

EL DERECHO AL TRABAJO COMO UN
DERECHO FUNDAMENTAL EXIGIBLE EN COLOMBIA.

LINEA DE ENFASIS
DERECHOS FUNDAMENTALES

Presentado por

IVETTE ZULAY CUARTAS MORALES
MARTIN ALONSO URREGO SOTO

MONOGRAFIA.

Presentada como requisito para optar el título de abogado.

Dirigida por

MARY LUZ TOBÓN TOBÓN

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

Medellín

2017

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCION	5
CAPITULO 1. DERECHOS FUNDAMENTALES	8
1.1 Evolucion Historica de los Derecho Fundamentales.....	9
1.2 ¿Que es un Derecho fundamental?	11
1.2.1 Conexión directa con los principios constitucionales	13
1.2.2 Conexión directa con los derechos expresamente consagrados.....	13
1.2.3 Importancia del hecho	14
1.2.4 Carácter historico.....	14
1.2.5 Remision expresa	14
1.3 ¿Cuáles son los Derechos fundamentales?.....	15
1.4 Estado social de derecho vs Estado social de derecho	16
CAPITULO 2. DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.....	19
2.1 Que son los DESC: Derechos Sociales, Derecho de Segunda Generacion	19
2.2 Características	23
2.3.1 Contenido esencial en los derechos.....	25
2.3.2 Contenido mínimo esencial en los derechos.....	27
2.3.3 La Exigibilidad de los DESC	27
2.3.4 Base constitucional colombiana para la exigibilidad de los derechos.....	28
2.3.5 Como se logra la exigibilidad.....	30

CAPITULO 3. DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES EN	
COLOMBIA.....	33
3.1 Evolucion Historica del Derecho del Trabajo	34
3.2 Concepto del Derecho del Trabajo.....	39
3.3 Minimo Vital	42
3.4 Estabilidad Laboral Reforzada	47
3.5 Por Conexidad	51
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFIA.....	58

OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL.

- Analizar los Derechos Laborales Fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz del Estado social de derecho adoptado en la Constitución de 1991.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Analizar la evolución jurídica del derecho al trabajo en Colombia.
- Comprender los derechos sociales a la luz del Estado social de derecho en Colombia
- Analizar la fundamentabilidad de los derechos laborales en el marco jurídico de la Constitución Política Colombiana de 1991.

INTRODUCCIÓN.

A partir de 1991, en Colombia se promulga una nueva Constitución, cambiando el antiguo modelo de Estado de derecho por la adopción de un modelo interventor y social. En efecto, en su artículo 1. Afirma que: “*Colombia es un Estado Social de Derecho*”¹. Esta fórmula de Estado hunde sus raíces precisamente en la corriente Neoconstitucionalista. Ya que, comparte muchas de sus características, aunque es aún más concreto en sus aspiraciones en cuanto a los derechos sociales o del valor de igualdad se refiere, lo que teóricamente va a redundar a favor de los derechos sociales como derechos fundamentales por antonomasia.

La definición de Estado social de derecho se concibe como aquel sistema jurídico político compuesto por normas e instituciones que sin abandonar los elementos propios del Estado de derecho, hace énfasis en los derechos sociales, dentro de un ámbito democrático, teniendo como centro la dignidad humana, garantizando un mínimo existencial y la garantía de justicia material y no meramente formal, pues su nacimiento se da como una corrección al estado liberal, ante las demandas de los grupos sociales, que fueron marginados en desarrollo del sistema económico imperante a comienzos del siglo XX. Tres instituciones nos permiten evidenciar la existencia de un Estado social de derecho: la consagración constitucional de los derechos sociales, la consagración de una democracia de participación y la intervención estatal en la actividad económica.

Si bien, a la luz de la conceptualización de un Estado social de derecho, los

¹CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 1.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

derechos sociales se imponen como banderín o estandarte. Tal situación, se expresa de forma distorsionada en Colombia, donde la calidad de derecho social pasa a un segundo plano sin amparo y protección judicial. Resulta inútil, el pensamiento jurídico tradicional en relación con la eficacia de los derechos sociales y su protección. En la medida en que la ritualidad procesal y el formalismo frívolo se han constituido como principales obstáculos para el cumplimiento de los lineamientos constitucionales de la Carta Política colombiana conforme a las instituciones que componen un Estado social de derecho. De ahí que, el estado actual de la actividad judicial evidencie en las prácticas y saberes de los jueces en materia constitucional, la falta de efectividad y garantía de los postulados constitucionales de la clase trabajadora. En tanto, se niega el amparo judicial por vía excepcional del Derecho del Trabajo, constituyendo así, el desgaste del trabajador en un proceso ante la jurisdicción ordinaria que, en la mayoría de los casos, da al traste con la protección constitucional solicitada.

En ese sentido, para los togados la urgencia que fundamenta el amparo constitucional vía tutela de un derecho fundamental, no se cumple en la realidad fáctica cuando se presenta la vulneración de un derecho social. Por consiguiente, en Colombia el cumplimiento de las instituciones que componen un Estado social de derecho no encuentra real eficacia, en tanto, el derecho al trabajo como derecho social exigible directamente no halla protección judicial efectiva.

Por lo anterior, es necesario adquirir una postura crítica frente al tratamiento constitucional y legal dado al derecho al trabajo en Colombia, pues el Estado constitucional esta compelido en la maximización de la democracia política, social y económica, por ello la legislación e interpretación jurídica, en sede judicial y en todas las demás instancias de creación del derecho o aplicación,

solo resultan legítimas en su sujeción a los principios constitucionales. Es decir, materializando las garantías que le asisten al trabajador y no haciéndolo víctima del procesalismo y formalismo superfluo del pensamiento positivista.

En este orden de ideas, la presente investigación pretende encontrar bases teóricas y jurídicas que permiten dilucidar la realidad del derecho al trabajo en Colombia, en cuanto a su fundamentabilidad y exigibilidad vía acción de tutela como derecho fundamental, exigible a la luz de del Modelo de Estado social de derecho adoptado en Colombia. No pretende el presente trabajo investigativo crear una nueva teoría en el tratamiento de los derechos sociales en Colombia, porque nuestro estudio se centra de manera particular en el derecho al trabajo como un derecho fundamental, realizando un análisis de este derecho a la luz del Estado social de derecho, que nos permita aportar algunas aproximaciones teóricas con respecto al tratamiento normativo y jurisprudencial de este derecho en nuestro país, para ello, partiremos del siguiente interrogante: ¿Cuáles son los derechos laborales fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz del Estado social de derecho adoptado por la Constitución Política de 1991?

Para dar respuesta al anterior interrogante, se desarrollarán tres capítulos principales; el primero de ellos referido a la evolución de los derechos fundamentales y el Estado Social de Derecho. El segundo capítulo, trata un aspecto histórico y conceptual del derecho del trabajo, al igual que de los DESC en la Constitución, y en el tercer capítulo encontramos cuales son los derechos laborales fundamentales en Colombia y aquellos que por conexidad logran ser tutelables, para terminar, daremos una serie de conclusiones que a nuestro juicio se podrán tener sobre el tema de investigación.

CAPITULO 1.

DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales han sido fruto de una continua lucha del individuo frente al Estado, mediante la cual durante siglos poco a poco se han ido arrancando trabajosamente sucesivos reconocimientos de derecho por parte del Estado, quien poco propicio a tales concesiones porque comprendía que cada una de ellas representaba una limitación a su poder. Referirnos, a esto derechos hace necesario mirar la propuesta de Karel Vasak², quien divide los derechos en tres generaciones siguiendo los principios de; libertad, igualdad y fraternidad. Mismos expresados, en la revolución francesa de 1789³, para este autor, los derechos de primera generación son los derechos humanos absolutos que tienen su origen en el siglo XVIII como reacción en contra del absolutismo monárquico.

La segunda generación Incluye los derechos de tipo colectivo, sociales, económicos y culturales DESC⁴. Los cuales, constituyen una obligación del Estado y son de satisfacción progresiva de acuerdo con las posibilidades del mismo. Algunos de estos derechos son: a la salud, a un salario justo, al trabajo a formar parte de la vida cultural entre otros.

²AGUILAR CUEVAS MAGDALENA. Las tres generaciones de derechos humanos. <http://cptrt.net/Documentos/LAS%20TRES%20GENERACIONES%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>. Consultado.

³HISTORIA UNIVERSAL. La Revolución Francesa. <https://mihistoriauniversal.com/edad-contemporanea/revolucion-francesa/> consultado.

⁴TERAN BLANCO DELIA. Los derechos Humanos de Segunda Generación son Derechos Fundamentales y deben Constitucionalizarse. <http://www.sinpermiso.info/textos/los-derechos-humanos-de-segunda-generacin-son-derechos-fundamentales-y-deben-constitucionalizarse>. Consultado.

La Tercera generación de derechos para Karel Vasak surge de la necesidad de colaboración entre las naciones. Está conformado por los derechos de los pueblos o de solidaridad como son; derecho a la paz, al desarrollo, al medioambiente, a la coexistencia pacífica.

Por referirse este capítulo a los derechos fundamentales, haremos una breve reseña histórica de los derechos de primera generación, aclarando que muchos de los derechos de segunda y tercera ha sido reconocidos en nuestro país como derechos fundamentales por su relación directa con la dignidad humana sobre la cual se funda el Estado colombiano conforme al artículo primero de la Carta Política.

1.1 Evolución Histórica de los Derecho Fundamentales.

El desarrollo de los derechos humanos comienza en los pensadores griegos y romanos, pero fue Tomas de Aquino quien desarrolló la teoría del “derecho natural”⁵. Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, los filósofos de la Ilustración, como por ejemplo, Jean Jacques Rosseau, John Locke y el barón de Montesquiu, desarrollaron teorías sobre el derecho natural que proviniesen del uso de la razón y elaboraron, basándose en derechos individuales de las personas⁶. Durante la Revolución Francesa se realizó la “Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano”⁷, la cual aseguraba los derechos de libertad, igualdad y afirmaban el principio de soberanía popular.

