

LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A MEDIDAS REGRESIVAS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*

MIGUEL ENRIQUE LÓPEZ BRUCE**

RESUMEN

Las cláusulas de progresividad y no regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o DESC, prohíben en principio que los Estados adopten medidas regresivas respecto de uno o varios de estos derechos. Sin embargo, dicha prohibición no es absoluta puesto que tales medidas pueden admitirse si con ellas se persigue un fin legítimo y siempre que esa sea la mejor manera de alcanzarlo. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha permitido, en distintas ocasiones, la adopción de medidas regresivas de los DESC, encontrando en el test de proporcionalidad una herramienta útil para establecer si éstas, inconstitucionales en principio, están justificadas y pueden desvirtuar la presunción de su inconstitucionalidad.

Palabras clave: Derechos Económicos, Sociales y Culturales; cláusula de progresividad; cláusula de no regresividad; test de proporcionalidad; Corte Constitucional de Colombia.

Fecha de recepción: 16 de junio de 2009
Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2009

* Investigación desarrollada en las asignaturas *Investigación en Derecho e Investigación Sociojurídica* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, dirigida por Julián López Murcia.

** Estudiante de 6º semestre de pregrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, e-mail: mlopezbr1@yahoo.com

PROPORTIONALITY TEST APPLICATION IN FRONT OF REGRESSIVE MEASURES OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

ABSTRACT

Progressivity of Economic, Social and Cultural Rights and prohibition on regressivity forbid States to adopt regressive measures of these rights. However, this prohibition is not absolute because regressive measures are acceptable when they pursue a lawful target and whenever they are the best way to achieve it. Colombian “Corte Constitucional” has allowed many times the adoption of regressive measures of Economic, Social and Cultural Rights, finding in proportionality test a useful tool to establish if these measures, initially unconstitutional, are able to lessen the value of its own presumption of unconstitutionality.

Key words: *Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights; progressive development; prohibition on regressivity; proportionality test; “Corte Constitucional de Colombia”.*

INTRODUCCIÓN

Los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados de Derecho Internacional necesitan y son susceptibles de desarrollo legal de manera que el legislador puede imponerles restricciones al regular su ejercicio. Sin embargo, dichas restricciones no pueden ser ilimitadas en razón a que debe respetarse por parte del legislador un núcleo esencial e irreductible de cada derecho. Así mismo, tales limitaciones no deben ser vanas ni ociosas; al contrario, deben estar respaldadas por finalidades legítimas y constitucionalmente importantes.

Adicionalmente, el buen disfrute y ejercicio de estos derechos no requiere únicamente de abstenciones y de respeto por parte de los órganos del Estado. Por el contrario, la trama de derechos individuales y Derechos Económicos, Sociales y Culturales o DESC, de suyo implica también actuaciones positivas por parte del Estado. Si bien estas actuaciones están sujetas a la disponibilidad de recursos, el Estado colombiano, a la luz de la Constitución y de otras normas de Derecho Internacional, tiene el deber de adoptar las medidas y disposiciones necesarias para que los derechos que requieren erogación de recursos públicos y la actividad del

Estado alcancen plena efectividad. Esto es lo que se conoce como cláusula de progresividad de los DESC. Más aún, la cláusula en mención implica no retroceder en relación con los niveles de cobertura de cada derecho que ya se hayan alcanzado, lo que se conoce a su vez como cláusula de no regresividad.

Con todo, no estamos diciendo que la aplicación de la cláusula de progresividad y su correlativa cláusula de no regresividad deba ser absoluta. En efecto, puede haber normas regresivas respecto de uno o más DESC, pero tales normas encuentran eventualmente una justificación en el hecho de que persiguen fines constitucionalmente legítimos y relevantes, como el mejoramiento de otro derecho o del nivel general de cobertura de servicios que garanticen su efectividad.

Precisamente, una herramienta que puede ayudar a determinar si se justifica o no la regresividad de un DESC a pretexto de perseguir determinado fin legítimo, es el test de proporcionalidad, cuya aplicación tiene por objeto proteger un derecho de limitaciones excesivas y desproporcionadas frente a la finalidad que persigue la norma que lo restringe.

El presente trabajo tiene por objeto identificar qué respuesta puede dársele a la siguiente pregunta a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: ¿Una norma que implique la regresividad de un DESC, en principio inconstitucional, puede admitirse si la regresión en cuestión es proporcional con respecto al fin constitucionalmente válido que dicha norma persigue? Es decir, se busca constatar si la Corte Constitucional aplica, y en caso afirmativo cómo aplica, el test de proporcionalidad frente a restricciones de los DESC.

