

El Principio de Progresividad en Colombia. Una Protección Ineficaz de los Derechos Laborales

Sergio Andrés Giraldo Galeano¹

Tipo de artículo: Artículo de investigación
Recibido: 25 de julio de 2023. Aprobado: 04 de octubre de 2023

DOI: 10.53995/25390147.1533

Resumen

El principio de progresividad, también conocido como de no regresividad, es una garantía surgida del ordenamiento jurídico internacional que se encamina a preservar y potenciar los alcances de los derechos sociales, además de ser una guía para la producción legislativa. En el caso particular del derecho del trabajo, dicho principio responde a la lógica de configuración de las libertades y garantías conquistadas por la clase obrera a través de su largo repertorio de luchas históricas. Sin embargo, en Colombia, a partir de la última década del

¹ Abogado y magister en Derecho; doctorando en Educación y Estudios Sociales del Tecnológico de Antioquia - Institución Universitaria; docente e investigador en temas relacionados con la teoría del derecho y el derecho laboral colectivo; ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2728-4735>; sergiogiraldogaleano2017@gmail.com

siglo pasado y como consecuencia de la apertura económica inherente a la globalización capitalista, se vienen impulsando cambios legislativos que van en detrimento de los logros relativos a las condiciones mínimas de un trabajo digno, como lo son la estabilidad, la justicia salarial, las prestaciones sociales y la protección en la enfermedad y la vejez. En este sentido, la Ley 789 de 2002, creada con el noble objetivo de impulsar la creación de miles de puestos de trabajo, terminó demostrando la poca valoración que el Estado colombiano le da al principio de progresividad y subrayó una línea legislativa poco favorable a los intereses de los empleados, que comenzara a definir la Ley 50 de 1990. Con motivo de los 20 años de vigencia de la Ley 789 y considerando el menoscabo que su aplicación produjo a los derechos de los trabajadores colombianos, este artículo pretende mantener vivo el debate en torno al sentido del principio de progresividad, a fin de evitar futuras conculcaciones a las conquistas históricas de la clase obrera.

Palabras clave

Principio de progresividad, prohibición de regresividad, flexibilización laboral, desregulación laboral, bloque de constitucionalidad.

The Principle of Progressivity in Colombia. An Ineffective Protection of Labor Rights

Abstract

The principle of progressivity, also known as non-regression, is a guarantee arising from the international legal system that is aimed at preserving and enhancing the scope of social rights, in addition to being a guide for legislative production. In the particular case of labor law, this principle responds to the logic of configuration of the freedoms and guarantees won by the working class through its long repertoire of historical struggles. However, in Colombia since the last decade of the last century and as a consequence of the economic opening inherent to capitalist globalization, legislative changes have been promoted that have been

detrimental to the achievements related to the minimum conditions of decent work such as They are stability, salary justice, social benefits and protection in illness and old age. In this sense, Law 789 of 2002, created with the noble objective of promoting the creation of thousands of jobs, ended up demonstrating the little value that the Colombian State gives to the principle of progressivity and demarcated a legislative line that was not favorable to workers. interests of the employees that Law 50 of 1990 began to outline. On the occasion of the 20 years of validity of Law 789, and considering the damage that its application caused to the rights of Colombian workers, this article aims to keep the debate alive. around the meaning of the principle of progressivity, in order to avoid future violations of the historical achievements of the working class.

Keywords:

Principle of progressivity, prohibition of regressivity, labor flexibility, labor deregulation, constitutionality block.

O Princípio da Progressividade na Colômbia. Proteção Ineficaz dos Direitos Trabalhistas

Resumo

O princípio da progressividade, também conhecido como não regressão, é uma garantia decorrente do ordenamento jurídico internacional que visa preservar e ampliar o alcance dos direitos sociais, além de ser uma guia para a produção legislativa. No caso particular do direito do trabalho, este princípio responde à lógica de configuração das liberdades e garantias conquistadas pela classe trabalhadora através do seu longo repertório de lutas históricas. No entanto, na Colômbia, desde a última década do século passado e como consequência da abertura econômica inerente à globalização capitalista, foram promovidas mudanças legislativas que têm sido prejudiciais às conquistas relacionadas com as condições mínimas de trabalho digno, como são a estabilidade, justiça salarial, benefícios sociais e proteção na doença e na velhice. Nesse sentido, a Lei 789 de 2002, criada com

o nobre objetivo de promover a criação de milhares de empregos, acabou demonstrando o pouco valor que o Estado colombiano dá ao princípio da progressividade e demarcou uma linha legislativa que não era favorável aos interesses dos trabalhadores que começou a delinear a Lei 50 de 1990. Por ocasião dos 20 anos de vigência da Lei 789, e considerando os danos que sua aplicação causou aos direitos dos trabalhadores colombianos, este artigo visa manter vivo o debate em torno do significado do princípio da progressividade, a fim de evitar futuras violações das conquistas históricas da classe trabalhadora.

Palavras-chave

Princípio da progressividade, proibição da regressividade, flexibilização trabalhista, desregulamentação trabalhista, bloqueio de constitucionalidade.

Introducción

El principio de progresividad es una garantía protectora de los derechos humanos, pero, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuya función es evitar que se puedan desmejorar las condiciones de vida digna alcanzadas por los pueblos como resultado de sus luchas históricas (Courtis, 2006; Sarlet, 2006). Por lo tanto, se trata, primero, de un mecanismo que posibilita a los Estados la implementación de políticas públicas encaminadas a materializar los derechos fundamentales y, segundo, de un recurso hermenéutico idóneo para el análisis de normas jurídicas que, eventualmente, puedan significar un retroceso frente a lo ya ganado.

Como antecedente más significativo de la consagración del principio de progresividad, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), promulgado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Los Estados firmantes de este acuerdo, entre ellos Colombia, se comprometieron a tomar medidas conducentes a reconocer y garantizar la eficacia de los derechos a la educación, a la vida cultural, artística y científica, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, a la

seguridad social y al trabajo. Resulta importante resaltar que, si bien estos derechos ya habían sido reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, es a partir del PIDESC que comienza a desarrollarse en serio su protección, acudiendo a mecanismos como el principio de progresividad.

La progresividad se convierte, así, en un parámetro que el legislador debe considerar al momento de crear leyes relacionadas con los derechos fundamentales, pero en especial con los DESC. Se pretende, así, evitar que el Estado social de derecho corra el riesgo de desnaturalizarse a través de normas que puedan significar un retroceso o un regreso a situaciones de injusticia social que ya fueron superadas. Por eso, la progresividad promueve el diseño de políticas públicas y la aplicación de medidas que incrementen el contenido y los alcances de los DESC, al tiempo que proscriben la regresividad ilegítima e injustificada (Arango, 2006).

Sin dejar de reconocer que los DESC son múltiples y que de su aplicación total y efectiva depende la legitimidad del modelo de Estado social, este escrito se enfocará exclusivamente en el estudio del principio de progresividad del derecho laboral y, de manera aún más precisa, estará dirigido al análisis de algunas normas modificadas por la Ley 789 de 2002, que generaron un enorme retroceso en las garantías de los trabajadores colombianos en materia de contratación individual. En este sentido, la siguiente pregunta guiará la reflexión que proponemos al lector: ¿la Ley 789 de 2002, creada “para apoyar el empleo y ampliar la protección social”, trasgredió el principio de progresividad y contrario a este principio, representó un retroceso en las garantías laborales de los trabajadores colombianos?

Para responderla, analizaremos cuatro aspectos del problema, a saber: (a) la tensión que se presenta entre la globalización capitalista y el sentido protector del derecho laboral; (b) la precarización del empleo de calidad a través de la flexibilización laboral; (c) el principio de progresividad como criterio para incrementar cualitativa y cuantitativamente los derechos sociales, y (d) la verificación de que la Ley 789 de 2002 degradó las condiciones laborales en Colombia.

Impacto de la Globalización Liberal en el Sentido Protector del Derecho Laboral

Guastini (2007) sostiene que “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (p. 45). A partir del cambio de paradigma jurídico que significó la Constitución Política de 1991, atestiguamos la constitucionalización del derecho del trabajo, puesto que su consagración como derecho y deber fundamental va más allá de una simple consideración formal, trascendiendo al plano del valor social y del principio fundante del Estado.

Sin embargo, el estudio del desarrollo del derecho laboral no puede limitarse a un asunto de teoría o axiología constitucional, sino que pasa por la recuperación constante de su sentido político (Supiot, 2008). En efecto, cualquier tentativa de analizar la configuración normativa actual del derecho del trabajo pasa, necesariamente, por comprender la incidencia que sobre sus disposiciones ha tenido la globalización capitalista (Bedoya Bedoya, 2009). Y no podría ser de otra manera, puesto que, al mismo tiempo que se buscaba fortalecer el derecho al trabajo a través de su constitucionalización (Constitución Política de Colombia, arts. 1, 24, 26, 38, 39, 53, 54, 55, 56, 57), entraba en vigencia la Ley 50 de 1990, que, con el pretexto de crear condiciones para la industrialización de un país que debía acoplarse a las exigencias del mercado global, incorporó normas que flexibilizaron las relaciones de trabajo, facilitaron el despido de los trabajadores y disminuyeron sus ingresos salariales y prestacionales.