⁵SANTO TOMAS DE AQUINO. Teoría del Derecho. <http://www.teoriadelderecho.es/2012/03/santo-tomas-de-aquino.html> consultado.

⁶NORBERT HORN. Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual. <file:///C:/Users/jaderx/Downloads/21973-21992-1-PB.PDF> consultado.

⁷DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. 1789. <http://www.noticieroficial.com/Internacional/DIH/PACTOS/DERECHOSHOMBREYCIUDADANO.pdf>. Consultado.

Durante el siglo XX, apareció la idea de que los derechos deberían ser consagrados en artículos del derecho internacional. En este siglo poco a poco surgieron regímenes totalitarios que vulneraban los derechos humanos. Fue cuando surgió la necesidad de una protección internacional de los derechos humanos.

Por ello el 24 de octubre de 1945, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco, y redactaron la Carta de Naciones Unidas⁸, la cual dio origen a la ONU, con el objetivo de: *“preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”*⁹.

Poco tiempo después, los delegados de cada Estado en la ONU aprobaron el texto de “Declaración Universal de Derechos Humanos”, el 10 de diciembre de 1948¹⁰. Dicha declaración hizo capaz la internacionalización de los derechos humanos, y tuvo en cuenta que los derechos son esenciales para la dignidad del hombre, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión de las personas.

Posteriormente, la ONU aprobó diferentes documentos que, de los derechos humanos, la Declaración de los derechos del niño en 1959, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer en 1967, el Pacto internacional de derechos civiles, políticos y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales en 1966, entre otros.

⁸NACIONES UNIDAS. Carta de las Naciones Unidas 1945. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>. Consultado.

⁹NACIONES UNIDAS. Carta de las Naciones Unidas 1945. Preámbulo. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>. Consultado.

¹⁰NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos 1948. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>. Consultado.

Si bien, el reconocimiento de los derechos fundamentales no ha sido generalizado pues cada Carta Política trae consigo un decálogo de derechos de constitucionales, lo cierto de todo es que los mismos sean plasmado dentro del reconocimiento y garantías civiles y políticas, que para cada país en particular pueden ser divergentes, pero siempre bajo el postulado de dignidad humana.

1.2 Que es un Derecho fundamental.

La definición del concepto “derecho fundamental” no es una labor fácil, debido a que el mismo incorpora elementos sociales, culturales, históricos, filosóficos y jurídicos, entre otros. Sin embargo, para llegar a una precisión sobre el termino tendremos como base los dos criterios principales desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, a saber; la persona humana (base material) y el reconocimiento expreso (base formal).

El primero de ellos busca establecer si se trata o no de un derecho esencial de la persona humana. Hace alusión al núcleo básico del derecho fundamental, el cual no es susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas; se habla de aquellos derechos que existen con anterioridad a la consagración de los mismos; este requisito es una clara manifestación del iusnaturalismo. Precisamente, siendo la persona humana la razón y el fin de la Constitución Política de 1991. No se trata de un individuo abstracto, aisladamente considerado, sino del ser humano en su dimensión social, visto en su relación con la comunidad. Sólo a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo¹¹, los derechos, las garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas del poder público adquieren sentido.

¹¹CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 16.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

Los valores y principios materiales de la persona reconocidos en nuestra Carta Política están inspirados en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Estos valores y principios materiales son: la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo. Igualmente, la Constitución incluye los criterios de la esencialidad, la inherencia y la inalienabilidad, los cuales son igualmente atributos propios de la persona.

Así, para determinar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona, el respectivo juez debe investigar racionalmente a partir de los artículos 5 y 94 constitucionales, los cuales establecen que: *“El Estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*¹², y que *“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”*¹³.

Estos artículos deben ser interpretados a la luz de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, la cual, según el artículo 93 de la Constitución, constituye una norma interpretativa constitucional y adicionalmente es una norma jurídica vinculante del derecho interno de Colombia. Esta Convención establece que son los atributos de la persona humana el criterio determinante para establecer la esencialidad de un derecho.

¹²CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 5.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

¹³CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 94.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

Como segundo criterio tenemos el reconocimiento expreso del constituyente, por medio del cual podemos considerar como fundamental, todo derecho que se encuentre contenido dentro del Título II Capítulo 1 de la Constitución Política. Además, el artículo 44 de la Constitución es el único que, a pesar de estar en un capítulo distinto, determina expresamente unos derechos fundamentales. Este artículo establece: “*Son derechos fundamentales de los niños: ...*”¹⁴.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha establecido diversas clasificaciones de criterios o requisitos que debe cumplir un derecho para determinar cuándo es fundamental. Por ejemplo, la Sentencia T-406 de 1992¹⁵, la Corte plantea como criterios auxiliares;

1.2.1 Conexión directa con los principios constitucionales.

Es un requisito esencial según el cual los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, e inmediata y se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio, para la Corte este criterio es de distinción analítica.

1.2.2 Conexión directa con derechos expresamente consagrados.

El mismo establece que si bien algunos derechos no aparecen consagrados como fundamentales, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal

¹⁴CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 44.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

¹⁵CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, éstos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección.

1.2.3 Importancia del hecho.

Es un criterio de distinción fáctico. Este sería el factor empírico de la determinación de un derecho fundamental, el cual consiste simplemente en crear una relación entre los textos y los hechos, se presenta en la aplicación del valor fundamental de las normas a los hechos reales. En esta forma los jueces irán delimitando los derechos fundamentales.

1.2.4 Carácter histórico

Al igual que el anterior, es un criterio de distinción fáctico. El carácter histórico va ligado a la evolución de la sociedad misma, ya que se aprecia que no todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos han sido considerados como fundamentales de manera temporal ya que la entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada a la visión que tiene la sociedad de los mismos derechos.

1.2.5 Remisión expresa.

Este es un criterio de distinción analítica, también expresado por el Alto Tribunal en la sentencia T-406 de 1992, el mismo plantea que en aquellos casos en los cuales el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no solo en cuanto a su texto mismo, sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de 1991.

Por último, es fundamental considerar que, en relación con la distinción de los derechos fundamentales, se puede plantear cuatro características principales que le son atribuidas a todos los derechos del orden constitucional, hablamos entonces de; su universalidad, en tanto los mismos se radican en cabeza de toda persona, sin distinción alguna de raza, sexo o condición. Su inviolabilidad, característica que hace alusión a la obligatoriedad de protección de dichos derechos. Es decir, no será constitucional ni legal todo hecho que vulnere el núcleo esencial de un derecho fundamental. Son reconocidos no creados, pues los mismos son inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo, por ello que los estados solamente se limiten a reconocerlos, como última característica hablamos entonces de la inalienabilidad, los derechos fundamentales son imposibles de separarlos del ser humano.

1.3 ¿Cuáles son los Derechos fundamentales?

Cómo se planteó en páginas anteriores, los derechos fundamentales son los reconocidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución (De los derechos fundamentales), a estos debemos sumar los reconocidos por Colombia en los tratados internacionales en tal sentido expresa el artículo 93 constitucional: *“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”¹⁶.

¹⁶CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 93.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

Los definidos en el artículo 85 constitucional, pues no requieren de un desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa previos para su eficacia directa, ni contemplan condiciones para su ejecución en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata. El hombre llega a estos derechos de manera directa.

1.4 Estado social de derecho vs Estado Social de Derecho.

Como bien se expresó en su momento, el Estado social de derecho se concibe como aquel sistema jurídico político compuesto por normas e instituciones que sin abandonar los elementos propios del Estado de derecho, hace énfasis en los derechos sociales, dentro de un ámbito democrático, teniendo como centro la dignidad humana, garantizando un mínimo existencial y la garantía de justicia material y no meramente formal, pues su nacimiento se da como una corrección al estado liberal, ante las demandas de los grupos sociales, que fueron marginados en desarrollo del sistema económico imperante a comienzos del siglo XX. Tres instituciones nos permiten evidenciar la existencia de un Estado social de derecho: la consagración constitucional de los derechos sociales, la consagración de una democracia de participación y la intervención estatal en la actividad económica.

Precisamente, la consagración constitucional de los derechos sociales como derechos exigibles es quizás la mayor diferencia expresada entre el estado de derecho y el estado social de derecho. Si bien, es indiscutible que;

Muchas naciones industrializadas y ricas no están hoy en capacidad de responder por completo a todas las exigencias de convertir en derechos jurídicos las aspiraciones de sus pueblos y que dan marcha atrás en compromisos constitucionales y legales ya estipulados. Lo anterior se puede predicar con mucha mayor razón de los estados en desarrollo y de las naciones

pobres, corriéndose el riesgo de que tales derechos queden como simples buenas intenciones o se reduzcan a retórica sin efectos reales¹⁷.

Dicha situación, no es sin embargo razón suficiente para desconocer su rango de derechos constitucionales, pues la constitucionalidad de un derecho no depende de los medios que el Estado tenga para materializarlo, precisamente como se expuso en hojas anteriores, los derechos fundamentales son inherentes a la condición de ser humano por ello su rango de fundamentales. Es claro entonces, que:

La legislación, es la encargada de darles vida a los derechos sociales fundamentales consagrados en la Constitución, tendrá que considerar las condiciones y posibilidades económicas del respectivo país. Pero además en casos de crisis deberán funcionar principios de solidaridad y cooperación que impidan afectar a los más débiles. La imposibilidad del sistema económico no puede llevar a la eliminación del Estado social sino a un acomodamiento que permita “distribuir mejor”¹⁸.

Precisamente Ferrajoli refiriéndose a la crisis del estado social de derecho, indica que; *“el problema consiste en no haber construido hasta ahora garantías adecuadas para la tutela de los derechos políticos y los derechos sociales”*¹⁹.

De lo anterior, es fundamental expresar que si bien el Estado social de derecho se expresa precisamente como una corrección o como el resultado de las demandas de los grupos sociales marginados y explotados por el sistema económico y político imperante. Claramente, en nuestra actualidad la discusión

¹⁷LUIS VILLAR BORDA. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Revista derecho del estado No. 20. 2007.