Para tal efecto, se procederá en primer lugar a precisar el concepto y el alcance de la cláusula de progresividad teniendo como referencia principal los tratados internacionales que la consagran. Con posterioridad, se estudiará el concepto de test de proporcionalidad tomando como principal referencia las sentencias de la Corte Constitucional, para luego precisar la aplicabilidad del test en presencia de medidas regresivas de los DESC. Finalmente, se pasará a estudiar en casos concretos, elegidos para tal propósito, si la Corte aplica o no el test cuando aplica la cláusula.

1. ACERCAMIENTO A LAS CLÁUSULAS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DESC

Corresponde en primer lugar desarrollar el concepto de cláusula de progresividad de los DESC. Importantes normas de Derecho Internacional que consagran esta cláusula son el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC, el artículo 26 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos o Pacto de San José y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador en sus artículos 1º y 2º.

Valga señalar que Colombia es Estado Parte de estos tratados; el primero de ellos fue aprobado por la Ley 74 de 1968, el segundo por la Ley 16 de 1972 y el último por la Ley 319 de 1996. Por ser además convenios que versan sobre derechos humanos “prevalecen en el orden interno” y son criterios de interpretación de los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia como lo dispone el artículo 93 de esta misma Carta.

Todas estas normas establecen, a manera de síntesis, el compromiso de los Estados que son parte en los acuerdos de adoptar todas las medidas necesarias, tanto a nivel interno así como mediante cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC haciendo un uso adecuado de los recursos disponibles. Incluye también el compromiso de adoptar medidas legislativas que sirvan de marco legal propicio para el desarrollo de los DESC.

Al respecto, al declarar la exequibilidad de la Ley 319 de 1996, la Corte Constitucional de Colombia indicó que la adopción de medidas para garantizar la efectividad de los DESC es exigible de inmediato y en todo momento. No tomar esas medidas o no utilizar adecuadamente los recursos disponibles para alcanzar la plena efectividad de los DESC, constituye una violación de la cláusula en mención. En ningún caso se admiten dilaciones injustificadas por parte del Estado en la persecución de este fin. Asimismo, tales derechos deben tener un contenido mínimo esencial que debe garantizarse y que en consecuencia es exigible¹. Estas precisiones se acomodan además a lo previsto en los principios de Limburgo², que indican el deber de adoptar inmediatamente las medidas conducentes a garantizar la plena efectividad de los DESC (principio 16), el deber de actuar con celeridad y la prohibición de diferir indefinidamente la adopción de las medidas pertinentes (principio

1 Corte Constitucional, sentencia C-251/97, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

2 “Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht (Países Bajos), un grupo de distinguidos expertos de derecho internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la parte IV del Pacto”.

Los principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, Países Bajos, Introducción. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/ed4316d20459fba3c125699700510241/\\$FILE/G0044707.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/ed4316d20459fba3c125699700510241/$FILE/G0044707.pdf). (junio 6 de 1986).

21), el contenido mínimo esencial de los derechos que debe ser garantizado (principio 25) y la forma en que los recursos disponibles deben ser asignados (principio 28).

En otras oportunidades la Corte Constitucional ha insistido en que el mandato de progresividad contenido en los tratados enunciados y en normas constitucionales a las que nos referiremos más adelante, no es meramente simbólico, sino que al contrario, debe tener aplicación práctica como uno de los presupuestos para “(...) *lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes, tal y como lo ordena el artículo 13 superior*”³.

Se ha señalado también que a este mandato le es correlativo el deber de no realizar medidas deliberadamente regresivas con relación a los niveles de cobertura de estos derechos que ya se hayan alcanzado:

“(...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”⁴.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 2º que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Carta. Al referirse más adelante a los DESC en forma particular, señala en el caso de algunos de ellos el deber de progresividad: es el caso del inciso 3º del artículo 48 de la Constitución cuando dispone que “[e]l Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social (...)”, del inciso 5º del mismo según el cual “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” y del inciso 3º del artículo 53 en virtud del cual “[e]l Estado garantiza el derecho (...) al reajuste periódico de las pensiones legales”. Asimismo, el inciso 5º del artículo 67 que se refiere al derecho a la educación señala que “[c]orresponde al Estado (...) garantizar el adecuado cubrimiento del servicio (...)” y el inciso 4º del artículo 69 a su vez dispone que “[e]l Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”. Igualmente, “[e]l Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades (...)” como está consignado en el inciso 1º del artículo 70 de la Carta.