Aunque existen posturas celebratorias del impacto de la globalización en las relaciones laborales, que resaltan, entre otros asuntos, los beneficios que trae la inversión de capital extranjero para la creación de puestos de trabajo, la formación de una mano de obra capacitada en las nuevas tecnologías y la movilidad de los trabajadores, que tienen ahora más oportunidades para capacitarse en otras latitudes; se hace difícil mantener el mismo optimismo frente a indicadores de la

calidad del empleo, como el salario, la jornada laboral, la modalidad de contratación, la seguridad social y las libertades sindicales². Lo cierto es que, como lo plantea Bedoya Bedoya (2009),

la apertura del mercado del trabajo puede tener consecuencias positivas para algunos países en términos de permitir nuevas oportunidades, al tiempo que provoca consecuencias negativas para los países peor preparados y peor situados, en materia de desigualdad, de capacidad de negociación, de productividad y de protección laboral. (p. 49)

Sin embargo, sus promotores continúan sosteniendo que la globalización es un proceso que fomenta la integración económica entre los diferentes pueblos del mundo, unidos ahora bajo una pretendida "aldea global", según la evocadora imagen de los sociólogos McLuhan y Powers (1995), y que debe seguir impulsándose en aras de equilibrar las relaciones, históricamente asimétricas, entre los países del sur y los del norte. Desde esta perspectiva, la globalización resulta clave para abrir las puertas del desarrollo económico y social a todos los países de la tierra, teniendo como presupuesto, eso sí, la democracia liberal y el respeto por los derechos humanos. Pero esta presentación incluyente y equilibrada de la globalización comenzó a perder credibilidad rápidamente cuando afloraron los medios que utilizaba y los verdaderos fines que se proponía³.

Basta citar a Percy Barnevik, exdirector general de la multinacional suiza ABB, que produce tecnología para la generación de energía eléctrica y de automatización industrial, con presencia en más de 100 países, quien declaró que

² Para Stéfano Farné, "la globalización y liberalización de los mercados mundiales no solo evidenciaron ser incapaces de propiciar mayor equidad social y mejores condiciones laborales, sino que llevaron a un relajamiento de las condiciones contractuales y al crecimiento del empleo atípico" (Farné, 2012, p. 28).

³ Según Wallerstein (2005), si la principal característica de la globalización es el intercambio de bienes y servicios y un flujo constante de capital y trabajo por fuera de los límites impuestos por las estructuras políticas unitarias, como la del Estado nación, entonces no se trata de un fenómeno reciente en la historia humana. No obstante lo anterior, lo que sí constituye un aporte nuevo a la globalización de la segunda mitad del siglo XX es la manera en que el sistema capitalista ha logrado una división de la economía a nivel mundial. Por una parte, encontramos países centrales, desarrollados e imperialistas, y, por otra, países periféricos, subdesarrollados y dependientes, lo que ha traído como consecuencia enormes disparidades en el acceso a los recursos y la distribución del ingreso.

la globalización, para las empresas de mi grupo, es la libertad de intervenir cuando y donde quieran, de producir lo que quieran, de comprar y vender donde quieran y de sufrir las menores restricciones posibles derivadas de la legislación laboral y convenciones sociales. (Como se citó en George y Wolf, 2002, p. 33)

o la ya famosa definición de Henry Kissinger, quien paladinamente expusiera, a mediados de los 90: "lo que se llama globalización es en verdad otro nombre empleado para definir la posición dominante de los Estados Unidos en el mundo" (Como se citó en Robledo, 2007, p. 7).

Una de las recetas que la globalización capitalista recomendó de entrada, para que los países pobres consiguieran un sitio en el mundo desarrollado y disminuyeran el desempleo, tenía que ver con el desmonte de normas laborales rígidas que obstaculizaban la autonomía de la voluntad y les imponían onerosas cargas prestacionales y tributarias a los empleadores. Efectivamente, la política laboral que se viene ejecutando en Colombia desde el gobierno de César Gaviria ha ido en esta dirección: se ha concentrado en conservar bajos niveles de desempleo y subempleo, pero sin mostrar mucho interés en crear nuevos *empleos de calidad*, entendidos estos como trabajos dependientes, estables, seguros, bien remunerados y cumplidores de las condiciones laborales mínimas.

De esta manera, se ha venido desmantelando el principio de protección del derecho laboral, erigido para defender a los trabajadores de la explotación de los empleadores y de los abusos del legislador. En el mismo sentido, advertía Plá Rodríguez (2015) que "cuando el derecho del trabajo no proteja a las personas que trabajan, dejará de ser derecho del trabajo; dejará de existir" (p. 12). Es tan importante el principio de protección, que de él se han derivado figuras dirigidas a salvaguardar a los trabajadores, como el *in dubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable y el mantenimiento de la condición más beneficiosa.

En la última década del siglo XX y comenzando con la Ley 50, se comienzan a aplicar en Colombia políticas laborales retardatarias, justificadas con el cuestionable argumento de que solo es posible generar empleo a partir de una disminución del salario mínimo y del menoscabo de la estabilidad de la relación laboral. Empero, las repercusiones sociales de la pérdida de la calidad de los empleos son negativas,

máxime cuando existe una relación inescindible entre abaratamiento de la mano de obra y aumento de la pobreza (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], s. f.)⁴.

Lo más lamentable de esta situación es que la calidad del empleo, contrario a lo que dicen proponerse los gobiernos de turno, no ha logrado mejorar en lo que va del siglo XXI. El Observatorio de Coyuntura Socioeconómica⁵ publicaba en el año 2000 un informe titulado *Panorama laboral colombiano: alto desempleo, ingresos precarios*, en el que, a partir de los resultados arrojados por una investigación sobre las condiciones de la población trabajadora en Colombia durante la década de los 90, se concluía lo siguiente:

[u]n elemento adicional hace más difícil de enfrentar la crítica situación laboral colombiana: el país no cuenta, como los países desarrollados, con una red de protección social que permita hacer frente a crisis prolongadas, con una protección social indispensable para reducir la pobreza y compatible con altos niveles de crecimiento.

El énfasis unilateral que se ha dado en el debate colombiano sobre el desempleo a las reformas laborales que tienden solamente a abaratar los costos del trabajo, nos lleva a presentar algunas consideraciones sobre la relación entre lucha contra el desempleo y mejoramiento de bienestar social. Ciertas formas de lucha contra el desempleo, pueden agravar la pobreza. Las políticas de flexibilización, en muchos países, han reducido el desempleo pero generado pobreza, bien sea por la creación de empleos de baja remuneración, o por la exclusión del mercado de trabajo de segmentos de la población. (p. 19)

Más grave aún es que este informe se presentó con motivo de los 10 años de expedición de la Ley 50 de 1990, que fuera promovida con el prurito de que su aplicación derivara en el aumento de contrataciones laborales y en la optimización de las condiciones de los empleados colombianos, lo cual, como se mencionó líneas arriba, impulsaría supuestamente el

⁴ Así lo enfatiza el informe de la OCDE (s.f.), que, en el capítulo dedicado al empleo, asegura que Colombia está muy por debajo del promedio de los países miembros en indicadores como los ingresos, la estabilidad laboral y la seguridad social.

⁵ Este observatorio está adscrito al Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional.

desarrollo industrial del país. Pero el documento citado demuestra que nada de esto ocurrió y que la grave situación de desempleo e inestabilidad laboral, que caracterizó a los años 90, sería muy difícil de conjurar en el siglo XXI si se seguían tomando medidas flexibilizadoras.

En este sentido, se dirigen las conclusiones del estudio realizado por Parra Torrado (2010) para el Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP) y la Procuraduría General de Nación, entre los años 2006 y 2009. Según la investigadora, durante ese período se pudo percibir un crecimiento económico —entiéndase acumulación de capital— que superó lo alcanzado en las 3 décadas anteriores, pero, paradójicamente, se degradaron las condiciones del trabajo al incrementarse el número de personas que engrosaron el sector informal y no reportarse una generación de empleo relevante en el sector formal.

Los resultados de los estudios que buscan medir el impacto de la reforma laboral de 2002 no son alentadores. Aunque la reforma tuvo un efecto importante en la contratación de aprendices y ayudó a disminuir el subempleo por insuficiencia de horas, no se encuentran efectos importantes en la generación de empleo ni en la formalidad laboral. De hecho, los empresarios no consideran la reforma como un factor importante en la generación de empleo. (Parra Torrado, 2010, p. 6)

Este panorama desalentador fue corroborado por Farné, Vergara y Baquero en una investigación titulada “La calidad del empleo y la flexibilización laboral en Colombia”, publicada en 2012. El informe final, además de verificar el menoscabo de indicadores como la estabilidad laboral, la seguridad social y el incremento salarial, evidenció la proliferación de formas de contratación atípica y el declive del movimiento sindical, lo que resulta muy preocupante para efectos del diálogo social y de la conservación de las instituciones democráticas⁶.