¹⁸LUIS VILLAR BORDA. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Revista derecho del estado No. 20. 2007.

¹⁹LUIGI FERRAJOLI. Derecho y garantías, Madrid, Trotta, 1999, p. 17, e íd., “El garantismo y la filosofía del derecho”, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, no 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

no debe centrarse en cuanto a si los derechos sociales DESC son o no verdaderos derechos fundamentales, pues si se reconoce su consagración en la Carta Política tal condición no debe ser objeto de discusión. Creemos, entonces que en relación con los DESC se debe plantear el debate con miras a encontrar mecanismos que permitan su protección y materialización en el mundo factico.

CAPITULO 2.

DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

2.1 Que son los DESC: Derechos Sociales, Económicos y Culturales

Como se expresó anteriormente, los DESC surgen como efecto de las injusticias sociales y económicas que imperaban en el mundo, producto quizá de las consecuencias de la revolución industrial y de los horrores vividos con motivo de las dos Guerras Mundiales, que se produjeron en la primera mitad del siglo XX.

En la historia evolutiva de los derechos fundamentales; los derechos sociales surgen como una respuesta a las exigencias de tutela estatal a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. En el momento histórico preciso donde surgen tales construcciones normativas, los sectores más desamparados de la sociedad sufrían las consecuencias del establecimiento de un Estado liberal-individualista, consecuencia de las Revoluciones liberales del siglo XVIII²⁰.

La definición de los DESC ha estado enmarcada en dos fuertes debates. Uno, que insiste en considerarlos simples orientaciones de la acción de los Estados, y el otro, que los considera como derechos humanos, lo que permite exigirlos ante el Estado en términos políticos y jurídicos. La primera postura frente a los DESC corresponde a la perspectiva neoliberal que les quita su condición de derechos y los redefine como normas programáticas cuyo cumplimiento está condicionado por el crecimiento económico, lo que no les permite a las personas su exigencia inmediata. La segunda postura por su parte los define

²⁰PORTALES AGUILERA Rafael, TAPIA ESPINO Diana Roció. Repensar a León de Duguit ante la actual crisis del estado social. Pag. 1.

como verdaderos derechos humanos, necesarios para que los individuos tengan la garantía de que podrán disfrutar de sus libertades civiles y políticas.

Sobre dicho tópico, Norberto Bobbio refiriéndose a dichas posturas sobre los DESC, expresa que:

el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico sino político (...) es así como la mayoría de argumentos contra los derechos sociales por ejemplo, no es de fundamento sino de la posibilidad en su realización²¹.

Así, los Derechos Económicos Sociales y Culturales son aquellos referidos a aspectos fundamentales en la vida de las personas, que tienen que ver con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Dentro de estos se encuentran derechos como la educación, la vivienda, la alimentación, la salud y el trabajo, entre otros. En tal sentido, la mayoría de estos derechos exigen un actuar activo de la administración, en busca de su eficaz cumplimiento. Tal condición ha dado pie a que algunos autores los consideren garantías disminuidas o cuanto menos simples enunciamos programáticos. Como bien lo expresa Prieto Sanchis:

(...) existe una conciencia general de que los llamados DESC o bien no son auténticos derechos fundamentales y representan una suerte retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación (...) en la filosofía política, al parecer hoy dominante, constituyen la expresión de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenazan el disfrute de las libertades individuales (..) en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal los derechos sociales tienden a

²¹BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: sistema, 1991, p 61.

situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales²².

Por lo anterior, que sea arriesgado dar una definición de los DESC debido a su complejidad y enfoques divergentes. Sin embargo, podemos afirmar que son todos aquellos que permiten condiciones fundamentales para la satisfacción de las necesidades básicas. Los DESC tienen un valor intrínseco, es decir, tienen valor por sí mismos y no pueden ser otorgados ni quitados, es la libertad de decisión de los individuos para elegir el tipo de vida que desean llevar sin que existan limitaciones para obtener una condición de vida digna.

Estos derechos, constituyen una amplia categoría de derechos humanos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³ y en otros tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes, los DESC, son todos aquellos derechos vinculados a las condiciones indispensables para satisfacer las necesidades básicas del ser humano.

Estos derechos, al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tal como consta en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, entre otros. Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y los DESC tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que los derechos civiles y políticos. De esta manera los

²²PRIETO SANCHIS. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid. Debate, 1990. P 185.

²³NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> consultado.

DESC se constituyen en los elementos esenciales de una vida en dignidad y libertad: el trabajo, la salud, la educación, la alimentación, la vivienda y la seguridad social entre otros.

Es importante indicar que, desde los años ochenta sea desarrollado dos enfoques distintos pero complementarios que ayudan a la mejor comprensión de los DESC: el enfoque del contenido mínimo central o esencial (minimum core content) y el enfoque del umbral mínimo (minimum threshold). Ambos enfoques apuntan hacia la determinación del significado y nivel mínimo de cada derecho humano consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el primero lo hace desde una perspectiva teórica, mientras que el segundo parte de una perspectiva práctica y un método cuantitativo²⁴.

Como se indicó anteriormente, los DESC son aquellos derechos encaminados a la obtención de condiciones de vida acordes con la dignidad de las personas (acceso a la salud, una buena alimentación y una vivienda adecuada, entre otras). Pero definir qué es exactamente una vivienda y una alimentación adecuada o digna, por ejemplo, puede generar cierta confusión y hasta indeterminaciones a la hora de garantizar los derechos, es por esto que en términos jurídicos se habla del núcleo esencial de los derechos, y su definición está relacionada con el contenido de los mismos.

Durante mucho tiempo, el supuesto contenido indeterminado de los derechos económicos, sociales y culturales se ha esgrimido como razón para desconocer su protección en el ámbito jurídico. Tal situación, en el caso colombiano la plasma de forma brillante Mauricio García Villegas indicando que;

²⁴SANDOVAL TERAN ARELI. Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado

la suerte de los usuarios depende más de la disponibilidad de recursos y de la dinámica política entre el ejecutivo y el legislativo, que de la posibilidad que estos tienen de acudir a una autoridad pública para exigir sus derechos. En este sentido, en Colombia como en los países periféricos la carta de derechos en materia social funciona casi exclusivamente como productora de expectativas sociales, no de derechos subjetivos. Dichas expectativas por lo demás, no son más que eso, expectativas: los límites de la representación política, la prevalencia de factores globales de tipo neoliberal sobre las políticas públicas nacionales y la ineficiencia administrativa, obran en contra de una verdadera protección de estos derechos a través del desarrollo legal de la constitución²⁵.

Aunque este argumento carece de validez pues nada justifica la no defensa y garantía de los DESC, existe un enfoque frente a esta postura que ha trabajado la definición de un núcleo o contenido esencial de los derechos, que busca ante todo que su protección y realización estén bajo unos estándares adecuados que efectivamente dignifiquen la condición humana.

2.2 Características.

Sobre las características del derecho del trabajo, la doctrina ha encontrado varios componentes que permiten dilucidar su contenido. Por ello, y en aras de encontrar una mayor amplitud del concepto nos permitiremos citar autores que han desarrollado distintas características del derecho del trabajo, a saber;

M Borrel citando a Mario de la Cueva considera como características del derecho al trabajo las siguientes:

- Equidad, lo que se traduce en resolver o fallar las controversias laborales de acuerdo al señalamiento del deber, la conciencia o la moral, atendiendo a estos más que a la literalidad de la Ley.

²⁵ GARCIA, MAURICIO Caleidoscopio de las justicias, Bogotá: siglo del hombre editores, p 476.

- Justicia social, entendida como una doctrina ideológica que lucha por un mejor y más generoso trato y retribuciones para los trabajadores.
- Equilibrio entre los dos factores de la producción, pues pretende armonizar los intereses del capital y el trabajo.
- Protección especial al obrero por ser la parte más débil de la relación laboral, al grado de darse la llamada suplencia de la queja.
- Irrenunciabilidad de los derechos laborales, porque los trabajadores no pueden renunciar a sus derechos laborales concedidos por la Constitución y la Ley del Federal del Trabajo, así cualquier convenio en contrario será nulo.
- Derecho en constante expansión, extiende su ámbito de aplicación y protección a nuevos grupos de laborantes.
- No priva o reconoce la voluntad de las partes en las convenciones y contratos colectivos o individuales de trabajo ni en los llamados contratos-ley, ya que no pueden las partes interesadas desconocer ni reducir las condiciones de trabajo o los mínimos señalados en la Constitución y en la Ley Laboral²⁶.

A lo anterior, Francisco Linares agrega la informalidad del derecho del trabajo en los siguientes términos;

No es formalista, debiendo ser sencillo, dúctil y claro, sin tecnicismo en su terminología, poco oneroso en su aplicación Práctica, puesto que en general ampara a gentes modestas y desprovistas de recursos económicos; empero, en el hecho, estas finalidades a menudo no se realizan, pues su lenguaje no tiene suficiente claridad, su frondosa legislación es confusa, su reglamentación es excesiva y marcadamente burocrática, sus tramitaciones son costosas y complicadas, todo lo cual repercute a veces en perjuicio de la producción y del progreso económico. Como lo anota Paul Durand 'la marcha de una empresa

²⁶ BORREL, M. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo. México: Sista. 2006.

moderna se acompaña de un pesado aparato administrativo', y ve en ello un renacer de formalismo en el actual Derecho del Trabajo. Será pues indispensable reaccionar contra estas deficiencias, y tender a la mayor simplificación de las leyes y reglamentos sociales²⁷.

Por otra parte, algunos doctrinantes consideran que la principal característica del derecho del trabajo es ser un mecanismo de acoplamiento entre los trabajadores y empresarios. Ello debido a que, esta rama del derecho regula relaciones entre personas en las que se consignan derechos y obligaciones para cada una de las partes, en aras de lograr coordinar los intereses de ambos. Es decir, busca lograr la protección de la colectividad inmersa en el contrato laboral.