3 Corte Constitucional, sentencia C-038/04, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

4 *Idem*.

En este punto resulta conveniente mencionar cuáles son, a la luz de los tratados citados y de la Constitución Política de Colombia, los derechos cuyo desarrollo progresivo ordena la cláusula de progresividad. Hacemos a continuación una síntesis de los derechos enunciados en el PIDESC, en el Protocolo de San Salvador y en la Carta Política colombiana⁵. En estas normas se mencionan, entre otros, (1) el derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, lo que comprende, entre otras cosas, el derecho a un salario justo y al mantenimiento del poder adquisitivo del mismo, a condiciones de seguridad e higiene, a la igualdad de oportunidades de promoción y al descanso remunerado; (2) el derecho a sindicalizarse y a la huelga; (3) a la seguridad social que comprende los derechos pensionales; (4) a un nivel de vida adecuado en términos de alimentación, vestuario y vivienda; (5) a la salud; (6) a un medio ambiente sano y al agua; (7) a tener acceso a los servicios públicos básicos; (8) a una nutrición adecuada; (9) a la educación; (10) a la protección de la familia; (11) a la protección de la niñez, de la mujer, especialmente durante la preñez, de los ancianos y los minusválidos; (12) al acceso a la cultura, a la recreación y a participar de los beneficios del progreso científico.

2. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

El segundo elemento cuya aplicación por parte de la Corte Constitucional es objeto de este trabajo es el test o juicio de proporcionalidad. El test de proporcionalidad se aplica en presencia de disposiciones que limitan derechos o principios constitucionales y tiene como objetivo la protección de éstos frente a limitaciones excesivas, desproporcionadas e injustificadas. Las restricciones del legislador al ejercicio de los derechos consagrados por el constituyente no puede ser caprichosa. Al contrario, tales restricciones deben estar respaldadas por el hecho de que con ellas se pretende y se puede alcanzar un fin legítimo⁶. Ha dicho la corte constitucional que conviene aplicar el test de proporcionalidad ante una norma que “(...) *restringe derechos o principios fundamentales, pues su objetivo es establecer si la finalidad perseguida con la respectiva norma justifica tal restricción, y si su contenido, en cuanto limita el ejercicio de aquellos, es proporcional a la restricción impuesta*”⁷.

2.1 Aplicación

Los pasos que deben seguirse en la aplicación del test son los siguientes:

En primer lugar es necesario verificar la legitimidad de la finalidad que la norma pretende alcanzar; posteriormente se debe analizar si la restricción de derechos es

5 Constitución Política de Colombia, Título II, Capítulo 2.

6 Corte Constitucional, sentencia C-142/01 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

7 Corte Constitucional, sentencia C-741/99, M. P. Fabio Morón Díaz. Ver también sentencia T-426/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y sentencia C-309/97, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

“idónea” o “adecuada”, sucesivamente si es “necesaria” o “indispensable” y, por último, si es “proporcionada” en estricto sentido o “ponderada”⁸.

2.1.1 Legitimidad de la finalidad perseguida por la norma

El fin que la norma pretende alcanzar no debe estar prohibido por la Constitución y debe ser además un fin necesario y constitucionalmente importante. La norma en cuestión

“(…) no puede tener cualquier finalidad sino que debe estar orientada a proteger valores que tengan un sustento constitucional expreso, ya sea por cuanto la Carta los considera valores objetivos del ordenamiento (...). Esto significa que estas medidas deben ser no sólo admisibles sino buscar la realización de objetivos constitucionalmente importantes”⁹.

2.1.2 Idoneidad

En esta parte del proceso se debe constatar si los medios previstos en la norma para lograr el fin perseguido son adecuados o no para alcanzar efectivamente dicho fin o, dicho de otro modo, “(…) *el efecto protector de la medida en relación con el interés o valor que se quiere favorecer debe aparecer demostrado claramente*”¹⁰.

2.1.3 Necesidad

No deben existir otros medios para alcanzar con la misma eficacia el fin perseguido que sean menos onerosos en términos de sacrificio de los derechos constitucionales susceptibles de limitación en cada caso o, en otras palabras, “(…) *que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios*”¹¹.

2.1.4 Proporcionalidad strictu sensu

Lo que se busca en este paso es verificar que la reducción o el deterioro en el patrimonio jurídico de las personas, es decir, la afectación de principios y derechos constitucionales, no sea superior al beneficio que esa afectación está en capacidad

8 Al respecto ver C-093/01, M. P. Alejandro Martínez Caballero (fundamento 4), C-584/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-022/96, M. P. Carlos Gaviria Díaz (apartado 6.3.3).