Tal vez el fenómeno más destacado que ha caracterizado el mercado laboral colombiano en los últimos 10 años ha sido la rápida difusión

⁶ El Informe de Trabajo Decente 2020-2021, presentado por la Escuela Nacional Sindical (2021), plantea que Colombia no logra mejorar el nivel de sindicalización, que es inferior al 5%, pero nuestro país no solo tiene uno de los índices más bajos de sindicalización de la región, sino que es el más peligroso para ejercer las libertades sindicales; tanto es así que la Comisión de Normas de la OIT exhortó al Gobierno colombiano a rendir cuentas por la violación sistemática del Convenio 87 sobre libertad sindical.

de las formas atípicas y flexibles de contratación, en especial de la subcontratación. Las cooperativas de trabajo asociado y el trabajo por cuenta propia. Esta difusión fue antecedida por el crecimiento del empleo temporal durante la década anterior y acompañada por la disminución del sindicalismo colombiano iniciada a mediados de los años ochenta. (Farné *et al.*, 2012, p. 87)

Así las cosas, las reformas laborales que agresivamente se inauguraron en Colombia con la Ley 50 de 1990 —y que se dieron en el contexto de la apertura económica neoliberal (Vega Cantor, 2010)— han tenido como consecuencia, primero, que el derecho del trabajo haya perdido gran parte de su contenido protector y, segundo, que su constitucionalización sea meramente simbólica. Como una muestra de lo anterior, resulta esclarecedor mencionar los efectos negativos que en los ingresos de los trabajadores trajo consigo la contrarreforma laboral promovida por la Ley 789 de 2002, creada con la finalidad de generar nuevos empleos a partir de los beneficios que recibiría el empresariado⁷, pero que, como veremos, no cumplió con sus metas, porque

[...] durante los dos períodos de la administración del presidente Álvaro Uribe (2002-2010) la gestión del Gobierno en materia laboral se dirigió a favorecer las modalidades de contratación atípicas y la flexibilización del mercado de trabajo, sin que ello fuera balanceado por una mejora de la inspección del trabajo y una efectiva protección al desempleo. (Farné *et al.*, 2012, p. 157)

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la flexibilización iniciada en Colombia con la expedición de la Ley 50 de 1990, y continuada con la Ley 789 de 2002, obedece a la lógica de la globalización capitalista. Ahora bien, al no representar estas *reformas* un incremento constatable

⁷ Las medidas contenidas en la Ley 789 de 2002 se dirigían, inicialmente, a proteger el mercado laboral de los impactos negativos de la crisis económica de finales de los años 90 (Parra Torrado, 2010). Por eso, el Gobierno de la época se propuso con esta reforma, entre otras metas, estimular la demanda de trabajo no calificado, satisfacer las necesidades de los desempleados aumentando los montos de las contribuciones parafiscales e incentivar a los empleadores para que crearan nuevos empleos. A cambio, se les permitió flexibilizar los contratos laborales, apelando a medidas tan perjudiciales para los ingresos de los trabajadores como la reducción en los sobrecargos dominicales y festivos, la ampliación de la jornada laboral diurna hasta las 10 de la noche y la pérdida del valor de las horas extras.

en la protección de los trabajadores dependientes, lo más indicado es hablar de ellas como contrarreformas. Su aplicación ha venido lesionando los elementos que, tradicionalmente, resultaban protectores de una condición laboral digna, como la estabilidad en el empleo, el salario, la seguridad social y la posibilidad de sindicalizarse; pero lo que resulta peor aún es que ha hecho nugatoria la pretendida constitucionalización del derecho del trabajo en Colombia.

La Precarización del Empleo de Calidad a través de la Flexibilización Laboral

Es bastante común que se confunda flexibilización laboral con desregulación laboral, pero se trata de asuntos que, aunque convergen para derruir los pilares del derecho del trabajo, son muy diferentes. Se entiende por desregulación laboral una serie de estrategias que buscan hacer ineficaces todas aquellas normas que tengan como fin proteger o tutelar los derechos de los trabajadores, fomentando el regreso a una forma de contratación regida por la ley de la oferta y la demanda, donde se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes y se imposibilita al Estado para intervenir en la verificación de los aspectos fundamentales de la relación laboral. Así, la desregulación laboral se manifiesta a través de figuras jurídicas donde, supuestamente, no existe una relación de subordinación.

Por otro lado, la flexibilización obedece a una estrategia dirigida a menoscabar los derechos laborales reconocidos por la Ley, con el argumento de que el incremento de las garantías otorgadas a los trabajadores obstaculiza el crecimiento económico y, por lo tanto, lo más recomendable es eliminar rigideces en el proceso productivo, incluida la mano de obra. En su defensa se ha sumado también el Banco Mundial, al asegurar, con suma frecuencia, que la flexibilización se convierte en un instrumento bastante idóneo para que los países aumenten su productividad y puedan competir en un contexto tecnoeconómico como el actual.

Puntualmente, flexibilizar la relación laboral significa acabar con la "rigidez" que caracteriza a ciertas medidas protectoras, como la improcedencia del despido sin justa causa, los recargos nocturnos,

dominicales o festivos, los contratos a término indefinido y las garantías al ejercicio de la actividad sindical. Por lo anterior, debe utilizarse el término *flexibilización laboral* para hacer referencia al conjunto de cambios normativos que precarizan las condiciones de estabilidad, remuneración y libertad de asociación que se derivan de una relación laboral subordinada. De esta manera, aparece la fuerte relación entre globalización y derecho del trabajo, pues la flexibilización es un dispositivo de control y acumulación, creado por el capitalismo, que desnaturaliza el significado del trabajo.

Poner el acento en la flexibilidad cambia el significado mismo del trabajo, y con ello las palabras que usamos para hablar del trabajo. "Carrera", por ejemplo, es un término cuyo significado original en inglés era camino para carruajes; aplicado posteriormente al trabajo, designa el canal por donde se encauzan las actividades profesionales de toda la vida. El capitalismo flexible ha bloqueado el camino recto de la carrera, desviando a los empleados, repentinamente, de un tipo de trabajo a otro. En el inglés del siglo XIV, la palabra *job* (trabajo, empleo) designaba un pedazo o fragmento de algo que podía acarrear. Hoy, la flexibilidad le devuelve el sentido desconocido, pues a lo largo de su vida la gente hace fragmentos de trabajo. (Sennett, 2006)

Como puede observarse, aunque comúnmente los conceptos *flexibilización* y *desregulación* se presentan como sinónimos o se hace referencia a la flexibilización como un fenómeno que incluye la desregulación, es más adecuado distinguir entre ambas. Así, mientras que la flexibilización laboral pretende revisar —relativizar— aquellas normas o figuras legales que otorgan una protección especial al trabajador dentro de la relación laboral (las empresas de servicios temporales son un buen ejemplo de ello), la desregulación, por su parte, trata de eliminarlas por completo, creando figuras que, en el caso colombiano, no son reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo sino por normas propias del derecho privado, como las cooperativas de trabajo asociado.

De acuerdo con lo anterior, la última gran reforma de la legislación laboral colombiana que trajo consigo la Ley 789 de 2002 se incorpora al fenómeno de la flexibilización, no al de la desregulación, por cuanto continuó

con el debilitamiento que iniciara la Ley 50 de 1990 a las garantías laborales contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. A pesar de los nobles objetivos que perseguía inicialmente, la mencionada ley no sirvió para incrementar los puestos de trabajo y mucho menos trajo consigo mejores condiciones para los obreros del país. La Ley 789 de 2002 representó un retroceso frente a los derechos laborales, porque aumentó la jornada ordinaria de trabajo, depreció las horas extras y los recargos dominicales y festivos y facilitó el despido de los trabajadores al disminuir la indemnización por despido injusto. Con esta reforma no ganaron los empleados; quienes resultaron realmente favorecidos con ella fueron los empresarios más acaudalados y los inversionistas extranjeros (Parra Torrado, 2010).

El Principio de Progresividad como Criterio para Incrementar Cualitativa y Cuantitativamente los Derechos Sociales

El análisis de las consecuencias de la Ley 789 de 2002 evidencia la trasgresión a un principio apenas elemental en el modelo de Estado social y de derecho, que conocemos como la tesis de la progresividad de los derechos económicos y sociales (Upegui Mejía, 2009) o, lo que es lo mismo, la prohibición de regresividad de los derechos sociales (Courtis, 2006). Desde nuestro derecho constitucional y desde el derecho internacional de los derechos humanos, se considera que la proscripción del retroceso en materia de derechos sociales es un parámetro jurídico que *debería* aplicarse, obligatoriamente, por las cortes locales e internacionales en temas relacionados con el derecho a la educación, a una alimentación adecuada, a la vivienda digna, a la salud y, por supuesto, a un trabajo decente y a un empleo de calidad.