Desde esta óptica, el derecho del trabajo no puede considerarse como un cuerpo normativo inmutable, sino que, por el contrario, debe modificarse constantemente para estar en condición de armonizar efectivamente los factores de la producción y proteger los derechos de los trabajadores, ante las cambiaste situaciones de la economía.

2.3.1 Contenido esencial en los derechos.

El contenido esencial de un derecho humano se refiere al conjunto de garantías que lo componen. El contenido esencial incluye características universales a todos los derechos humanos, así como específicas a cada uno de ellos. Las características universales son aquellas que se aplican a todos los derechos. La no discriminación, por ejemplo, es una de ellas. Al mismo tiempo ciertas

²⁷ WALKER LINARES, FRANCISCO. Concepto, naturaleza y características del Derecho del Trabajo. <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/6028/5894> consultado.

características que componen el contenido esencial de un derecho se presentan únicamente en ese derecho, pero no es aplicable a otros derechos.

Cabe aclarar que este contenido esencial no puede verse como la búsqueda de la realización de una mínima parte del derecho, sino que debe asumirse como un enfoque en permanente evolución con base en el carácter progresivo de los derechos. En este sentido podemos afirmar que existen cuatro características básicas que debe asegurar un Estado para garantizar la realización de los DESC. Estas características son trabajadas directamente por el Comité DESC en las observaciones generales para cada derecho. Estas características son denominadas las 4-A²⁸:

1. Asequibilidad: se refiere a que el Estado debe garantizar la disponibilidad de los recursos necesarios para la realización de los derechos.
2. Accesibilidad: se refiere a la garantía de acceso a los derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación. Hay tres tipos de accesibilidad que deben garantizarse la primera, se refiere al acceso a los derechos sin discriminación de algún tipo (raza, condición de clase, condición sexual); la segunda, tiene que ver con la accesibilidad en términos materiales, es decir, que exista infraestructura necesaria y adecuada para que las personas puedan acceder a sus derechos; y la tercera, se refiere al acceso económico, y plantea que no pueden existir limitaciones para la satisfacción de los derechos con base en la disponibilidad o no de recursos económicos por parte de las personas.
3. Aceptabilidad: tiene que ver con que las medidas o los contenidos adoptados para garantizar un derecho sean acordes con las creencias y costumbres de las personas y no atenten contra éstas.

²⁸Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html consultado.

4. Adaptabilidad: en este aspecto se debe procurar que la prestación de un derecho siempre respete y busque satisfacer los intereses de su titular²⁹.

2.3.2 Contenido mínimo esencial en los derechos.

Además del enfoque del contenido esencial, encontramos otro denominado umbral mínimo, que parte de una perspectiva más práctica y busca principalmente ayudar en la formulación de medidas para que los Estados cumplan sus obligaciones frente a los DESC.

Es así como el contenido mínimo esencial de un derecho es la base mínima intangible de cada derecho, que todas las personas en todos los contextos deben tener garantizado. Indica un tope mínimo debajo del cual no debe actuar ningún gobierno, aun en condiciones desfavorables. Algunos elementos del contenido esencial pueden ser limitados bajo circunstancias especiales, pero el contenido mínimo esencial establece un tope para la acción de cualquier gobierno, un ejemplo de este enfoque podría ser a través de indicadores es decir nutrición-desnutrición, mortalidad infantil, esperanza de vida, ingreso, empleo-desempleo-subempleo, etc.

2.3.3 La Exigibilidad de los DESC.

Los derechos humanos, tienen unos fundamentos y contenidos que implican la realización de las personas dentro de una comunidad en condiciones dignas. Por eso es tan importante el papel del Estado a la hora de cumplir sus obligaciones y responsabilidades como principal defensor de estos derechos.

De igual manera es necesario precisar que en algunos casos, el Estado no ejerce a cabalidad su papel de garante de todos los derechos. Por esta razón,

²⁹SUAREZ SEBASTIAN MARIA DEL PILAR, aspectos fundamentales de los DESC. 2005.

las personas, los colectivos, las comunidades o la sociedad en general, busca medios, alternativas y formas para que el Estado se encargue de sus ocupaciones y responsabilidades. En la mayor parte de los casos observamos que la exigencia en el cumplimiento de los derechos, si bien está encaminada a resolver una vulneración inmediata o específica, está atravesada por diversas estrategias cuyo objetivo único es cumplir con cada uno de los derechos humanos.

La Constitución Política de Colombia ha consagrado muchos de los derechos económicos, sociales y culturales por lo cual se hace necesario buscar su justiciabilidad a partir de diferentes acciones de orden civil, acciones de tutela, acciones populares, de cumplimiento o de inexecuibilidad de las normas que violan estos derechos llamados DESC, pero es de aclarar que hasta la fecha los recursos con los que cuenta la legislación colombiana son precarios, estos se pueden ver estimulados por la presentación de varias acciones ante las jurisdicciones nacionales una vez agotados estos algunos casos de violación de Derechos Económicos Sociales y Culturales pueden ser presentados en el plano internacional.

2.3.4 Base constitucional colombiana para la exigibilidad de los derechos.

La Constitución de 1991 estableció un marco constitucional garantista en relación con los Derechos Humanos, los Derechos Económicos Sociales y Culturales y en general relacionado con el bienestar individual y social de la comunidad. En la estructura constitucional se integra de manera explícita y privilegiada los Derechos Humanos incluidos en los tratados internacionales y se formularon de manera expresa algunos derechos DESC contemplados específicamente en el Capítulo 2 de la Constitución. En este sentido es claro que la Carta Política definió al Estado como un "Estado social de derecho"

fundado en el respeto de la dignidad humana, según lo contemplado en el artículo 1 constitucional. El siguiente párrafo ilustra de forma clara cada uno de los artículos de la Constitución Política de Colombia relacionados con los Derechos Económicos Sociales y Culturales:

El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la preeminencia de los derechos inalienables de la persona humana... (Art 3 C.N) Igualmente la Constitución Nacional incorpora de manera global a la legislación interna los Derechos Humanos que integran tratados debidamente ratificados por el Estado. Estos derechos (incluidos los Desc), prevalecen en el derecho Interno y son criterio de interpretación jurisprudencial. Esta incorporación en paquete, de los derechos humanos, no ha sido plenamente explotada en función de su judiciabilidad, como tampoco el criterio de prevalencia de este tipo de derechos frente a los demás principios y normas de la Constitución y del ordenamiento legal en su conjunto. La Constitución Nacional ha reconocido, de manera expresa algunos de los DESC con rango constitucional. Se han incluido expresamente en la carta política los derechos de educación (art 67, 54 y 70 C.N), a la salud, agua, saneamiento ambiental y servicios domiciliarios (arts 49, 366 y 368 C.N), derecho de asociación sindical (art 38 C.N), derecho a la seguridad social (Arts 44, 46, 48 C.N), Vivienda (art 51 C.N), trabajo (arts 25, 53 y 54 C.N) Derecho a la Huelga (art 56 C.N), protección a la familia (art 42), recreación, deporte y tiempo libre (art 52). Se ha definido una protección especial a grupos especiales, tales como: personas con debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental o por condiciones de vulnerabilidad (art 13), infancia, (art 44), adolescentes (art 45), tercera edad (art 46), disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art 47 y 54), mujer (art 43), trabajadores agrarios (art 64), indígenas (art 68) y comunidades negras (art 55 transitorio)³⁰.

³⁰JOSÉ ALVEAR RESTREPO, Colectivo de Abogados Exigibilidad jurídica de los DESC en Colombia mediante acciones jurídicas Internacionales.

Este marco constitucional, combinado con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los convenios de la OIT, se convierte una gran carta de DESC que posibilitará a cada uno de los ciudadanos tener suficiente sustento para la exigibilidad de los mismos, aunque esto en la práctica no sea tan efectivo.

2.3.5 Como se logra la exigibilidad.

Este es uno de los principales problemas con los que cuentan no solo los Derechos Económicos Sociales y Culturales sino los Derechos Humanos en su totalidad, esto ocurre por varios factores, uno de estos factores son; los pocos mecanismos con los que cuentan los Estados y las organizaciones Internacionales en pro de las víctimas a las que se le han vulnerado sus derechos, de igual forma otro factor que influye en este sentido son las políticas públicas que optan los gobiernos para frenar la violación de los Derechos Humanos en cada uno de sus países.

En este orden de ideas es necesario citar un fragmento de la Declaración de Quito, acerca de la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) En América Latina y el Caribe, realizada el 24 de Julio de 1998, exactamente el párrafo 19 el cual expresa lo siguiente:

La exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición

sustancial del ejercicio de su ciudadanía. Los DESC son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente³¹.

En este sentido y teniendo claro que la exigibilidad es un proceso social, político y legal, el principal actor para defender dichos derechos es el Estado, pues este se ve obligado a cumplir cada uno de los derechos a cada uno de sus habitantes. Así, podemos observar dos caminos para lograr la exigibilidad en los derechos por un lado encontramos la exigibilidad política la cual hace referencia a todas aquellas acciones que realizan los actores sociales para cambiar una situación que los afecte. Es decir, el incumplimiento de sus derechos puede darse a través de la incidencia en políticas públicas, programas de gobierno y todas aquellas acciones que tienen que ver con la generación de opinión pública, estas se pueden desarrollar a través de movilizaciones, marchas, paros, capacitaciones, etc. Pero la exigibilidad política no puede reducirse únicamente a la incidencia en políticas públicas para garantizar un cambio institucional. Ésta debe ir más allá y buscar la transformación de las estructuras de poder que han generado exclusión en la sociedad.

El principal obstáculo que afronta la justiciabilidad como segundo escenario que se presenta para lograr la exigibilidad de los DESC, es la falta de mecanismos formales que permitan reclamos más efectivos en el campo jurídico a los Estados. El Protocolo Facultativo para el PIDESC³², es una necesidad imperante para posibilitar acciones jurídicas en los ámbitos nacional e internacional.

³¹BUSINESS, HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en américa latina y el caribe. <https://business-humanrights.org/es/declaraci%C3%B3n-de-quito-acerca-de-la-exigibilidad-y-realizaci%C3%B3n-de-los-derechos-econ%C3%B3micos-sociales-y-culturales-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe>. Consultado.