9 Corte Constitucional, sentencia C-309/97, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

10 *Idem*.

11 Corte Constitucional, sentencia C-022/96, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

de reportar. En palabras de la Corte, se debe verificar si “(...) *la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada (...)*”¹².

2.2 Intensidad

En cuanto a la intensidad que el juicio de proporcionalidad debe tener vale la pena hacer unas breves anotaciones. La intensidad del juicio que debe aplicarse en cada caso depende de la importancia constitucional de los derechos o principios involucrados. La Corte ha sostenido que en temas económicos y más concretamente en lo que tiene que ver con temas presupuestales y apropiación de recursos, el legislador tiene una amplia libertad de configuración, motivo por el cual en estos casos, los eventuales juicios de proporcionalidad que se hagan, deben tener una intensidad leve. Sin embargo, cuando la forma en la que se dispone de los recursos atenta contra otros derechos de mayor relevancia constitucional, verbigracia el mínimo vital o la dignidad humana, el juicio debe ser estricto¹³.

3. UTILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A MEDIDAS REGRESIVAS DE LOS DESC.

Como ya se advirtió, la cláusula de progresividad a la que hemos aludido no tiene una aplicación absoluta. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC¹⁴, en sus observaciones generales sobre los DESC ha señalado la posibilidad excepcional de adoptar medidas regresivas respecto de alguno de estos derechos. Por ejemplo, su observación general N° 13 sobre el derecho a la educación y su observación general N° 14 sobre el derecho a la salud que transcribimos a continuación en lo pertinente:

12 Corte Constitucional, sentencia C-584/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 Al respecto ver sentencia C-673/01, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa (fundamento 7); C-093/01 M. P. Alejandro Martínez Caballero (fundamentos 4 a 9).

14 “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto”.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>. (s. f.).

“32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

A propósito, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho:

“Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”¹⁵.

Las citas anteriores dejan abierta la puerta a la posibilidad de adoptar medidas regresivas en relación con los DESC, aunque en principio, se presume que no son admisibles o que son inconstitucionales. Para desvirtuar esta presunción de inconstitucionalidad se deben demostrar primero las razones que llevaron a adoptar esas medidas, en segundo lugar que se consideraron todas las alternativas, y por último que las medidas se justifican en relación con los demás derechos y con la plena utilización de los recursos disponibles. Esto quiere decir, que una medida restrictiva de un derecho es admisible cuando tiene como finalidad el mejoramiento de la cobertura de otro derecho o del conjunto de éstos, haciendo un uso más razonable de los recursos que se tienen a disposición. Es en este punto en el que resulta útil la aplicación del test de proporcionalidad como herramienta que ayuda a determinar la conveniencia de una medida restrictiva de un derecho con el pretexto de perseguir determinada finalidad constitucionalmente relevante.

4. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN LAS QUE SE ESTUDIAN MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LOS DESC Y LA EVENTUAL APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Pasamos ahora a ver si la Corte en casos concretos aplica o no el test de proporcionalidad en presencia de medidas regresivas y restrictivas de los DESC¹⁶.

15 Corte Constitucional, sentencia C-038/04, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

16 Sobre las funciones de la Corte Constitucional ver Constitución Política de Colombia, Art. 241.

La Corte estudia los artículos 33 parágrafo 4º, 36 inciso 1º y 133 parágrafo 3º de la Ley 100 de 1993 en la sentencia C-126/95. Según el actor de la demanda de inconstitucionalidad, estos textos legales son contrarios a la Constitución puesto que aumentan la edad de acceso a la pensión haciendo más distante la posibilidad de gozar de ella y disminuyendo el tiempo de su disfrute. Da a entender así que la norma es regresiva del derecho a la seguridad social. La Corte, apoyándose en el artículo 48 de la Carta, observa que corresponde al legislador “(...) *señalar la forma y condiciones en que las personas tendrán acceso al goce y disfrute de la pensión legal (...)*” conservando la facultad de modificarlas y derogarlas. Para la Sala

“[n]ada se opone entonces, dentro del marco constitucional, a que el Congreso de la República regule o modifique hacia futuro los requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión, lo cual hace en ejercicio de las atribuciones que la Constitución le ha señalado y que comportan un cierto margen de discrecionalidad que le permiten introducir las reformas que de acuerdo a las necesidades y conveniencias sociales, así como a la evolución de los tiempos, juzgue indispensables para la efectividad y garantía del derecho”.