Partamos del reconocimiento del Estado social de derecho como una forma de organización política que consagra la existencia de derechos sociales y económicos con carácter obligatorio, los cuales, en tanto aumentan en número, deben ir mejorando, al mismo tiempo, su contenido material; es decir, su optimización se determina desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo. Precisamente, este aspecto es el que sirve de fundamento al principio de progresividad, el cual se manifiesta, según Upegui Mejía

(2009), primero, en el deber, por parte del Estado, de trazar políticas públicas que permitan ejercitar el reconocimiento, respeto, garantía y satisfacción de los derechos humanos; segundo, en que el punto de inicio para el diseño de políticas públicas deben ser los contenidos mínimos establecidos en los pactos internacionales de derechos sociales, frente a los cuales el Estado está llamado a incrementarlos en términos cuantitativos y cualitativos, y, tercero, en la prohibición que tiene el Estado de disminuir sin justa causa los alcances y el desarrollo de los derechos sociales.

En consonancia con lo anterior, el principio de no regresividad, reverso del principio de progresividad, prohíbe la creación y aplicación de normas que signifiquen una involución o retroceso en los alcances de un derecho social, así como las políticas públicas que disminuyan la calidad de los resultados obtenidos con anterioridad a su diseño y ejecución. Acerca del contenido de esta prohibición, puede decirse que basta con realizar la comparación entre una norma posterior y una anterior para justipreciar si el grado de protección que ofrece la norma más reciente responde de mejor manera a una situación de hecho determinada en la que se vea involucrado un derecho social. Por lo tanto, el juicio de *regresividad normativa* radica en examinar el alcance protector de dos normas jurídicas distintas que se refieren a un mismo hecho concreto (Courtis, 2006).

En efecto, el principio de progresividad de los derechos sociales es una institución perteneciente al derecho internacional que comenzó a incorporarse en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 74 de 1968 (aprobatoria del PIDESC), pero que se ha desarrollado gracias a la figura del bloque de constitucionalidad derivado del Artículo 93 de la Constitución de 1991⁸. A partir de allí se entiende, entonces, que todos aquellos convenios,

⁸ Debemos a la Sentencia C-400/98, cuyo ponente fue el magistrado Alejandro Martínez Caballero, la incorporación de la expresión "bloque de constitucionalidad" a nuestro lenguaje jurídico. En dicha providencia, la Corte Constitucional enfatizó en que "la Carta establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que éstos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano. Por ende, con excepción de los tratados de fronteras y ciertos convenios de derechos humanos, en virtud del artículo 4º superior, son inaplicables en nuestro país todas aquellas normas previstas por instrumentos internacionales que desconozcan preceptos constitucionales. En el plano interno, la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Carta es inaplicable. La Carta reconoce que uno de los principios que orientan nuestras relaciones internacionales es la norma Pacta Sunt Servanda pero sin perjuicio de la supremacía de la Constitución en el orden interno".

pactos o tratados firmados por el Estado colombiano en materia de derechos humanos, y especialmente en lo referente a la progresividad de los derechos sociales, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico y son de obligatorio cumplimiento por parte de los órganos del poder público. En este orden de ideas, los jueces tienen el deber de evaluar, al momento de ejercer su función de control de constitucionalidad, que el contenido de las normas o de las políticas públicas no vaya en detrimento de los derechos sociales, haciendo respetar con ello lo dispuesto en los compromisos internacionales que sobre el particular ha suscrito el Estado.

Iniciaremos nuestro recorrido por la normatividad internacional más reciente, con el Artículo 5.1 de la Resolución AG/Res. 2074, “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador”⁹, en el que se erige al principio de progresividad como criterio para verificar el incremento en la optimización de las condiciones que garantizan el disfrute de los DESC. Para constatar el cumplimiento del principio de progresividad, el Artículo 5.2 define unos indicadores en los cuales,

por un lado, se alude al “nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad”, que es el ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, el acceso a alimentación, el acceso a vivienda, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, por ejemplo, mortalidad infantil en materia de salud, eficiencia terminal en materia educativa, desnutrición en materia de alimentación, porcentaje de personas sin hogar en materia de vivienda. Por otro lado, el mismo párrafo del artículo 5.2 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador” reconoce una dimensión normativa, al identificar entre los aspectos en los que se refleja el cumplimiento de la obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados. (Courtis, 2006, pp. 5-6)

⁹ El Protocolo de San Salvador, suscrito en 1988, se adició a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y es reconocido por ser el primer instrumento interamericano que se refiere, específicamente, a la regulación de los DESC.

En atención a lo estipulado por el Protocolo de San Salvador, cualquier norma o política pública que trasgreda el principio de progresividad debe considerarse violatoria del derecho internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, inconstitucional. Se posibilita, entonces, la impugnación de normas que aminoren o restrinjan los alcances de un derecho social tenido en mayor valía por una norma anterior.

La prohibición de regresividad ya aparecía —recordémoslo— en el PIDESC¹⁰, el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, al comprometer a los Estados firmantes con la adopción de medidas apropiadas (lo que incluye la creación de normatividad aplicable a cada caso concreto) en aras del logro paulatino y continuo de los derechos en él incluidos¹¹. Si bien el Pacto no menciona de manera explícita la prohibición de regresividad, sí se refiere a que los Estados deben incrementar, constante y progresivamente, el contenido de los derechos sociales, lo que nos indica que, en esta materia, se alienta el avance y se reprocha el retroceso.

Ahora bien, aunque la noción de progresividad tiene en cuenta que es bastante difícil desarrollar cabalmente los derechos sociales en el corto plazo, sobre todo en países pobres donde los recursos son más escasos, no debe entenderse que estos tengan únicamente un sentido programático, sino que son verdaderos derechos exigibles y justiciables. Así lo sostiene Rossi (2006):

¹⁰ El preámbulo establece: “Los Estados partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”.

¹¹ Esta disposición aparece en el Artículo 2.1 del PIDESC y literalmente reza: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En el ámbito interno de muchos Estados, la discusión respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es hoy en día insoslayable. Cortes Constitucionales de distintas partes del mundo se han pronunciado claramente a favor de la justiciabilidad y han emitido decisiones que establecen restricciones sobre el diseño e implementación de políticas públicas para hacer efectivos derechos económicos y sociales. La Corte Constitucional colombiana en el ámbito latinoamericano y la Corte Constitucional sudafricana en el ámbito africano son probablemente los mayores exponentes de esta tendencia. (pp. 80-81)

Los firmantes del Pacto, entre los cuales figura el Estado colombiano (Ley 74 de 1968), son exhortados a garantizar la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, mediante la implementación de políticas públicas y normas jurídicas que mejoren objetivamente el nivel de vida y las condiciones de existencia de la población (PIDESC, art. 11.1). Se colige, entonces, que el Estado colombiano está obligado a ampliar y mejorar el alcance de los derechos sociales, comprometiéndose, al mismo tiempo, a no reducir el cuidado y la promoción de los derechos ya reconocidos.

Por lo tanto, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad son trascendentales en el cumplimiento eficaz de los derechos sociales, tal como lo estableció el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas al crear el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) con el propósito de supervisar el cumplimiento del PIDESC (Resolución 1985/17). El mencionado comité ha emitido importantes observaciones generales al respecto, entre las que se destaca la número 3, al estipular que

todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. (CDESC, 1990)

El CDESC ha realizado observaciones generales en temas tan diversos como la vivienda digna (Observación general 4), el derecho

a una alimentación adecuada (Observación general 12), el derecho a la educación (Observación general 13), el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud (Observación general 14), el derecho al agua (Observación general 15), la igualdad de derechos del hombre y la mujer (Observación general 16) o el derecho de toda persona a beneficiarse de la producción de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (Observación general 17). No obstante las observaciones relacionadas, interesa especialmente, para guardar sintonía con los fines de este artículo, lo expresado en la Observación general 18, sobre el derecho al trabajo, en la que se consideran trasgresoras del PIDESC todas aquellas normas regresivas en materia laboral (CDESC, 2005).

Para los fines de este artículo, merece especial atención el juicio de regresividad referente al derecho del trabajo, porque su aplicación permite establecer si el grado de protección que promete la nueva normatividad ha desmejorado o extinguido una garantía laboral definida en el pasado, y como resultado de dicho análisis tendrá que aplicarse, de igual manera, la norma laboral más favorable al trabajador. En el caso del derecho del trabajo, el juicio de regresividad se une inextricablemente al *principio de favorabilidad* y al *principio de irrenunciabilidad* y se erige en un instrumento que los trabajadores pueden utilizar en su beneficio. Al respecto, vale la pena presentar algunos apartes de la mencionada Observación general 18 del CDESC (2005):

21. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes.