³²NACIONES UNIDAS. El Protocolo Facultativo del pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>. Consultado.

De esta manera los Estados se ven obligados a adoptar medidas desde el momento mismo en que ratifican los instrumentos referidos en los DESC, estas acciones deben consistir en actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de los derechos. En todo caso corresponderá al Estado justificar su inactividad, demora o desviación en el cumplimiento de tales objetivos.

CAPITULO 3.

DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES ENCOLOMBIA.

Es claro que jurídica y políticamente, la lucha por el Estado social de derecho no ha sido otra cosa que el debate sobre el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, entre ellos precisamente el derecho al trabajo. La polémica, sobre la fundamentabilidad de dicha garantía ha girado precisamente en torno a su aplicabilidad, pues el reconocimiento de su exigibilidad constitucional impone a la administración un actuar activo, en lo que respecta a la planificación y ejecución de políticas para redistribuir el bienestar. Y por ello, se ha dicho que la imposibilidad económica de su realización, o la incompetencia del poder judicial para conocer de asuntos relacionados con erogaciones estatales y la distribución de recursos. Han sido, las razones políticas que han dado lugar a la negativa de la exigibilidad del derecho económico y social del trabajo. Es decir, la imposibilidad actual de su materialización ha conllevado al desconocimiento de su calidad de derecho fundamental.

Al respecto, de esta realidad jurídico-política expresa Robert Alexy *“la existencia de un derecho, no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho este también es justiciable”*³³. Sin embargo, en aras de comprender de forma más clara la realidad del derecho social del trabajo, será importante referirnos a su desarrollo histórico y conceptual que nos permita dilucidar su importancia y fundamentabilidad como derecho exigible.

³³ALEXY, OP. CIT, P 496.

3.2 Evolución Histórica del Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo aparece en la historia humana como respuesta a las nuevas exigencias sociales que se venían presentando como resultado de las nuevas estructuras de producción (capitalismo).

“El Derecho es, ciertamente una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales”³⁴. Por ello, es indispensable identificar el singular conflicto social que se encuentra en la base del Derecho Laboral; la historia demuestra que el Derecho del Trabajo descansa sobre una realidad social conflictiva, la cual se ve reflejada en la imposibilidad de que todos los hombres gocen de un mismo bienestar material.

Es fundamental, entonces identificar las etapas que conllevan a la actual situación del Derecho Laboral, partiendo de un momento histórico, como la esclavitud, hasta llegar a las más sofisticadas modalidades de trabajo y a la realidad social y normativa fruto precisamente de dicho desarrollo histórico.

3.2.1 Edad Antigua.

Las cuestiones sociales se remontan a los orígenes del hombre en la sociedad, es así como en la antigüedad el trabajo se relacionaba con la esclavitud³⁵, cuyo origen data de la época de la prehistoria, con la mujer como sujeto pasivo de la relación. Sin embargo, fue la guerra el principal móvil de esclavitud y ésta, la primera forma de trabajo. Ya que, de una u otra manera, quien la ganaba, se beneficiaba con la labor del vencido.

³⁴PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel – Carlos. Derecho del Trabajo e Ideología. Editorial Tecnos S.A, Madrid - España.

³⁵GUERRERO FIGUEROA, Guillermo Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Leyer.

La característica primordial de la esclavitud fue el hecho de que el esclavo era de propiedad absoluta del señor (dueño) pudiendo obligarle a desempeñar cualquier labor o actividad. Éste era considerado un objeto o cosa según el ordenamiento legal y como consecuencia tratado como tal, al igual que los bienes y frutos (hijos) producidos por él.

La normatividad laboral se inclinaba hacia los esclavos, como realizadores del servicio y como fundamento de una situación social imperante y definidora del sistema de la época. En el Derecho Romano³⁶, el trabajo se confundía con el arrendamiento de cosas, por ser el esclavo considerado un objeto. Además de la guerra, fueron fuentes de esclavitud la insolvencia del deudor, que convertía a éste en esclavo del acreedor; el nacimiento de madre esclava; la condena penal y por disposición de la ley. Estos factores llevaron al abuso indiscriminado de esta figura (la esclavitud), ya que el dueño o propietario del esclavo, podía hacer con éste lo que quisiera, al punto de poder disponer de su vida y de la de su familia.

3.2.2 Edad Media.

En esta época, con el establecimiento del comercio, nacen las relaciones feudales, donde la nota principal del sistema fue el latifundismo. Esta institución, aparece como una transformación de la esclavitud, luego de la desintegración del Imperio Romano, cuyo fundamento se presenta en la necesidad que tenían los señores feudales de hacer producir sus tierras, al crearse gravámenes estatales para los terrenos que se encontraban abandonados, aunque contaran con un dueño. Esto significó un cambio fundamental en la manera de ver al

³⁶PAUL VEYNE. El trabajo en la antigua roma.
<http://www.hipernova.cl/LibrosResumidos/Historia/LosRomanos/TrabajoAntiguaRoma.html>.
Consultado.

esclavo.³⁷A raíz de estas medidas, fue imperioso para los señores establecer en sus tierras a sus esclavos, momento histórico en el cual dejaron de llamarse como tal para pasar a ser siervos de la gleba, denominación que acarreaba una situación jurídica diferente, ya que éstos contaban con la posibilidad de casarse y además tenían el derecho a percibir una participación por los beneficios de la explotación del terreno.

En dicha época es importante resaltar que: *“Aparece el colonato, figura en la que el Señor ya no es quien a su liberalidad entrega al colono una parte del producto de la tierra, sino que es él, quien la explota en su beneficio, dando una participación al dueño del feudo, basándose en un contrato celebrado con anterioridad”*³⁸.

Además del trabajador rural unido a la finca, en el marco histórico del feudalismo, aparecen en las ciudades los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena; nacen los talleres de artesanos y gracias al gran prestigio que ganó el trabajo artesanal surgieron las corporaciones o gremios, los cuales se ocupan de la organización del trabajo, dando lugar al sistema gremial que va a constituir la base prima de la regulación de la prestación personal de servicios para la época.

El gremio tiene como característica la obligatoriedad, reflejada en que ninguno de sus afiliados podrá actuar con independencia del órgano gremial. Con el advenimiento del maquinismo, estas corporaciones se vieron afectadas al punto de desaparecer por la “tecnología” que se desarrollaba en las grandes fábricas.

³⁷GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Obra citada, página 13.

³⁸GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Obra citada, página 13.

3.2.3 Edad Moderna.

La aparición de nuevas organizaciones industriales, la transformación de las corporaciones, la oposición que cada día era más violenta entre el trabajador campesino y el señor feudal, fueron algunos de los hechos que determinaron el nacimiento del liberalismo. En esta época, el trabajo es considerado una mercancía, ya que será la ley de la oferta y la demanda la que solucione los conflictos que se llegaran a suceder en este campo.

Según el liberalismo, es necesario que exista una absoluta libertad individual y a su vez deben suprimirse los obstáculos que impidan el libre desarrollo de la persona humana. En la edad moderna, el Estado juega un rol de simple espectador; es un Estado no intervencionista en el campo laboral. Simplemente vigila que el principio de libertad no se viole y que en las relaciones socioeconómicas entre los particulares no concurren intermediarios.

3.2.4 Edad Contemporánea.

Al adentrarse la edad contemporánea, con la llamada “Revolución Industrial”³⁹, que es uno de los grandes episodios de la historia humana, se presentó un cambio de modos de vida generalizado e intenso, además de dar lugar no sólo una convulsión industrial sino cambios de tipo intelectual y social. Debido a la entrada de la máquina, los salarios paupérrimos, las condiciones en que los trabajadores debían laborar, la aceptación de menores y el trato que se le daba a la mujer, además de la falta absoluta de prohibiciones en las labores, se dio origen a sucesivas rebeliones de éstos contra los empleadores de entonces, además de una fuerte reacción por parte de las autoridades y su despertar a la protección de los asalariados, a través de su intervención; se tomaron medidas

³⁹REVOLUCION Y CRISIS DEL ANTIGUO REGIMEN: LAS TRANSFORMACIONES ECONOMICAS Y POLITICAS. https://previa.uclm.es/ab/humanidades/profesores/descarga/manuel_ortiz/textos.pdf consultado.

como la de limitar la edad de los menores para actuar en el campo laboral, sobre un horario y unas labores determinadas, al igual que la protección que se le otorgó a las mujeres, es aquí donde se inicia la historia del actual Derecho del Trabajo.

Por lo anterior que, la irrupción del derecho del trabajo en el ámbito jurídico pueda considerarse uno de los más grandes acontecimientos de la historia del derecho moderno, tanto es así que el derecho laboral ha sido considerado el derecho del siglo XX. Sin duda alguna, cuando esta rama del derecho surge e impone su autonomía en reglas y principios al amparo de ese otro gran hito histórico que fuera la creación de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T. resuelve un grave problema humano, social político y económico cual es precisamente el del trabajo por cuenta de otro en circunstancias de ignominiosa explotación, problema este, heredado del siglo XIX y que de alguna manera llegó a desembocar en las graves crisis económicas y sociales de nuestro siglo.

Debe recordarse que fueron duras y cruentas las batallas que el movimiento obrero tuvo que librar para lograr que se estableciera el reconocimiento del contrato de trabajo como un acto de voluntades autónomo y protector del trabajador, con unas garantías establecidas por encima de la voluntad del empleador y hasta del mismo trabajador; todo por el afán de la protección y la favorabilidad para la parte más débil en este caso el trabajador. Y es ese precisamente, el postulado máximo del derecho del trabajo ser garantía mínima de los derechos fundamentales y de la dignidad humana de la persona inmersa en un contrato laboral.

3.2 Concepto del Derecho del Trabajo.

De acuerdo con Guillermo Cabanellas el trabajo es: “...un contrato de sociedad, pero pierden de vista que el derecho del trabajo no es un derecho económico sino, básicamente, un instrumento jurídico que contempla al hombre como tal e intenta protegerlo en su vida, en su dignidad y en su salud...”⁴⁰. Por ello ha surgido el principio de que el trabajo no es un artículo de comercio, concepto que está íntimamente vinculado al rechazo de la esclavitud.