Como se puede ver en la cita anterior, la Corte se refiere a un margen de discrecionalidad, indicando que la facultad del legislador para regular este derecho no es absoluta; se refiere además a las “*necesidades y conveniencias sociales*” que deben motivar las medidas “*indispensables para la efectividad y garantía del derecho*”. Ella sin embargo, no profundiza estos aspectos al no entrar a estudiar detenidamente si el aumento en las edades para acceder al derecho efectivamente es necesario, adecuado y ponderado para garantizar la cobertura del mismo. Concluye únicamente que “(...) *el aumento en dos años de la edad (...) para acceder a la pensión (...) no se revela caprichoso o irrazonable (...) toda vez que encuentra fundamento en el crecimiento con respecto a la expectativa de vida de los colombianos*”. Finalmente estas disposiciones se declaran exequibles¹⁷.

En sentencia C-584/97 la Corte aplica expresamente el test de proporcionalidad frente a una norma que establece la obligación de los funcionarios públicos de renunciar al cargo que vienen desempeñando como requisito para poder gozar del derecho a la pensión de jubilación. La Corporación consideró, que si bien en principio la prohibición de concurrencia entre el derecho al trabajo y a la seguridad social para servidores públicos parece contrariar el principio de efectividad de los derechos, en realidad la norma persigue una finalidad legítima, a saber “(...) *racionalizar los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos, a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de las necesidades básicas que la seguridad social está llamada a satisfacer*” y “(...) *aumentar las oportunidades de acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a los cargos*

17 Corte Constitucional, sentencia C-126/95, M. P. Hernando Herrera Vergara.

públicos”. Por esta razón estudia si la restricción tanto del derecho al trabajo como del derecho a la seguridad social es idónea, necesaria y ponderada con respecto a dicha finalidad¹⁸.

Otro ejemplo de la aplicación del test de proporcionalidad para el estudio de normas que restringen DESC es la sentencia C-1064/01. Aquí el análisis versa sobre el artículo 2º de la Ley 628 de 2000 por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2001. El demandante consideró que la disposición no incluyó las apropiaciones necesarias para mantener por lo menos el poder adquisitivo del salario de los empleados públicos, de manera que en términos reales se presenta una reducción de su salario. Se hace notar con todo, que con esta ley se persiguen fines como la reducción del déficit fiscal, evitar despidos necesarios para liberar recursos destinados a cubrir los aumentos salariales y evitar que disminuya la inversión social. Para la Corte, estos últimos son fines relevantes constitucionalmente, ante lo cual se hace necesario ver si se justifica la restricción al derecho a mantener el poder adquisitivo del salario aplicando el test de proporcionalidad. Se concluye que es posible limitar el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario temporalmente para perseguir los fines que se han enunciado, pero el alcance de la limitación debe hacerse de acuerdo con el nivel salarial de cada servidor, de manera que no se afecte su derecho al mínimo vital. Al final se declara la exequibilidad del artículo estudiado¹⁹.

En sentencia C-671/02 se estudia la constitucionalidad del artículo 24 del decreto 1795 de septiembre 14 de 2000, que regula el sistema de salud para los miembros de la fuerza pública. Según el demandante, la norma viola el derecho a la igualdad al excluir de la lista de beneficiarios del sistema de salud a los padres de los oficiales y suboficiales retirados. Se observa por parte de la Sala que este último grupo de personas estaba incluido antes entre los beneficiarios del sistema de seguridad social que la norma regula. Al quedar excluidos de este sistema y al no ser incluidos en ningún otro, se presenta una clara regresión en la cobertura del derecho a la salud. Así las cosas

“la Corte concluye que la expresión acusada persigue propósitos constitucionales legítimos, como es proteger la especialidad y viabilidad financiera del SSMP [es decir, sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía], pero es desproporcionada en la medida en que implica una discriminación y un retroceso en la protección del derecho a la salud de un grupo de la población”.

18 Corte Constitucional, sentencia C-584/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 Corte Constitucional, sentencia C-1064/01, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

Con todo, aquí la Corte no entra a ver extensivamente si la regresión es proporcionada con respecto al fin que se menciona, sino que le basta con constatar la existencia de la regresión para concluir que hay una violación del derecho a la salud²⁰.

La demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 780 de 2002 por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2003 es el asunto que revisa la Corte en la sentencia C-1017/03. La Ley es demandada por no incluir las apropiaciones necesarias para mantener el poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos. La Sala reitera lo dicho en la sentencia C-1064/01, que ya hemos reseñado, aplicando nuevamente el juicio de proporcionalidad²¹.

En sentencia C-038/04, al estudiar algunos artículos de la Ley 789 de 2002 por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo, la Corte se pregunta “¿hasta qué punto es constitucionalmente legítimo reducir ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento con el fin de promover el empleo de quienes carecen de trabajo?”. La Sala sostiene que en principio existe la prohibición de adoptar medidas regresivas respecto de los derechos sociales, por la cual todo retroceso en su efectividad y cobertura se presume inconstitucional a la luz del PIDESC y del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, estas medidas pueden considerarse constitucionales si “(...) fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia (...)” como promover el empleo en este caso. La Corte pasa a estudiar la proporcionalidad de las medidas previstas en las normas objeto del estudio de constitucionalidad aplicando los pasos del test o juicio de proporcionalidad para concluir finalmente su proporcionalidad²².

La constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 848 de 2003, por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2004 es analizada en la sentencia C-931/04. Numerosos cargos son formulados por la demandante de este texto legal, pero sólo algunos de ellos son de interés nuestro para el desarrollo de este trabajo. Dos de los cargos versan sobre el hecho de que la norma no contiene las apropiaciones necesarias para atender el aumento de los salarios de los empleados públicos que ganan más de dos salarios mínimos mensuales ni los necesarios para mantener el poder adquisitivo de las pensiones también superiores a dos salarios

20 Corte Constitucional, sentencia C-671/02 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

21 Corte Constitucional, sentencia C-1017/03, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

22 Corte Constitucional, sentencia C-038/04, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

mínimos legales mensuales. Frente al primero, se afirma que el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario no es absoluto y al contrario puede ser objeto de restricciones por parte del legislador siempre que se respeten los principios de equidad, progresividad y proporcionalidad. La Corte, luego de una amplia recopilación de jurisprudencia sobre el particular y de analizar el contexto en el cual se expidió la Ley 843 de 2003, entra entonces a estudiar el objetivo de la disposición, el medio para alcanzarlo y la relación entre ambos en términos de necesidad y proporcionalidad hasta concluir la exequibilidad de esta parte de la norma. Distintas son las consideraciones en relación con la congelación de las pensiones. En este caso la Sala encuentra que hay normas constitucionales que expresamente consagran el deber de mantener el poder adquisitivo de éstas y no aplica entonces el test de proporcionalidad²³. El demandante, en otro de los cargos considera que la referida Ley viola los artículos 67 y 69 de la Carta en razón a que la reducción en las transferencias para la educación superior no permite cumplir con el mandato constitucional de adoptar los mecanismos financieros necesarios que hagan posible el acceso de todas las personas a la educación superior, o sea, limita la progresividad del derecho a la educación. Frente a este cargo, la Corte encuentra que la disminución en las transferencias busca reducir el gasto público, la base sobre la cual aumenta y las necesidades de financiación del presupuesto, es decir, en el largo plazo, busca reducir el déficit fiscal, un objetivo constitucionalmente importante e imperioso. A pesar de esto, se concluye que la medida no se puede justificar debido a que no se logró demostrar su necesidad ni su proporcionalidad²⁴.

La sentencia C-633/07, al estudiar el artículo 6, sobre el régimen de transición, del Decreto-Ley 2090 de 2003, que modificó el régimen de pensiones para los trabajadores que desarrollan actividades de alto riesgo, se refiere expresamente a la cláusula de progresividad y a la necesidad de estudiar la norma en cuestión teniendo en cuenta su proporcionalidad. En palabras de la Sala

“[s]e concluye por consiguiente, frente al cargo expuesto por el demandante, que aunque es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigibles genéricamente en las transformaciones legislativas y los principios de confianza legítima (Art. 83 C.P), derechos mínimos de los trabajadores y progresividad de los derechos sociales (Art. 53 y 93 C.P), son límites específicos que debe respetar el Congreso en las modificaciones que se introduzcan a un régimen de transición en materia pensional”.

23 “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (Constitución Política de Colombia, artículo 48, inciso 5°); “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” (artículo 53, inciso 3°).

24 Corte Constitucional, sentencia C-931/04, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La Corte pasa entonces a estudiar si la medida es proporcionada y encuentra que la disposición consagra un requisito que afecta desproporcionadamente el derecho de acceso a la pensión de las personas amparadas por regímenes de transición previos al establecer una exigencia de acceso imposible de cumplir. Es decir, impone

“(…) una condición excesivamente gravosa que impide el acceso al régimen de transición para trabajadores que hubieren realizado actividades especialmente protegidas en razón al riesgo asociado con ellas y por lo tanto constituye una afectación desproporcionada de sus derechos constitucionales”.