Y continúa estableciendo:

22. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *aplicar*. La obligación de *respetar* el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de *proteger* exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de *aplicar* incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Líneas adelante, en el párrafo 34, la Observación general 18 indica cuáles son las medidas que se consideran regresivas en el derecho del trabajo, resaltando que las mismas están prohibidas por afectar negativamente el espíritu del Pacto. Merece especial mención que se considera medida regresiva cualquier tipo de modificación a la normatividad que no se haga para mejorar las condiciones de los trabajadores y que comporte un detrimento a sus derechos:

34. En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.

Como podemos observar, la prohibición de regresividad debe entenderse como un verdadero límite a las actuaciones de los poderes legislativo o ejecutivo que puedan menoscabar el nivel de salvaguardia y de eficacia de los derechos sociales. La prohibición expresa de retroceder en materia de derechos sociales guarda estrecha relación con un modelo como el que prohíja el Estado social y democrático de derecho, para el que las conquistas sociales merecen la misma especial protección que las libertades individuales y los derechos patrimoniales y que, además, encuentra su razón de ser en el trato preferencial a aquellas personas que, por diferentes circunstancias, no han podido satisfacer sus necesidades básicas.

Adicionalmente, es bueno traer a colación lo dispuesto en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en los que se incorpora también la prohibición de regresividad, la cual figura, de manera expresa, en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que al tenor dice:

[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

El principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales cuentan con un reconocimiento abundante en el derecho internacional, lo que permite constatar el especial interés que existe por amparar a aquellos sectores de la población que se encuentran padeciendo situaciones que limitan o frustran su acceso a derechos como la vivienda, la educación, la salud o el trabajo, sea subordinado o independiente, pero en condiciones dignas. Podríamos afirmar de paso que, desde el punto de vista del litigio estratégico, todas aquellas disposiciones normativas formuladas internacionalmente para prohibir que los Estados desanden el camino recorrido en el aspecto social son, como lo denominara de la Torre Rangel (2006), armas que

pueden esgrimirse por los oprimidos, por los pobres, para mejorar sus condiciones de vida¹².

Si el principio de progresividad, que impregna los derechos sociales, pero en especial el derecho del trabajo, es inescindible de los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad, una relación aún más fuerte se presenta con el principio de seguridad jurídica. Tal vinculación resulta interesante, en el entendido de que esta propuesta reconoce que un Estado de derecho verosímil es también un Estado de seguridad jurídica, es decir, una organización de poder que requiere un derecho positivo en el que se definan claramente las consecuencias jurídicas de ciertos hechos. Esta condición del derecho estatal resulta bastante útil, pero siempre bajo el entendido de que la misma debe ser concebida, interpretada y aplicada en un sentido emancipador y protector de los más desaventajados. Al respecto, resultan convincentes las palabras del profesor brasileiro, adscrito a la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Ingo Wolfgang Sarlet¹³:

[e]n efecto, la doctrina constitucional contemporánea ha considerado que la seguridad jurídica es una expresión inseparable del Estado de derecho, de tal suerte que la seguridad jurídica pasó a tener el estatus de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurante del Estado de derecho. Así, más allá de asumir la condición de derecho fundamental de la persona humana, la seguridad jurídica constituye simultáneamente un principio fundamental del orden jurídico estatal y aun del propio orden jurídico internacional [...].

¹² La constatación de lo aquí afirmado se encuentra en la Observación general 4 del CDESC, sobre “el derecho a una vivienda adecuada”, en cuyo párrafo 11 puede leerse que “los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás. El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y que en muchos Estados Partes las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980. Sin embargo, como lo señala el Comité en su Observación general N° 2 (1990) (E/1990/23, anexo III), a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto”.

¹³ De igual manera, se recomienda la lectura de su artículo “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro” (<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>).

Parece igualmente evidente que el derecho a la seguridad no se limita a estas dimensiones, y abarca, más allá de un derecho a la seguridad jurídica y social, un derecho general a la seguridad, en el sentido de un derecho a la protección (por medio de prestaciones normativas y materiales) contra actos —del poder público y de otros particulares— que violen los diversos derechos personales —aún más cuando no se habla sólo de un Estado liberal (y, por ende, eminentemente formal) de derecho, sino de un auténtico Estado democrático (material) de derecho. (Sarlet, 2006, p. 230)

El principio de progresividad y su expresión espejada en la prohibición de regresividad cuentan con un reconocimiento normativo robusto en el derecho internacional, pues, como se ha mencionado hasta aquí, está contemplado en la Resolución AG/Res. 2074, en el PIDESC, en el CDESC y en la Convención Americana de Derechos Humanos, pero también en documentos de naturaleza internacional que se incorporan a nuestra normatividad interna, como los Principios de Limburgo¹⁴ relativos a la aplicación del PIDESC y las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵.

¹⁴ El documento, conocido como “Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, es el resultado de las discusiones que se llevaron a cabo del 2 al 6 de junio de 1986 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo, cuando “un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), se reunió en Maastricht [...] con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, de los informes presentados por los Estados Partes; y, la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto”.

¹⁵ Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron formuladas “con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...], entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos. Los participantes acordaron unánimemente en las [...] directrices las cuales, a su entender, reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1986. Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional”.

Por lo anterior, consideramos que es correcto destacar los derechos sociales como elemento nuclear del modelo de Estado social y democrático de derecho, y esto sugiere, consecuentemente, que por ningún motivo pueden estar sometidos a la veleidad de los gobiernos ni ser desconocidos por los Estados. Los derechos sociales son verdaderos derechos subjetivos y no pueden ser considerados simples metas políticas o normas programáticas. Reclamamos esta condición, especialmente, para reivindicar el no retroceso en el contenido de las normas o de las políticas públicas que guarden relación con el derecho social fundamental al trabajo. Sin embargo, en el caso de la Ley 789 de 2002, estas precisiones normativas y estas recomendaciones doctrinales fueron absolutamente ignoradas.

La Ley 789 de 2002 o la Contrarreforma Laboral que Suspendió el Principio de Progresividad en Colombia

Debe tenerse presente que la disertación hasta aquí planteada, que ha girado en torno a la prohibición de regresividad de los derechos sociales, se originó en la crítica a los efectos que trajo para los trabajadores la entrada en vigor de la Ley 789 de 2002, modificadora del Código Sustantivo del Trabajo. Al no satisfacer el objetivo de apoyar la generación de empleo y al desmejorar las condiciones laborales establecidas en Colombia, en asuntos como la jornada ordinaria, el pago de horas extras, la indemnización por despido injusto y los recargos por trabajar domingos y feriados (Farné, 2012; Parra Torrado, 2010; Arango, 2006), la citada ley trasgredió el principio de progresividad del derecho social fundamental al trabajo, flexibilizando la relación laboral.

Ante la crisis económica global que se desató en los últimos años del siglo XX y que impactó, especialmente, al sector productivo, se impulsó por el gobierno de Uribe Vélez una reforma laboral que pretendía aminorar los costos inherentes a la contratación de mano de obra y, de esta manera, motivar a los patronos nacionales y a los inversionistas extranjeros a crear nuevos puestos de trabajo. Valga decir que, de entrada, resulta perverso crear normas que generen incentivos

para los más pudientes en detrimento de las condiciones laborales de los más necesitados. Disposiciones normativas así riñen, a todas luces, con las formulaciones más elementales de nuestro modelo político, como la de que el Estado es un agente de justicia social comprometido con la igualdad real (Upegui Mejía, 2009).

Aunque según algunas investigaciones, realizadas con el objetivo de analizar el impacto de la Ley 789 de 2002, no puede afirmarse enfáticamente que esta contrarreforma bajó los costos laborales de las empresas consideradas en su conjunto (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 2005), sí surgen algunas inquietudes acerca de a quiénes, realmente, se quiso beneficiar con normas como, para citar un ejemplo, la del Artículo 28, en la que se disminuyó el monto de la indemnización por despido injusto establecida en el Artículo 6 de la Ley 50 de 1990¹⁶, que pasó de 45 días a 30 días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor a un año. Pensamos que, si bien en algunos estudios no aparece muy claro el favorecimiento que la Ley 789 trajo a las finanzas de los empleadores, es muy difícil negar que la

¹⁶ El Artículo 6, numeral 4, de la Ley 50 de 1990 se refería a la indemnización por despido injustificado en el contrato a término indefinido y establecía:

- a. Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;
- b. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;
- c. Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y
- d. Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

Actualmente, bajo la vigencia del artículo 28 de la Ley 789 de 2002, se aplica la siguiente normatividad:

- a. Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:
 1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
- b. Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales.
 1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

modificación de la indemnización por despido sin justa causa les otorgó la posibilidad de despedir empleados más fácilmente y a un menor costo. Además, cabe preguntarse si lo que realmente se encuentra en la trastienda del reconocimiento legal del despido unilateral injusto, aun cuando este pueda realizarse a trabajadores contratados indefinidamente, es minar su estabilidad laboral para hacer más tortuosa la conformación y permanencia de los sindicatos, lo que, en últimas, terminaría afectando la contratación colectiva y el ejercicio efectivo de las libertades sindicales.