Otro significado que se le da al Derecho del trabajo es: “...el conjunto de normas relativas a las relaciones que directa o indirectamente derivan de la prestación libre, subordinada y remunerada, de servicios personales y cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social...”⁴¹.

Con base en lo anterior, se podría decir que el trabajo es un contrato de sociedad para la prestación de servicios, no es un artículo de comercio, por lo que debe de estar basado en reglas que aseguren los beneficios circunstanciales a la libertad mediante la justicia social, y normas jurídicas que establezcan las relaciones entre patrón y trabajador; y logren producir un equilibrio de igualdad entre las personas, pero de acuerdo con Radbruch, la idea central del derecho social: “...se inspira no en la idea de la igualdad de las personas, si no la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser así, punto de partida del derecho para convertirse en meta o inspiración del orden jurídico...”⁴². Engels por su parte ha comentado que el trabajo mismo se diversifica y perfecciona de generación en

⁴⁰GUILLERMO CABANELLAS 1959, pág. 72

⁴¹DE BUEN, 2005. pág. 138

⁴²RADBRUCH 1955. pág. 162

generación⁴³, extendiéndose cada vez a nuevas actividades. Por lo que se considera que la evolución en torno a éste es inevitable por los cambios en las estructuras que establecen en los modelos económicos, políticos y sociales, pero no debe afectar el bienestar y la igualdad (o nivelación de las desigualdades) de las personas y en específico, de los trabajadores.

Por su parte, Mario de la Cueva expresa sobre la realidad del derecho del trabajo que; *“... ya no puede ser concebido como normas reguladoras de un intercambio de prestaciones patrimoniales, sino como el estatuto que la clase trabajadora impuso en la Constitución para definir su posición frente al capital y fijar los beneficios mínimos que deben corresponderle por la prestación de sus servicios. Un estatuto de y para el trabajador”*⁴⁴.

Definición muy acorde con los postulados constitucionales de la Carta Política de 1991, debemos recordar que el Constituyente de dicha época plasmó en el artículo 53 constitucional, la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el llamado “estatuto del trabajo”, que entre otras cosas al tenor del articulado debe contener:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a

⁴³ENGELS, 2000: pág. 1

⁴⁴HERNANDEZ ESCAMILLA JAIME. Naturaleza del derecho del trabajo, según Mario de la Cueva. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/7/7-04.pdf>. Consultado.

la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores⁴⁵.

Si bien, hasta nuestros días dicho “estatuto del trabajo” no ha sido expedido por el legislativo, esta obligación todavía se encuentra en cabeza del Congreso y, el articulado y su contenido preserva su rango constitucional y sus efectos. Por otra parte, puede afirmarse que el derecho del trabajo es un principio⁴⁶ que rige el andamiaje normativo y administrativo de nuestro país, pero también un derecho pues como lo afirma el artículo 25 de la Carta Política: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”⁴⁷. (subrayado fuera de texto).

De lo anterior, que sea factible concluir que el derecho del trabajo en Colombia se expresa de dos formas distintas; como principio, en tanto rige el andamiaje legal y procesal de las relaciones laborales entre trabajadores y patronos y,

⁴⁵CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 53.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

⁴⁶CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 1.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

⁴⁷CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 25.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

como derecho, por cuanto es posible solicitar su amparo ante los estrados judiciales en acción de tutela o en proceso ordinario.

Por otra parte, las garantías laborales reconocidas en la Carta Política de 1991, se extienden a situaciones muy particulares, en las cuales ha sido precisamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional quien ha desarrollado la conceptualización de derechos fundamentales de carácter laboral. Entre los mas importantes, encontramos precisamente el derecho al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al igual que otros derechos que por conexidad con la dignidad humana han hallado amparo constitucional. Por ello, las paginas siguientes se referirán puntualmente a la jurisprudencia del Alto Tribunal que ha reconocido dichos derechos fundamentales y los ha amparado por medio de la acción de tutela.

3.3 Mínimo Vital.

El término mínimo vital tiene aplicación en el derecho laboral. La palabra mínimo significa la menor remuneración que debe percibir el trabajador y vital implica que esa remuneración debe asegurar al trabajador y a su familia la satisfacción de sus necesidades básicas. En nuestro país, el derecho fundamental al mínimo vital fue reconocido por primera vez en 1992, la Corte sostuvo en esa ocasión:

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital -derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho que definen la organización política,

social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución⁴⁸.

A partir de ese primer pronunciamiento la Corte se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna y como el núcleo esencial de derechos sociales, como el derecho a la pensión o al salario, cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales, entre otras. En la sentencia SU-111 de 1997⁴⁹ la Corte sostuvo que el derecho fundamental al mínimo vital aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social.

Además, determinó que abarca los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en lo que atañe a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida, que no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano.

Este derecho se garantiza de manera general a todos los trabajadores, y se ha establecido que, si bien la acción de tutela no procede para exigir acreencias laborales, excepcionalmente sí es viable cuando por el incumplimiento en el

⁴⁸CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda. Sentencia T-426 de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-824.

⁴⁹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-111 de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-107601.

pago de salarios u otros conceptos se ha violado el derecho al mínimo vital de un trabajador que no cuenta con otros ingresos para subsistir.

Esta situación se analizó en la Sentencia T-638 de 2001⁵⁰, que se originó por acción de tutela interpuesta por la señora Martha Lucero Rincón Becerra, docente vinculada por orden de prestación de servicios a la escuela Dios y Patria del Municipio de Cimitarra, Santander, contra el alcalde de dicha localidad, por el no pago de los salarios correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dos mil (2000).

La Corte expresó en esta oportunidad que;

(i) si está demostrada la mora salarial del demandado, (ii) hay indicios de que el afectado no cuenta con otros medios de subsistencia y (iii) no se ha probado lo contrario, entonces debe concederse la tutela de su derecho fundamental al mínimo vital. Además, estableció una presunción de afectación del mínimo vital cuando la suspensión en el pago del salario se prolonga indefinidamente⁵¹.

De igual forma, la Corte precisó que si se afirma que el derecho al mínimo vital está siendo vulnerado y ello se demuestra indiciariamente, corresponde al juez de tutela determinar si en efecto se configura dicha vulneración. Ello se desprende de la especial función asignada al juez de garantizar los derechos fundamentales. Por lo anterior, el desarrollo que ha alcanzado este derecho en nuestro medio es amplio; así, encontramos muchos fallos de tutela en los que la Corte protege el derecho al mínimo vital de las personas en situación de debilidad manifiesta, cuando se les ha vulnerado por situaciones como: mora en

⁵⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-638 de 2004. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-861912.

⁵¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-638 de 2004. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-861912.

el reconocimiento y en el pago de salarios, omisión de prestar atención necesidad de seguridad social en salud, pago inoportuno de la pensión de invalidez, de la sustitución pensional y pensión de vejez.

Este último evento se discutió en la Sentencia T-458 de 1997⁵², dado que un grupo de pensionados de la tercera edad interpuso acción de tutela contra la compañía An Son Drilling Company of Colombia S.A., que entró en concordato, razón por la cual se atrasó en el pago de las mesadas pensionales de esas personas que carecían de otra fuente de ingresos.

La Corte consideró que aunque se vieran sacrificados los derechos fundamentales de otros trabajadores a los que la empresa adeudaba salarios, las personas de la tercera edad merecían una particular protección del Estado por hacer parte de un grupo especialmente vulnerable, por tratarse de personas que por sus condiciones personales no pueden acceder al mercado de trabajo y, probablemente, no tendrán, hasta el final de sus días, otros ingresos que los provenientes de su pensión con la que satisfacen su derecho fundamental al mínimo vital.

También ha protegido la Corte el derecho al mínimo vital en otros casos, cuando hay desprotección absoluta de personas en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de las mujeres embarazadas, por omisión de pagarles la licencia de maternidad o por despedirlas injustificadamente.

⁵²CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-458 de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente acumulados T-115103, T-117717, T-118462, T-118463, T-118464, T-118465 T-118466, T-118467, T-118468, T-118469, T-118470, T-118472, T-118474, T-118475, T-118476, T-118477, T-118619, T-118675, T-119033, T-120583, T-120628, T-121070, T-122985, T-123280, T-123281, T-123284, T-123286, T-124257, T-125258, T-125944, T-127758, T-128732, T-128801.

En Sentencia T-028 de 2003⁵³ se reconoció el derecho al mínimo vital de una mujer embarazada que trabajaba para el Departamento del Atlántico, quien interpuso tutela contra el Gobernador de ese Departamento, porque sin que existiera autorización previa del funcionario competente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, declaró la vacancia por abandono del cargo que ella desempeñaba, desconociendo una serie de incapacidades médicas que habían sido otorgadas a la peticionaria por su embarazo de alto riesgo.

La Corte ordenó el reintegro de la trabajadora a su empleo tutelando su derecho a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital; en cuanto a este, sostuvo que no sólo se vulneró a la madre sino también al recién nacido, ya que como consecuencia de su desvinculación laboral y dado que la accionante no tenía otros ingresos, con la liquidación que recibió tuvo que cubrir necesidades como cánones de arrendamiento adeudados, su alimentación de los meses anteriores y los gastos del parto. Sumado esto a que como lo señaló la Corte, no se puede olvidar que un niño recién nacido demanda nuevos gastos y precisamente por ese motivo el mínimo vital resulta comprometido cuando la madre es desvinculada de la empresa o entidad donde prestaba sus servicios, toda vez que, como en el caso, los ingresos recibidos eran los únicos de los cuales derivaba su sustento. Entonces, podemos asegurar que en nuestro medio el derecho al mínimo vital es garantizado a todos los trabajadores. Sin embargo, se les ha dado una especial prelación a ciertas personas en situaciones especiales, tales como: personas de la tercera edad, mujeres embarazadas, discapacitados, enfermos.