La Sala empero, no entra a analizar en este caso la legitimidad del fin perseguido por la norma ni la necesidad o la idoneidad de la medida, se limita a constatar la existencia de un requisito de imposible cumplimiento para afirmar que la norma es desproporcionada, pues al hacer imposible el acceso al régimen de transición, excluye a todo un sector de la población de ese régimen afectando por ende su derecho a la seguridad social²⁵.

La Corte también, con base en lo que dispone el inciso 1º del artículo 4º de la Constitución²⁶, ha inaplicado en casos concretos, al revisar sentencias de tutela, disposiciones que considera regresivas de los DESC y desproporcionadas. Por ejemplo, la sentencia T-221/06 en la que la Sala deja de aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en adelante Ley 100, subrogado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, de aquí en más Ley 860/03. En esta oportunidad se estudia el caso de una trabajadora que perdió casi el 60% de su capacidad laboral y que solicita sin éxito, al respectivo fondo de pensiones, el otorgamiento de una pensión de invalidez. La Corte, sin dejar de hacer algunas consideraciones sobre el trabajo y la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto²⁷, encuentra que la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 860/03 al artículo 39 Ley 100 representa un retroceso en materia de seguridad social:

“[L]a norma que se considera no afecta a la población en general sino que va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios cuales son las personas discapacitadas que merecen una especial atención por parte del Estado (...).

“En efecto, resulta claro que la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a la situación fáctica concreta de la accionante, es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, habida cuenta de que se trata de una persona que pertenece a la tercera edad y que por fuerza de su situación económica y social se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social”.

25 Corte Constitucional, sentencia C-633/07, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 El inciso 1º del artículo 4º de la Constitución Política de Colombia es del siguiente tenor: “La Constitución es norma de normas. En cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales”.

27 Constitución Política de Colombia. Art. 86.

Más adelante se agrega:

“[E]n el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad”.

Se pasa enseguida a estudiar si dicha regresión es proporcionada o no, concluyéndose lo segundo. Aunque el articulado de la Ley 860/03 persigue una finalidad legítima, o sea, promover la afiliación al sistema de seguridad social y disminuir los fraudes en contra del mismo, el aumento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez previsto en el artículo 1º no es idóneo, ni necesario, ni ponderado en relación con el objetivo de la Ley. La norma en cuestión no es idónea porque “(...) resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de afiliación, se penalice a aquellas personas que carecen de un hábito en tal sentido (...). La cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella”; no es necesaria “(...) porque no existió al interior del cuerpo legislativo un debate sobre la incidencia de la norma, ni consideraciones sobre medidas alternativas para acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población” y no es ponderada “(...) porque para fomentar los fines expuestos, sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección por parte del Estado colombiano”. Estos motivos llevan a la Sala a dejar de aplicar en este caso el artículo 1º de la Ley 860/03, lo que conduce tutelar los derechos de la demandante y ordenar al fondo de pensiones estudiar la solicitud de esta trabajadora con base en la redacción original del artículo 39 de la Ley 100²⁸.

En reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reiterado lo desarrollado en la sentencia T-221/06 que acabamos de citar. La Sentencia T-043/07 examina varios casos relativos al tema de seguridad social, a saber un ciudadano que perdió casi 60% de su capacidad laboral, un trabajador que perdió gran parte de su capacidad visual equivalente a una reducción en la capacidad laboral de casi 65% y un ciudadano con cáncer de colon y problemas visuales que implican una disminución en la capacidad para trabajar de más del 60%, solicitaron a los respectivos fondos de pensiones una pensión de invalidez que les fue negada considerando que no cumplían con los requisitos previstos en el modificado artículo 39 de la Ley 100 de 1993 al que ya nos hemos referido en el párrafo anterior. Nos interesan, en relación con el

28 Corte Constitucional, sentencia T-221/06, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

objetivo de este trabajo, los dos últimos casos²⁹. En ambos, la Sala considera que la aplicación del artículo 1º de la Ley 860/03 es inconstitucional por contradecir, entre otras cosas, el mandato de progresividad de los derechos sociales. Se debe optar entonces por la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 en su redacción original³⁰. Del mismo modo, en la Sentencia T-287/08 se revisa el caso de una trabajadora invidente a la cual se le niega la pensión de invalidez por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 1º de la Ley 860/03. Para la Corte es claro, que en este caso concreto se debe inaplicar dicha norma puesto que su aplicación en las circunstancias particulares sería inconstitucional, al ser regresiva de los derechos sociales además de desconocer el derecho al mínimo vital³¹.