Los investigadores Guataquí y García-Suaza publicaron en 2009 un informe titulado “Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos?”, cuya principal conclusión fue:

[s]e encontró que la reforma [Ley 789 de 2002] tuvo un efecto *intensivo*: la jornada promedio de trabajo se extendió (con algunos incrementos diferenciales por sector económico) y el uso (número de individuos que laboran horas extras) y monto (número efectivo de horas extras trabajadas) de las horas extras también se incrementaron. Por otra parte, la duración del desempleo se redujo. (p. 76)

En cuanto a la calidad del empleo, según el citado estudio, puede decirse que la reforma no tuvo efectos positivos sobre la calidad del empleo: los incrementos en cobertura en salud se lograron, en gran parte, gracias a la afiliación de asalariados al régimen subsidiado; los asalariados contratados luego de la reforma muestran niveles inferiores de afiliación a pensiones que sus contrapartes prerreforma y se redujo la formalidad laboral tanto como la incidencia del contrato escrito de trabajo.

Sin embargo, esta ley que —insistimos— no es cosa distinta a una contrarreforma laboral, a pesar de haber trastocado la noche en día¹⁷, disminuido el recargo por el trabajo en domingos y festivos¹⁸ y menguado los ingresos de aquellos trabajadores que buscan mejorar un poco el monto de sus salarios incrementando su jornada ordinaria con horas extras, resistió varias demandas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos que

¹⁷ El Artículo 25 modificó los artículos 160 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que la jornada laboral diurna pasó de ser aquella que se desarrollaba entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m. a ser la que se extendía entre las 6:00 a.m. y las 10:00 p.m. De esta manera, los empleadores se ahorran 4 horas de trabajo nocturno, el cual tiene un recargo del 35%.

¹⁸ El Artículo 26 subrogó el Artículo 29 de la Ley 50 de 1990, disminuyendo el recargo dominical y festivo del 100% al 75%.

la consideraron perversa, por cuanto contrariaba los principios connaturales a un Estado social. Lamentablemente, la Corte Constitucional colombiana, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, consideró, en múltiples ocasiones, que la Ley 789 era exequible.

Si algo había caracterizado hasta entonces la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales era, justamente, su compromiso con la prohibición de retroceso de los mismos, en asocio con el principio de proporcionalidad, pero, para el caso de la Ley 789 de 2002, el alto tribunal tomó caminos como la inhibición (Sentencia C-658/03) o considerar que el principio de no regresividad no operaba respecto a meras expectativas, para el caso de trabajadores nuevos cobijados con la reforma (Sentencia C-781/03), o reiterar que las meras expectativas no son obstáculos para realizar reformas legislativas, por lo que la norma no trasgredía el principio de favorabilidad (Sentencia C-038/0419), o sostener que la creación del Fondo de Protección Social era acorde con las competencias del Gobierno nacional (Sentencia C-834/07), para, finalmente, expresar que se presentaba la figura de la cosa juzgada constitucional, por cuanto la Corte, en sentencias anteriores, había expresado que la Ley 789 era exequible (Sentencia C-257/08).

¹⁹ Quisiéramos destacar uno de los apartes de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Enrique Borda Villegas, que fuera desestimada por la Corte Constitucional en la sentencia C-038/04, por medio de la cual se buscaba que se declarara inexecutable la Ley 789 de 2002: "El ciudadano plantea que las normas acusadas desconocen los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 25, 39, 42, 44, 48, 53, 54, 55 y 362 de la Carta, así como los artículos 6º al 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC), el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo 1º de 1919, 29 de 1930, 87 de 1948, 95 de 1949, 111 de 1958 y 151 de 1978, ratificados todos por el Estado Colombiano. Para sustentar sus cargos, el actor comienza por destacar la oposición general que existe entre la Constitución y la ley acusada. Según su parecer, este cuerpo normativo no respeta la garantía al descanso necesario pues los artículos 25 y 26 de la reforma amplían la jornada diurna hasta las 10 p.m., disminuyen la remuneración de los dominicales y eliminan la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales. En segundo lugar, contrario al principio de estabilidad en el empleo, el artículo 28 de la reforma disminuye sustancialmente el valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa. En cuanto a la igualdad frente a la ley e igualdad de oportunidades, el mismo artículo 28 crea una diferencia de trato entre quienes ganan más de diez salarios y quienes están por debajo de ese límite en lo referido al valor de la indemnización. Según su parecer, mientras la Constitución establece la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y protección al salario, a las prestaciones y su pago oportuno, el artículo 29 acusado rebaja y en algunos casos elimina la indemnización moratoria. Además, ni en la exposición de motivos ni en el texto final de la ley se mencionan los principios constitucionales que deben guiar el Estatuto del Trabajo. El actor destaca que, contrario a lo previsto por el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el artículo 30 estipula que el contrato de aprendizaje es "una forma especial dentro del derecho laboral." sin salarios, prestaciones sociales, derecho de asociación sindical, ni derecho a contratación colectiva. Agrega el actor que en contra del principio constitucional de remuneración mínima vital y móvil, el mismo artículo 30 consagra una contraprestación económica por debajo del mínimo legal para el contrato de aprendizaje".

La buena acogida que, desde sus inicios, le dio la Corte Constitucional al principio de progresividad de los derechos sociales se vio desdibujada por la postura que esa corporación asumió, sobre todo en la Sentencia C-038/04, cuando consideró mayoritariamente (a excepción del M. Jaime Araújo Rentería) que la Ley 789 de 2002 era exequible. Con esta decisión, el alto tribunal desconoció que el Estado colombiano no ha renunciado a la obligación de avanzar en el robustecimiento de los derechos anexos a la relación laboral y que es su deber asumir un papel activo en la búsqueda de la máxima efectividad de los mismos. Olvidó la Corte que el Estado tiene la prohibición de promover leyes o diseñar políticas públicas que laceren el nivel de protección que inviste el derecho social fundamental al trabajo, y es exhortado por el derecho internacional y por los principios consagrados en el Artículo 53 de la Constitución Política a no ser displicente o mezquino con la adopción de mecanismos que conduzcan a la plena realización de sus compromisos en esta materia. De igual manera, vale resaltar que el Artículo 46 de la Ley 789 de 2002 ordenaba la conformación de una Comisión de Seguimiento y Verificación que debía presentar un informe, 2 años después de su entrada en vigencia, en el que se estableciera claramente si se estaban logrando o no los resultados esperados²⁰. Pero esta comisión ni se creó ni presentó informes en ese sentido.

Ahora bien, diferentes investigaciones —como las citadas a lo largo de este texto— financiadas con fondos públicos o privados, realizadas por organizaciones independientes o por observatorios universitarios, llegaron a la conclusión de que la Ley 789 de 2002 en nada benefició a la clase trabajadora colombiana y, muy a pesar de ello, la Corte Constitucional la mantuvo vigente y preservó sus nocivos efectos sobre las garantías laborales.

Habíamos aludido ya a la Observación general 3 del CDESC, en la cual existe una cláusula que compromete a los Estados a justificar de manera apropiada, es decir, técnica y políticamente, cualquier tipo de

²⁰ De acuerdo con el contenido del informe, el Gobierno nacional debería presentar al Congreso un proyecto de ley para modificar o derogar las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos en la generación de empleo. La Comisión de Seguimiento y Verificación tenía como funciones: "a) Solicitar a todos los sectores empresariales la información de cada empleo adicional generado en su planta de personal; b) Recomendar permanentemente estudios estadísticos para determinar el número de creación de nuevos empleos formales; c) Rendir informes trimestrales de la disminución de la tasa de desempleo como consecuencia de la generación de empleo prevista en la presente ley; d) Dar a conocer a la opinión pública por todos los medios de comunicación las empresas que han creado empleos adicionales con base en las medidas adoptadas a partir de la vigencia de la presente ley" (Ley 789 de 2002, art. 46).

medida regresiva o que pueda desmejorar las condiciones presentes de los derechos sociales. A pesar de lo preceptuado, la Corte Constitucional, 6 años después, mediante la Sentencia C-257/08, nuevamente consideró que no era gravoso para los trabajadores colombianos haber perdido, como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 789 de 2002, un alto porcentaje de sus ingresos —como lo hemos anotado de forma reiterada— por obra y milagro de la disminución del valor de las horas extras, de los recargos nocturnos o de la indemnización por terminación injusta y unilateral del contrato de trabajo.

La Corte Constitucional, ante los diferentes informes que se presentaron a favor y en contra de la constitucionalidad de la Ley 789 de 2002, reconoció —6 años después de su entrada en vigencia, valga la reiteración— que no podía asegurarse categóricamente que se hubieran cumplido los fines para los que había sido creada. Es decir, la Sentencia C-257/08 aceptó que existían dudas respecto a la benignidad de la contrarreforma, pero, a pesar de esto y a contracorriente del más elemental de los juicios sobre los principios del derecho del trabajo, la Corte resolvió la duda a favor de la exequibilidad de la Ley 789 o, para ser más precisos, a favor de los empleadores, argumentando, además, que ya había un pronunciamiento sobre el mismo tema en la Sentencia C-038/04 y que, por lo tanto, se presentaba la figura de la cosa juzgada constitucional. Así, la Corte Constitucional, nuevamente, se abstuvo para decidir de fondo:

[p]ara la Corte no es procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto: i) se ha configurado la cosa juzgada formal relativa al demandarse nuevamente las mismas normas bajo idénticos cargos, ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y iii) se radicó en el legislador a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, evaluación que es propia de un juicio político y no jurídico. (Sentencia C-257/08)

Pero esta vez la posición de la Corte Constitucional no obtuvo el abultado apoyo de otrora. Se levantaron las voces disidentes, aunque

minoritarias, de algunos magistrados, que asumieron la defensa de los trabajadores salvando el voto, negándose a cohonestar el despojo del que han sido víctimas los obreros colombianos desde hace casi dos décadas. Así, para el magistrado Jaime Araújo Rentería,

posiciones como la adoptada mediante este fallo corresponden a la costumbre de hacer una jurisprudencia simbólica, como se hizo en su momento con los salarios de los servidores públicos, cuyo plazo para un ajuste real a su poder adquisitivo se venció sin que se haya dado cumplimiento al mandato constitucional, con lo cual se perpetuó el estado de cosas existente, que ahora se complementa con la supresión de derechos que habían conquistado los trabajadores.

