *de iuris*, expedido por un constituyente derivado que carece de competencia para producir este tipo de enmiendas que resultan en el fenómeno de la sustitución constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENTE DOCTRINAL

ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En: Precedente, Anuario Jurídico 2004: Centro de Investigaciones Sociojurídicas. Cali: Universidad Icesi, 2004

BARRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo. Constitución Política de Colombia, comentada por la comisión colombiana de juristas, título II: de los derechos, las garantías y los deberes. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1997.

BERMAN, Harold J. La formación de la tradición jurídica de Occidente. México: F.C.E., 2001.

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

CARVAJAL SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las pensiones - teoría, normas, jurisprudencia. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2010.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Leyer, 2010.

LONDOÑO AYALA, César Augusto. Bloque de constitucionalidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

LÓPEZ FAJARDO, Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2006.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Constitución Política de Colombia, comentada por la comisión colombiana de juristas – preámbulo de los principios fundamentales de la reforma de la Constitución. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1998

_____. Derechos fundamentales. Bogotá: 3R Editores, 1997.

MADRIÑÁN R, Ramón Eduardo. El Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas G. Ibáñez, 1997.

NACIONES UNIDAS. Declaración universal de derechos humanos. Resolución 217A. San Francisco: O.N.U. 10 de diciembre de 1948. En: los derechos constitucionales/fuentes internacionales para su interpretación. Bogotá: Presidencia de la República, 1992.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, fue adoptado por la Asamblea General de la O.N.U. el 16 de Dic. de 1966, entrando a regir el 3 de enero de 1976. Colombia lo adoptó por Ley 74 de 1968. Diario Oficial No. 32682. En: Los derechos constitucionales, fuentes internacionales para su interpretación. Bogotá: Presidencia de la República, 1992.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

_____. Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad/aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. En: Estudios Constitucionales, Año 4, # 2. Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006.

SALAMA, Pierre. Sistemas de protección social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

SÁNCHEZ FERRÍZ, Remedio. Introducción al Estado constitucional. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.

TORRES RODRÍGUEZ, Flor Alba y TORO LUCENA, Oscar Augusto. En: LONDOÑO AYALA, César Augusto. Bloque de Constitucionalidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

TOURAINÉ, Alan. ¿Qué es democracia? México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

UPRIMNY, RODRIGO. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: O'DONNELL, Daniel, UPRIMNY, Inés Margarita y VILLA, Alejandro (Comp.) Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de la O.N.U. para los derechos humanos, 2001.

VARGAS DEL CAMPO, José Rodrigo. ¿Por qué se inhibe la corte constitucional? En: V jornadas de derecho constitucional y administrativo/memorias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL .Sentencia C-303 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 2009. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1141 de 2008. MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-580 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 de 2007. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-153 de 2007. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 2006. MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 2004. MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003. MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1303 de 2001. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-556 de 1998. MP. Dr. José Gregorio Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-645 de 1996. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero (negrillas en el original).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández G.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-457 de 1992. MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-615 de 1992. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571 del 26 de octubre de 1992. M.P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

REFERENTE NORMATIVO

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 de 1991. “Por la cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. En: Diario Oficial N° 40.165 de 19 de noviembre de 1991.

PAGINAS WEB

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 53. Consultado en [octubre 20. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>>