CONCLUSIONES

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el mandato constitucional de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no es simplemente retórico sino que debe tener aplicación práctica. Uno de los corolarios más importantes de este mandato y que la Corte ha reconocido también, es la no regresividad respecto de los niveles de cobertura que ya se hayan alcanzado. En armonía con lo anterior, la Corte ha señalado la prohibición de adoptar medidas que tengan como consecuencia la regresividad de los DESC. Empero, esta prohibición se agota frente a disposiciones que persiguen de manera idónea, necesaria y ponderada, fines constitucionalmente legítimos e importantes. En sentencias como la C-584/97, la C-038/04 y la C-1064/01, se puede ver claramente el recurso al test de proporcionalidad como herramienta apropiada y fructífera a la hora de analizar detenidamente la idoneidad, necesidad y ponderación de textos legales que imponen restricciones regresivas a los DESC. Del mismo modo, en sentencias de tutela, las salas de revisión de este tribunal, han dejado de aplicar disposiciones que en el caso concreto resultan ser inconstitucionales por ser, entre otras cosas, regresivas de los DESC. La sentencia T-221/06 es un ejemplo claro de lo anterior y es al mismo tiempo otro de los ejemplos nítidos de la manifiesta aplicación del test de proporcionalidad frente a normas contrarias a la cláusula de progresividad.

29 En el primer caso que se estudia en la sentencia T-043/07 hay dificultad para determinar la norma aplicable pues algunos de los hechos del caso coinciden con la vigencia del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y que posteriormente fue declarado inexecutable por la sentencia C-1056/03. Ante las dudas sobre la disposición aplicable y siguiendo el principio de favorabilidad en materia laboral, la Corte concluye que debe aplicarse la disposición más favorable para el trabajador y que le garantice el derecho al mínimo vital, en este caso el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 por cuanto el demandante cumple con todos los requisitos enunciados en este texto legal.

30 Corte Constitucional, sentencia T-043/07, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

31 Corte Constitucional, sentencia T-287/08, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Así las cosas, es posible afirmar, volviendo sobre la pregunta que se planteó al inicio de este texto, que la Corte ha aplicado, aunque no siempre con la misma consistencia, el test de proporcionalidad ante disposiciones regresivas de los DESC, pues este tribunal acepta que tales normas, inconstitucionales en principio a la luz de las cláusulas de progresividad y no regresividad, pueden considerarse constitucionalmente válidas al ser la regresión que imponen proporcionada con relación al fin constitucionalmente válido e imperioso que persiguen.

BIBLIOGRAFÍA

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No. 13.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No. 14.

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), Nueva York, diciembre 16 de 1966.

Los principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, Países Bajos, junio 6 de 1986.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, San Salvador, Salvador, noviembre 17 de 1988.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-426/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá D. C., junio 24 de 1992.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-126/95, M. P. Hernando Herrera Vergara, Santa Fe de Bogotá D. C., marzo 22 de 1995.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-022/96, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Santa Fe de Bogotá D. C., enero 23 de 1996.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-251/97, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá D. C., mayo 28 de 1997.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-309/97, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá D. C., junio 25 de 1997.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-584/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá D. C., noviembre 13 de 1997.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-183/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá D. C., mayo 6 de 1998.

- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-225/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá D. C., mayo 20 de 1998.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-741/99, M. P. Fabio Morón Díaz, Santa Fe de Bogotá D. C., octubre 6 de 1999.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-093/01, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá D. C., enero 31 de 2001.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-142/01, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá D. C., febrero 7 de 2001.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-673/01, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá D. C., junio 28 de 2001.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1064/01, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Bogotá D. C., octubre 10 de 2001.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-671/02, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá D. C., agosto 20 de 2002.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C.1017/03, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Bogotá D. C., octubre 30 de 2003.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-038/04, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá D. C., enero 27 de 2004.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-931/04, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D. C., septiembre 29 de 2004.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-221/06, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá D. C., marzo 23 de 2006.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-043/07, M. P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá D. C., febrero 1 de 2007.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-633/07, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá D. C., agosto 29 de 2007.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-287/08, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá D. C., marzo 28 de 2008.
- Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180. (junio 30 de 2006).