[...] esta decisión es abiertamente contraria a la Constitución Nacional, sólo favorece a los empleadores y perpetúa una situación que atenta contra los derechos constitucionales de los trabajadores, sin que se hayan producido los efectos que se buscaba con la ley 789 de 2002. (Sentencia C-257/08)

En igual sentido se pronunció el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, quien se apartó de lo decidido por la Corte Constitucional, alegando que,

ante esta situación de incertidumbre sobre los reales efectos de la Ley 789 de 2002 en el mercado laboral y específicamente en la generación de empleo, pues existe una controversia fáctica que no puede ser decidida con un grado significativo de seguridad, podría argumentarse que opera en estos casos una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, en virtud de la libertad de configuración del legislador en materia de diseño de políticas económicas, sin perjuicio de la posibilidad de que en un futuro, a la luz de nuevas evidencias empíricas que arrojen claridad sobre el problema, se adopte otra decisión.

No obstante, en este caso concreto debido a que se examinan medidas regresivas en materia de derechos económicos sociales y culturales, las cuales suponen un desconocimiento de la obligación de no retroceso que se desprende de claros mandatos

constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, las dudas acerca de las cuestiones empíricas relevantes, esto es, sobre los efectos de la reforma laboral en la generación de empleo deben resolverse en contra de la constitucionalidad de la [sic] las disposiciones acusadas. (Sentencia C-257/08)

Este salvamento de voto reconoce que la prohibición de retroceso de los DESC apunta a un lenguaje de contenidos mínimos, claramente relacionado con el sentido protector que tiene el derecho laboral por regir las relaciones, de suyo asimétricas, que se presentan entre un patrono y un trabajador. Además, era lógico concluir que, si después de 6 años de vigencia, la Ley 789 no había alcanzado sus principales objetivos, cuales eran la generación de empleo y el incremento de la calidad de los puestos de trabajo existentes, pero sí había impactado negativamente en aspectos como la estabilidad laboral y los ingresos de los trabajadores, se trataba de una norma violatoria del principio de progresividad y, por lo tanto, abiertamente inconstitucional. Continúa diciendo el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto:

[e]n efecto, ante la ausencia de pruebas determinantes que demuestren la idoneidad de la disminución de las garantías laborales de los trabajadores para generar empleo, los artículos demandados no pueden continuar en el ordenamiento jurídico porque se privilegiaría un resultado incierto —su discutible resultado de la reforma en la generación de empleo, la estabilidad laboral y la calidad de empleo— sobre un resultado cierto —la efectiva disminución de las garantías laborales—. (Sentencia C-257/08)

Y finaliza enfatizando lo siguiente:

[c]abe recordar que precisamente esta Corporación ha defendido en reiterada jurisprudencia la necesidad de someter a un juicio de proporcionalidad estricto las medidas que supongan un retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como sucede en el presente caso, las cuales sólo podrán ser declaradas exequibles en la medida en que demuestren su idoneidad, necesidad

y proporcionalidad en sentido estricto para alcanzar finalidades constitucionalmente legítimas. En este caso concreto la idoneidad de los artículos 25²¹, 26²², 28²³ y 51²⁴ de la Ley 789 de 2002 para generar empleo está en tela de juicio pues las premisas fácticas sobre sus efectos, consignadas en los diversos estudios a los que se hizo referencia en el acápite anterior, arrojan resultados claramente contradictorios. Por lo tanto las medidas no han conseguido demostrar su eficacia para el fomento del empleo, mientras que sus efectos sobre la disminución de la calidad de vida de los trabajadores en general, y de ciertos grupos de trabajadores en especial —como por ejemplo los del sector de vigilancia— han sido claramente demostrados.

Debido a su falta de idoneidad para alcanzar los resultados que supuestamente pretendían alcanzar, las disposiciones examinadas debieron ser declaradas inexecutable. (Sentencia C-257/08)

El debate en torno a la constitucionalidad de la Ley 789 de 2002 quedó clausurado a partir de los fallos de exequibilidad de la Corte, pero la insatisfacción social por los efectos que la misma trajo, al facilitar el despido sin justa causa y disminuir los ingresos de los trabajadores, continúa. Prueba de ello es que, en 2016, ante la promesa incumplida de la generación de 640.000 nuevos empleos que, supuestamente, devendría de su entrada en vigencia, el Congreso de la República volvió a discutir sobre la conveniencia o no de la Ley 789 de 2002. A pesar de las pruebas aportadas por diferentes organizaciones obreras, institutos y observatorios, conducentes a demostrar que fue un total fracaso como medida de contención del desempleo y beneficiaria de los trabajadores, en tanto aumentó las ganancias para los empleadores, especialmente para las grandes empresas; el órgano legislativo solo introdujo una lánguida modificación, que consistió en disminuir la jornada nocturna de 10:00 p.m. a 9:00 p.m. (Ley 1846 de 2017).

En la actualidad, Colombia sigue registrando una obscena pobreza derivada de la desigualdad en el ingreso, la baja probabilidad de ocuparse en un empleo formal y la disminución de las garantías laborales. La Ley

²¹ Trabajo ordinario y nocturno.

²² Trabajo dominical y festivo.

²³ Terminación unilateral del contrato sin justa causa.

²⁴ Jornada laboral flexible.

789 no llevaba un año de haber entrado en vigencia, cuando ya diversos investigadores se oponían a ella por encontrarla nefasta, al promover la flexibilización laboral, e ineficiente para enfrentar el desempleo, la informalidad y la desigualdad social. A poco más de 20 años de su vigencia, la mencionada Ley no ha representado un progreso para la calidad de vida de los trabajadores colombianos, quienes, por el contrario, se vieron muy perjudicados, no solo desde el punto de vista salarial y prestacional, sino por la pérdida de las garantías atinentes a la estabilidad laboral.

Conclusiones

Han pasado dos décadas desde la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 y nuestro país sigue presentando altos índices de desempleo, así como un debilitamiento considerable en los indicadores del empleo de calidad (OCDE, s. f.). Se percibe una pérdida del poder adquisitivo del salario, proliferación de la modalidad de contratación temporal o a tiempo parcial, falta de acceso a la seguridad social, incremento en la jornada de trabajo y pocas garantías para ejercer las libertades sindicales (Farné, 2012). Y, a pesar de esto, acaba de perderse en el Congreso de la República la oportunidad de realizar una reforma laboral beneficiosa para los trabajadores y cuyo principal objetivo era, precisamente, recuperar los derechos y garantías conculcados por la Ley 789 de 2002.

Ya había resultado violatorio de los diversos acuerdos que Colombia ha suscrito en materia de derecho del trabajo la decisión tomada por la Corte Constitucional, en el sentido de que la contrarreforma laboral promovida por la Ley 789 de 2002 debía mantener su vigencia, aun cuando el Gobierno nacional no hubiera demostrado nunca, ni en el 2004 (2 años después de su expedición), ni en el 2008 (6 años después), que su aplicación verdaderamente promovió la creación de los 640.000 nuevos empleos con los que en principio se comprometía²⁵. De

²⁵ El connotado investigador en temas relacionados con el derecho al trabajo, Stéfano Farné, asegura que no puede afirmarse rotundamente que leyes como la 789 de 2002 aumenten o disminuyan el empleo. Por lo tanto, y considerando que se ciernen serias dudas respecto a los beneficios que normatividades como la antedicha puedan reportar, debió mantenerse la situación más favorable al trabajador, es decir, lo estipulado en la Ley 50 de 1990. En igual sentido se han pronunciado las diferentes centrales obreras del país (Semana, 2013).

manera adversa, los estudios que se han realizado sobre su eficacia demuestran que el desempleo aumentó (Umaña Hernández, 2007), no mejoraron la condición de los trabajadores vinculados (Isaza Castro, 2003) y se incrementaron las ganancias de los empleadores (Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2007).