⁵³CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta. Sentencia T-028 de 2003. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-641827.

3.4 Estabilidad Laboral Reforzada.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría de la discriminación positiva, la misma tiene como propósito favorecer a ciertos grupos sociales que, por diferentes circunstancias, como discapacidades físicas, se encuentran inmersos en situaciones de debilidad manifiesta.

Si bien el artículo 53 constitucional consagra el derecho a la estabilidad laboral, la Corte, dado que existen casos en los cuales esa estabilidad debe ser mayor, creó el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, por el cual se han creado entre muchas otras prerrogativas la prohibición de despido al trabajador por causa de impedimento o discapacidad y la obligación del empleador de obtener un permiso por parte del Ministerio del Trabajo para poder terminar unilateralmente el contrato. De este derecho gozan exclusivamente los grupos que de acuerdo con la Constitución deben tener especial protección, estos son; los trabajadores que gozan de fuero sindical, para los cuales la estabilidad laboral es fundamental para la protección del derecho de asociación sindical, la mujer embarazada cuando es despedida por su condición, las personas con discapacidades o con VIH-SIDA, cuando el despido tuvo como origen su condición de discapacidad o su enfermedad, las personas de la tercera edad, los desplazados.

Una de las situaciones en que la Corte se ha pronunciado sobre este derecho la contempla la Sentencia T-530 de 2005⁵⁴, en que se protege el derecho a la estabilidad reforzada de las personas enfermas, se trata del caso de la señora Sonia del Socorro Marín, cabeza de familia, con un hijo y una madre de 77

⁵⁴CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera. Sentencia T-530 de 2005. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-1042453.

años, que dependían de ella, quien padecía de una grave enfermedad que la mantuvo incapacitada por largo tiempo. La peticionaria se desempeñaba como servidora pública hasta que su cargo fue declarado insubsistente por el alcalde del Municipio de el Peñol, Antioquia, contra quien interpuso acción de tutela por violarle sus derechos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna.

La Corte concluyó que el Alcalde Municipal de El Peñol violó la protección a la estabilidad laboral reforzada que la Constitución Política le concede a Sonia del Socorro Marín, por razón de la condición de debilidad manifiesta en que se encuentra por su estado de salud, aunada a su condición de madre cabeza de familia. En las consideraciones se reitera lo expuesto en Sentencia T-519 de 2003 en los siguientes términos:

(i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho⁵⁵.

Por lo que concluye la Corte que el alcalde de ese municipio al declarar insubsistente el cargo que ocupaba la accionante, sabiendo que era una madre cabeza de familia que se encontraba en un grave estado de salud que

⁵⁵CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta. Sentencia T-519 de 2005. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T-1063528.

prácticamente la incapacitaba para laborar, le violó los derechos antes señalados a la demandante.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada que tienen los trabajadores con fuero sindical la Corte se pronunció en Sentencia T-285 de 2006⁵⁶. En donde, analizó la situación del señor Luis Fernando Valencia Taborda, quien hacía parte en calidad de octavo suplente de la organización sindical de trabajadores del Banco Bancafé, denominada Unión Nacional de empleados bancarios “U.N.E.B”.

En desarrollo de las funciones de dicho cargo la Junta Directiva Nacional de la Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB” solicitó al Director de Recursos Humanos de Bancafé S.A. permiso para que algunos de sus delegados, entre ellos el señor Luis Fernando Valencia Taborda, asistieran al XXIV Congreso Nacional Extraordinario de la organización, que se llevaría a cabo entre el 10 y el 12 de marzo de 2005, días después de dicho evento la entidad bancaria decide dar por terminado unilateralmente el contrato del accionante por configurarse uno de los modos autónomos de terminación legal del contrato de trabajo, tal como lo señala el literal e) del artículo 61 del C.S.T., subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990.

Considera la Corte que;

está claro que el trabajador no podía ser despedido sin previo levantamiento del fuero sindical, dada su calidad de trabajador aforado, que constituye una expresión de la estabilidad laboral reforzada de la que gozan estos trabajadores. Por lo tanto, el Gerente Liquidador del Banco Cafetero no

⁵⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.

puede sustraerse a la previa calificación del juez de trabajo si requiere dar por terminado el contrato de trabajo del actor, así fuese por justa causa, por lo que se ordena su reintegro, señalando que desmejorar a un trabajador aforado o despedirlo sin justa causa comprobada por el juez del trabajo, en periodos de estabilidad reforzada previamente convenida, constituyen conductas de discriminación antisindical y dan derecho al reintegro⁵⁷.

No obstante, aclara esta Instancia que:

el periodo de estabilidad reforzada no comporta que los trabajadores aforados no puedan ser despedidos, desmejorados o trasladados con justa causa, sino que ésta deberá ser valorada por el juez del trabajo para resolver en consecuencia si el foro se mantiene o si el mismo permanece, con pleno respeto de las garantías constitucionales del trabajador y del patrono⁵⁸.

De lo expuesto se puede concluir que el derecho a la estabilidad laboral sí está consagrado en nuestra Constitución. Lo que la Corte ha hecho en sus distintos pronunciamientos es establecer que es una obligación del Estado en virtud de la propia Constitución, de los Tratados internacionales firmados y ratificados y de los Convenios de la OIT, al lograr que esa estabilidad laboral de la que gozan todos los trabajadores sea aún mayor para personas que se encuentran en circunstancias especiales que así lo ameriten, tales como: trabajadores sindicalizados, madres y padres cabeza de familia, mujeres embarazadas, etc.

⁵⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.

⁵⁸CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.

3.5 Por Conexidad.

Por otra parte, uno de los temas que han sido ampliamente discutido por los doctrinantes de todos los tiempos es el papel que cumple la jurisprudencia en el derecho. Algunos autores consideran que es una fuente auxiliar. Sin embargo, desde hace un tiempo se ha gestado con más fuerza una corriente que la ubica como verdadera creadora de derecho, contra la creencia de que el papel del juez no es otro que aplicar un conjunto de leyes a un caso concreto para llegar a una conclusión con la que se da respuesta al problema jurídico.

Los que comparten esta posición insisten en señalar que la rama judicial solo crea derecho cuando el aplicador jurídico llámese juez o magistrado llena las lagunas que existen en la ley. Sin embargo, resulta evidente que a nivel mundial se ha replanteado el rol de los pronunciamientos que emiten los Altos Tribunales.

Sobre lo anterior expresa Moral:

En nuestro sistema jurídico, se observa con mayor frecuencia que los jueces de menor jerarquía acogen en sus sentencias los pronunciamientos de los Altos Tribunales, y así se dan los primeros pasos para crear verdaderos precedentes en nuestro país, esto sumado a que cada día con más fuerza: “la ciencia del derecho viene mostrando un creciente interés por el papel que las decisiones judiciales anteriores tienen en la solución de los casos futuros⁵⁹.”

En el ámbito laboral, nuestra Corte Constitucional ha sido consciente del poder creador de derecho que tiene su jurisprudencia, por lo que a través de esta ha dado un giro al derecho del trabajo en nuestro país creando conceptos y teorías innovadoras e interesantes como la del reconocimiento de tutelabilidad

⁵⁹ MORAL, 2007. pág. 124.

de algunos derechos íntimamente ligados a un derecho fundamental. Al analizar algunas sentencias de la Corte, nos encontramos con que en ellas ha amparado una serie de derechos que si bien no ostentan en sí mismos la categoría de derechos fundamentales pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, siempre que su vulneración, en el caso concreto, apareje una violación o amenaza de un auténtico derecho fundamental.

La Corte Constitucional ha entendido que en algunos casos excepcionales resulta procedente la protección, por vía de tutela, de los derechos mencionados, cuando su amenaza o vulneración implica la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, debido a la estrecha y directa relación que existe entre ellos⁶⁰. En estos casos se entiende que el derecho prestacional protegido es un derecho fundamental por conexidad.

es importante indicar que, el juez constitucional deberá realizar un análisis suficiente de los hechos y del acervo probatorio, de forma tal que pueda determinar si efectivamente, en el caso concreto, la vulneración o amenaza de derechos sociales o colectivos, da lugar a la violación o amenaza de los derechos fundamentales de la persona afectada.

Mediante la utilización de la conexidad, la Corte Constitucional ha ejercido su función de garantizar la supremacía constitucional y la efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, a través de esta doctrina, ha protegido especialmente el contenido básico de algunos derechos sociales como medio para lograr la igualdad sustancial o "real y efectiva", en términos del Texto Constitucional.

⁶⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-571 de 1992. M.P.: Dr. Jaime Sanin Greiffenstein. Expediente T-2635.

Es importante resaltar la aplicación de la tesis de la conexidad cuando se encuentra en juego el derecho al mínimo vital. En efecto, gracias a este concepto es posible proteger la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales cuando quiera que la violación de estos dé lugar a una vulneración de la vida digna o la integridad de las personas, conceptos, contenidos en la formulación jurisprudencial del derecho al mínimo vital. Los beneficiarios directos de la teoría de la conexidad, en particular cuando se trata de proteger el mínimo vital, han sido los sujetos de especial protección constitucional, esto es, personas o grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad e indefensión, que por sus condiciones personales o como resultado de la discriminación y marginación social, deben ser amparados de forma especial, como bien se explicó en páginas anteriores.

CONCLUSIONES.

Para concluir la presente investigación, nos permitiremos expresar algunas consideraciones sobre la fundamentabilidad de los derechos sociales como derechos exigibles a saber;

1. El modelo de derechos fundamentales sociales propuesto por Robert Alexy.

Desde la perspectiva de Alexy los derechos sociales son tan importantes para el derecho constitucional, que la decisión de su otorgamiento o no, no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente, es una cuestión de ponderación de principios y no de simple consideración política o económica.