El Estado colombiano no podía desmejorar el nivel de goce y ejercicio del derecho al trabajo como lo hizo a través de la Ley 789 de 2002. Por el contrario, debía hacer su mejor esfuerzo para optimar progresivamente las garantías individuales y colectivas de los trabajadores. Para avanzar en el mejoramiento del derecho social fundamental al trabajo, los órganos del poder público, ejecutivo, legislativo y judicial, debieron atenerse a lo preceptuado en la Observación general 3 del CDESC, en la que desglosa el principio de progresividad en (a) la obligación de adoptar medidas inmediatas para materializar los derechos; (b) la obligación de mantener los niveles alcanzados; (c) la obligación de proteger, preferentemente, a los sectores sociales desfavorecidos, y (d) la obligación de no retroceder respecto a los logros obtenidos. Pero no fue así.

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la Ley 789 de 2002, trasgredió los principios de progresividad del derecho social fundamental al trabajo, de protección al trabajador, por ser la parte más débil de la relación laboral, y de seguridad jurídica. El alto tribunal actuó en connivencia con el Gobierno y con el Congreso al soslayar que los derechos conculcados por la contrarreforma eran verdaderas conquistas históricas de los trabajadores, que venían siendo mancilladas desde la expedición de la Ley 50 de 1990. De un plumazo, puesto que no se consideró siquiera lo preceptuado en el mismo Artículo 46 de la ley, referente a la Comisión de Seguimiento y Verificación, la Corte permitió que se mantuviera vigente una legislación que menguó ostensiblemente las condiciones de dignidad en la relación laboral, por las que habían luchados los obreros durante décadas.

No sobra decir que las centrales obreras también hicieron gala de inoperancia y resignación, al no alentar la movilización y la huelga como mecanismos políticos para presionar la derogatoria de la Ley 789 de 2002. La organización política de los sindicatos no supo actuar de manera oportuna y convocante para detener un proceso de flexibilización y desregulación laboral que avanza en Colombia desde

hace, por lo menos, tres décadas. Efectivamente, la desregulación y la flexibilización laboral constituyen un obstáculo a los propósitos para los que fue creado originariamente el Estado social de derecho, especialmente aquel que buscaba detener el conflicto entre clases, es decir, entre el capital y el trabajo. En este sentido debe entenderse a Beck (2000) cuando asegura que “la desregulación y flexibilización del trabajo introducen en occidente como normalidad lo que durante largo tiempo fue una catástrofe superable: la economía informal y el sector informal” (Como se citó en Cucó Giner, 2004, p. 186).

El caso de la implementación de la Ley 798 de 2002 resulta paradigmático, no solo porque demuestra la poca valoración del principio de progresividad por parte del Estado colombiano y el desinterés en cumplir con los objetivos que la motivaron, especialmente el de servir para la creación de nuevos puestos de empleo, sino también porque abrió las puertas para mantener una línea legislativa poco favorable a los intereses de los trabajadores colombianos. Lo anterior se refleja en las posibilidades que existen de que se introduzca pronto una nueva reforma que promueva, por ejemplo, modalidades de contratación laboral aún más espurias, como el pago por horas.

Ahora bien, a pesar de la paulatina degradación que los derechos, libertades y garantías laborales vienen sufriendo en nuestro país, no puede cundir la desmoralización. Constituye un imperativo preservar las conquistas históricas de los trabajadores, utilizando estrategias jurídicas y políticas como el fortalecimiento de las Asociaciones de Abogados Laboralistas; la denuncia, a nivel nacional e internacional, de la ineficacia de la justicia laboral; la exigencia permanente al Congreso de la República de que expida el Estatuto del Trabajo, ordenado en el Artículo 53 de la Constitución Política, y la utilización de la tutela contra sentencias judiciales y de las acciones de grupo, populares y de cumplimiento con preferencia sobre las individuales.

Lo anterior, no obstante, no puede conseguirse si a la estrategia jurídica no se le adiciona, primero, un replanteamiento de la forma como, hasta ahora, se ha practicado la enseñanza del derecho del trabajo, limitada al frío aprendizaje de los contenidos normativos, que olvida el carácter político de la normatividad laboral; segundo, nuevas e imaginativas maneras, por parte de las organizaciones obreras,

de enfrentar los procesos de acumulación capitalista, y, tercero, la sensibilización social respecto al significado del derecho al trabajo como garantía para una genuina vida digna que ampare, por igual, a hombres y mujeres.

Referencias

- Arango, R. (2006). La prohibición de retroceso en Colombia. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 153-171). Del Puerto.
- Bedoya Bedoya, M. (2009). El derecho de asociación sindical frente a la globalización. *Estudios de Derecho*, 66(147), 35-57.
- Centro de Investigaciones para el Desarrollo. (2007). *Evaluación de la reforma laboral (Ley 789 de 2002)*.
- Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 2663 de 1950. 5 de agosto de 1950 (Colombia). D.O. No. 27407.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (14 de diciembre de 1990). Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (13 de diciembre de 1991). Observación general 4: El derecho a una vivienda adecuada.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (24 de noviembre de 2005). Observación general 18: El derecho al trabajo.
- Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.
- Corte Constitucional. Sentencia C-038/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 27 de enero de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-257/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 12 de marzo de 2008.

- Corte Constitucional. Sentencia C-400/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 10 de agosto de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia C-658/03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 5 de agosto de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-781/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 10 de septiembre de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-834/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 10 de octubre de 2007.
- Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Del Puerto.
- Cucó Giner, J. (2004). *Antropología urbana*. Ariel.
- Escuela Nacional Sindical. (2021). *IX Informe Nacional de Trabajo Decente 2020-2021*.
- Farné, S. (2012). La calidad del empleo en América Latina a principios del siglo XXI: una mirada especial a los casos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. En S. Farné (Comp.), *La calidad del empleo en América Latina a principios del siglo XXI* (pp. 15-32). Universidad Externado de Colombia.
- Farné, S., Vergara, C., y Baquero, N. (2012). La calidad del empleo y la flexibilización laboral en Colombia. En S. Farné (Comp.), *La calidad del empleo en América Latina a principios del siglo XXI* (pp. 119-164). Universidad Externado de Colombia.
- George, S., y Wolf, M. (2002). *La globalización liberal: A favor y en contra*. Anagrama.
- Guastini, R. (2007). *Estudios de teoría constitucional*. Fontamara.
- Guataquí Roa, J., y García-Suaza, A. (2009). Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos? *Ensayos sobre Política Económica*, 27(60), 46-79. <https://doi.org/10.32468/Espe.6002>

- Isaza Castro, J. (2003). Flexibilización laboral: Un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano. *Equidad y Desarrollo*, 1(1), 9-40. <https://doi.org/10.19052/ed.398>
- Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 28 de diciembre de 1990. D.O. No. 39618.
- Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". 26 de diciembre de 1968. D.O. No. 32682.
- Ley 789 de 2002. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. 27 de diciembre de 2002. D.O. No. 45046.
- Ley 1846 de 2017. Por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 18 de julio de 2017. D.O. No. 50298.
- McLuhan, M., y Powers, B. (1995). *La aldea global: Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*. Gedisa.
- Observatorio de Coyuntura Socioeconómica. (2000). *Panorama laboral colombiano: alto desempleo, ingresos precarios*. Universidad Nacional de Colombia.
- Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social. (2015). *Mitos y Realidades de la Reforma Laboral Colombiana: La Ley 789 Dos Años Después*. Universidad Externado de Colombia. https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/cuaderno_6.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (s. f.). OECD Better Life Index. Recuperado en 18 de marzo de 2022, de <https://www.oecdbetterlifeindex.org/es/>

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966.
- Parra Torrado, M. (2010). *Análisis y perspectiva del desempleo en los últimos 12 años*. Fedesarrollo. <http://hdl.handle.net/11445/353>
- Plá Rodríguez, A. (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2-6 de junio de 1986). Limburgo, Países Bajos.
- Resolución 1985/17 [Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas]. Examen de la composición, la organización y los arreglos administrativos del Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales del período de sesiones sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 28 de mayo de 1985.
- Resolución AG/Res. 2074 (XXXV-O/05) [Organización de los Estados Americanos]. Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador. 7 de junio de 2005.
- Robledo, J. (2007). *El TLC recoloniza a Colombia: Acusación a Álvaro Uribe Vélez*. TR Ediciones.
- Rossi, J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 79-115). Del Puerto.
- Sarlet, I. (2006). La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 329-359). Del Puerto.

- Semana. (10 de mayo de 2013). ¿Resucitarán las horas extras? <https://www.semana.com/economia/articulo/resucitaran-horas-extras/175394/>
- Sennett, R. (2006). *La corrosión del carácter: Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Anagrama.
- Supiot, A. (2008). *Derecho del trabajo*. Heliasta.
- de la Torre Rangel, J. (2006). *El Derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Umaña Hernández, C. (2007). Empleo: ¿factor de pobreza? *Discurso Laboral*, (8).
- Upegui Mejía, J. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*. Universidad Externado de Colombia.
- Vega Cantor, R. (2010). *Los economistas neoliberales: nuevos criminales de guerra. El genocidio económico y social del capitalismo contemporáneo*. CEPA, Periferia Prensa Alternativa, Corporación Aury Sará Marrugo y Alejandría Libros.
- Wallerstein, I. (2005). *Análisis de sistemas-mundo: Una introducción*. Siglo XXI.