Por ello, Alexy expresa la necesidad de proteger iusfundamentalmente las posiciones sociales en tiempos de crisis económica; a pesar de que exista poco que distribuir, debe asegurarse alguna medida de protección, por más mínima que ella sea. Es por ello, que en países como Colombia donde constantemente se experimentan situaciones deficitarias, se debe abogar por una protección mínima de los derechos sociales, para el caso puntual la Corte Constitucional ha planteado dicha protección por medio del mínimo vital, que si bien ha sido considerado por algunos autores una prestación “miserable”, pero que, en ultimas es lo mínimo que se debe esperar de un Estado social de derecho como el colombiano.

Por otra parte, compartimos la posición de Alexy al considerar que la fundamentabilidad de los derechos sociales no puede condicionarse a su justiciabilidad, ni a la existencia de mecanismos idóneos para su protección, sino que, su fundamentabilidad radica en la exigencia de libertad fáctica y en la mínima lesión de otros postulados constitucionales. Es decir, la exigencia de la dignidad humana a partir de la necesaria consideración del individuo en su situación concreta, con necesidades reales por suplir que en su mayoría son de carácter económico y precisamente el trabajo es el medio idóneo para lograrlo. Además del replanteamiento del principio constitucional de igualdad que debe efectuarse mediante el otorgamiento de prestaciones básicas a cargo del estado.

2. La necesidad de replantear las nociones y principios a la luz de los DESC.

Gregorio Peces Barba alude a la función de los derechos fundamentales en los siguientes términos;

la función principal de los derechos fundamentales en la sociedad moderna es orientar la organización de la sociedad, y principalmente, del derecho como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad. (...). los derechos fundamentales contribuyen, por tanto, a que cada persona pueda realizar plenamente estos signos de su condición humana⁶¹.

Cada momento histórico, cada generación tiene sus distintos intereses y necesidades la “condición humana”, no es inmutable, de ahí que en una primera aproximación a los derechos fundamentales hablamos de los derechos del hombre abstracto, que son conocidos como los derechos clásicos, como derechos del hombre y del ciudadano. Estos derechos, constituían la única categoría de derechos existentes, hasta que, en el siglo XIX y sobre todo en el XX, se empezó a considerar los derechos del hombre concreto, del hombre situado. Estos comprenden los derechos de las personas identificando sus condiciones físicas, culturales, económicas y sociales, se atribuyen a personas que se encuentran, por diferentes razones, en situación de inferioridad respecto al destinatario genérico (hombre o ciudadano), y necesitan una protección especial para alcanzar el nivel general; *“las razones de esta diferencia pueden ser culturales, de edad, de condición física, o de situación en la sociedad, en estos casos, está justificado un trato especial que especifique las diferencias y organice una regulación ad hoc para esos casos”*⁶².

Vemos entonces, la necesidad del replanteamiento de principios y valores: la dignidad, la libertad, y la igualdad que demanda el ser humano considerado en concreto, difieren de las nociones expresadas tiempo atrás, de dicho tópico

⁶¹PECES BARBA. Los derechos económicos, sociales y culturales: su Genesis y su concepto. Universidad Carlos III de Madrid.

⁶²PECES BARBA. Los derechos económicos, sociales y culturales: su Genesis y su concepto. Universidad Carlos III de Madrid.

afirma Bobbio; *“los derechos sociales (...) expresan la maduración de nuevas exigencias, digamos incluso de nuevos valores, como los del bienestar y de la igualdad, no solamente formal, que se podrían llamar libertad a través o por medio del estado”*⁶³.

Valiéndonos de una tautología, diremos; si la razón del estado es el individuo, el estado debe atender a las exigencias de dignidad, libertad e igualdad del individuo, de no ser así, el estado pierde al individuo y el individuo al estado y, con ello, su legitimidad y su razón de ser. Entender que los derechos que necesita el sujeto de hoy no son únicamente derechos de libertad, sino también derechos de igualdad, que le ofrezcan oportunidades de mejorar su calidad de vida, de vivir dignamente; entender que el individuo de hoy no necesita la abstención del estado, necesita su actuación, requiere la funcionalidad del aparato estatal al servicio de su condición humana; entender que los derechos DESC no son un peligro discurso de izquierda contra el poder de tuno, ni mucho menos simples enunciados programáticos, sino una exigencia urgente, real y actual de todo sujeto, nos acerca a pasos lentos, a la realización de los cometidos sociales constitucionales.

Es claro, que uno hecho que no ha favorecido la característica de integridad e interdependencia de los derechos es la división de estos en generaciones. Pensar que los derechos en términos de generaciones implican una clasificación de acuerdo con el interés o valor que protejan, dando a entender que el bien protegido por los derechos individuales tiene una superioridad ineludible frente al bien protegido por los derechos sociales. Se cree que los derechos sociales, recogen intereses o necesidades que no afectan de modo esencial la vida, la dignidad, o la libertad humana, al menos no con la intensidad

⁶³ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: sistema, 1991, p

que es propia de las garantías individuales, en suma, la diferencia residirá en su contenido, en la esfera vital protegida por unos y otros derechos. Sin embargo, en contra posición de dicho planteamiento consideramos que los derechos no deben ser tratados jerárquica sino integralmente, los derechos sociales no protegen bienes de menor categoría a los que protegen los civiles y políticos pues, como se expreso debe entenderse al ser humano como sujeto concreto con necesidades reales, las cuales requiere suplir para vivir con dignidad.

BIBLIOGRAFIA.

- CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 1.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
consultado.
- AGUILAR CUEVAS MAGDALENA. Las tres generaciones de derechos humanos.
<http://cptrt.net/Documentos/LAS%20TRES%20GENERACIONES%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>. Consultado.
- PECES BARBA. Los derechos económicos, sociales y culturales: su Genesis y su concepto. Universidad Carlos III de Madrid.
- PORTALES AGUILERA Rafael, TAPIA ESPINO Diana Roció. Repensar a león de duguit ante la actual crisis del estado social. Pag. 1.
- BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: sistema, 1991, p 61.
- PRIETO SANCHIS. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid. Debate, 1990. P 185.
- SANDOVAL TERAN ARELI. Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado.
- MAURICIO GARCIA. Caleidoscopio de las justicias, Bogotá: siglo del hombre editores, p 476.
- BORREL, M. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano

del Trabajo. México: Sista. 2006.

- FRANCISCO WALKER LINARES. Concepto, naturaleza y características del Derecho del Trabajo. <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/6028/5894> consultado.
- Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html consultado.
- SUAREZ SEBATHIAN MARIA DEL PILAR, aspectos fundamentales de los DESC. 2005.
- JOSÉ ALVEAR RESTREPO, Colectivo de Abogados Exigibilidad jurídica de los DESC en Colombia mediante acciones jurídicas Internacionales.
- BUSINESS, HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en américa latina y el caribe. <https://business-humanrights.org/es/declaraci%C3%B3n-de-quito-acerca-de-la-exigibilidad-y-realizaci%C3%B3n-de-los-derechos-econ%C3%B3micos-sociales-y-culturales-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe>. Consultado.
- NACIONES UNIDAS. El Protocolo Facultativo del pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>. Consultado.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel – Carlos. Derecho del Trabajo e

Ideología. Editorial Tecnos S.A, Madrid - España.

- GUERRERO FIGUEROA, Guillermo Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Leyer.
- PAUL VEYNE. El trabajo en la antigua roma. <http://www.hipernova.cl/LibrosResumidos/Historia/LosRomanos/TrabajoAntiguaRoma.html>. Consultado.
- REVOLUCION Y CRISIS DEL ANTIGUO REGIMEN: LAS TRANSFORMACIONES ECONOMICAS Y POLITICAS. https://previa.uclm.es/ab/humanidades/profesores/descarga/manuel_ortiz/textos.pdf consultado.
- HISTORIA UNIVERSAL. La Revolución Francesa. <https://mihistoriauniversal.com/edad-contemporanea/revolucion-francesa/> consultado.
- GUILLERMO CABANELLAS 1959, pág. 72.
- LUIS VILLAR BORDA. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Revista derecho del estado No. 20. 2007.
- LUIGI FERRAJOLI. Derecho y garantías, Madrid, Trotta, 1999, p. 17, e íd., “El garantismo y la filosofía del derecho”, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n.o 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> consultado.

- DE BUEN, 2005. pág. 138.
- TERAN BLANCO DELIA. Los derechos Humanos de Segunda Generación son Derechos Fundamentales y deben Constitucionalizarse. <http://www.sinpermiso.info/textos/los-derechos-humanos-de-segunda-generacin-son-derechos-fundamentales-y-deben-constitucionalizarse>. Consultado.
- RADBRUCH 1955. pág. 162
- SANTO TOMAS DE AQUINO. Teoría del Derecho. <http://www.teoriadelderecho.es/2012/03/santo-tomas-de-aquino.html> consultado.
- NORBERT HORN. Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual. file:///C:/Users/jaderx/Downloads/21973-21992-1-PB.PDF consultado.
- DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. 1789. <http://www.noticieroficial.com/Internacional/DIH/PACTOS/DERECHOSHOMBREYCIUDADANO.pdf>. Consultado.
- ENGELS, 2000: pág. 1.
- HERNANDEZ ESCAMILLA JAIME. Naturaleza del derecho del trabajo, según Mario de la Cueva. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/777-04.pdf>. Consultado.
- NACIONES UNIDAS. Carta de las Naciones Unidas 1945.

<http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>. Consultado.

- NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos 1948. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>. Consultado.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda. Sentencia T-426 de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-824.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-111 de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-107601.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-638 de 2004. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-861912.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-458 de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente acumulados T-115103, T-117717, T-118462, T-118463, T- 118464, T-118465 T-118466, T-118467, T-118468, T-118469, T-118470, T-118472, T-118474, T-118475, T-118476, T-118477, T-118619, T-118675, T-119033, T-120583, T-120628, T-121070, T-122985, T-123280, T-123281, T-123284, T-123286, T-124257, T-125258, T-125944, T-127758, T-128732, T-128801.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta. Sentencia T-028 de 2003. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-641827.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera. Sentencia T-530 de 2005. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-1042453.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta. Sentencia T-519 de 2005. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T-1063528.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-571 de 1992. M.P.: Dr. Jaime Sanin Greiffenstein. Expediente T-2635.