



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**

E .S. D.

Referencia: Expediente **D-11895**

Concepto del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad contra la Ley 789 de 2002 Art. 3 parágrafo 1 numeral 1.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **DIANA JIMENEZ AGUIRRE**, actuando como ciudadana y **docente del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 31 de enero de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a las demandas de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos **DAVID CUJAR BERMUDEZ SARA MILENA NUÑEZ Y OTROS**, promueven demanda con radicado No. D-1895 mediante la cual pretenden se declare la inconstitucionalidad del numeral 1 del parágrafo 1 del artículo tercero de la ley 789 de 2002 que establece:

Artículo 3°. Régimen del subsidio familiar en dinero

Parágrafo 1°. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

La Corte Constitucional admitió la demanda y dispuso su fijación en Lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos y presentamos la siguiente intervención.

Los actores sostienen que el aparte demandado infringe los artículos 13,48 y 93 de la Constitución Política especialmente en lo relacionado con el bloque de constitucionalidad y el principio de igualdad.

Así mismo el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales –PIDESC los cuales se relacionan con el principio de progresividad y prohibición de no regresividad.

También el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos referentes al Principio de Progresividad y prohibición de regresividad y el artículo 1 del Protocolo de San salvador relacionados con el principio de progresividad y prohibición de regresividad.

Enfatizan que los Derechos Económicos Sociales y Culturales – DESC- se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, *“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”*.

Igualmente, en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”*

Se señala además que el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, a través de sus Observaciones Generales, ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad, como el que se dio en la Observación No 14 relativa al derecho a la salud en donde se dijo que *“la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto”*. En estos eventos estableció el Comité, que el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que *“se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posible*.

Expresan que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado dicho principio cuando en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que *“Los 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*

III. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL OBSERVATORIO DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Marco legal y jurisprudencial

La Corte Constitucional ha asegurado que la igualdad es un derecho, un valor y un principio, lo cual la sitúa dentro de los rasgos característicos de la Carta y le otorga un valor supremo dentro del ordenamiento jurídico (Art. 13 C.P).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, del principio de igualdad se desprenden al menos cuatro obligaciones para el Estado: (i) dar un trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (ii) dar un trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no tienen ningún elemento en común; (iii) dar un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y (iv) dar trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones también presentan similitudes y diferencias como en el caso anterior, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Estas obligaciones específicas implican que el Estado debe garantizar igualdad en la protección y en el trato, así como en el goce de derechos, libertades y oportunidades, e impone al Estado la prohibición de adoptar medidas o tratos que resulten discriminatorios.

Sin embargo, a pesar de estos mandatos, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad. Ello es posible solamente cuando la medida que ofrece un trato diferente es idónea, no es arbitraria y persigue un fin constitucionalmente válido.

El citado numeral 1 del párrafo 1 del artículo 3 de la ley 789 de 2002 no cumple con esas condiciones, pues es claro que dicho precepto hace una diferenciación entre sujetos al establecerse por ejemplo en salud una protección hasta los 25 años así como en el campo de la pensión de sobreviviente.

Dicho trato no solo no está debidamente justificado, sino que afecta desproporcionadamente los derechos de una importante porción de una población del país la cual además normalmente pertenece a personas pobres que por los altos niveles de desempleo y falta de acceso a una educación de ven forzadas a ingresar a la fuerza laboral del país negándoseles de esta manera la posibilidad de mejorar su capacitación y así mejorar sus competencias laborales desde aspecto técnicos, tecnológicos o profesionales.

En nuestro criterio no aparece demostrado, que la medida persiga un fin constitucionalmente válido, ni imperioso, por lo cual el artículo parece ser una medida arbitraria del legislador, lo cual está prohibido por la Constitución.

trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

En concordancia con lo anterior y según lo han planteado las leyes regulatorias y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el subsidio familiar en Colombia busca beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.

Por lo tanto, el subsidio familiar tiene como objetivo principal contribuir a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Conforme con ello, es viable afirmar que el subsidio familiar es una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política según el cual, el *“Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia”*.

En consecuencia reiteramos que dicha figura busca beneficiar a los sectores más pobres de la población, mediante el pago de un subsidio en dinero y el reconocimiento de un subsidio en servicios, para los trabajadores que devenguen salarios bajos.

Los principios de progresividad y no regresividad en la jurisprudencia Constitucional

Entre las diferentes categorías de derechos en Colombia se tiende a reconocer con facilidad aquellos que gozan de la característica de ser fundamentales, pues gracias a la acción de tutela, a su eficacia, eficiencia, sencillez, disponibilidad y oportunidad cualquier colombiano está en capacidad de señalar cuándo uno de sus derechos fundamentales está siendo vulnerado. Por el contrario, en el caso de los DESC resulta más difícil reconocer la naturaleza de cada derecho, su alcance y las formas

y fácilmente identificables. Pero a diferencia de los derechos fundamentales y dadas sus características, el nivel de exigibilidad de los DESC es limitado, característica que puede explicarse a partir de dos de los principios que los rigen: la progresividad y la prohibición de regresividad.

Estos dos principios que rigen los DESC suelen ser comprendidos y explicados en la jurisprudencia constitucional colombiana como una misma cuestión:

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 (Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2004).

A pesar de que existe una estrecha relación entre ambos principios, lo cierto es que son independientes, pues mientras el de progresividad implica un mandato para el Estado en el sentido de avanzar paulatinamente en la protección de los derechos de acuerdo con los escasos recursos disponibles, el de no regresividad prohíbe retrocesos en cuanto a los niveles de protección alcanzados. Aunque la interrelación entre ambos principios es evidente, el desarrollo de sus características particulares resalta su independencia, como se expone a continuación.

Por una parte, el principio de progresividad implica que al Estado no puede exigírsele la garantía total o universal de un determinado DESC, pues su aplicación generalizada depende de la disponibilidad de recursos, de la priorización en las políticas públicas, de las necesidades sociales más inmediatas, entre otras cosas. Sin embargo, no significa lo anterior que el Estado pueda escudarse en este principio para justificar la ausencia de avances en materia de garantía de los DESC.

La Corte Constitucional lo ha manifestado en varias ocasiones, indicando que *"el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos"* (Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002) y que, en su lugar, aunque los DESC no sean de aplicación inmediata, el Estado debe procurar por su reconocimiento universal, ejecutando todas las acciones que estén a su alcance para avanzar en la protección progresiva de los mismos.

Adicionalmente, el principio de progresividad implica un mandato lógico: toda política pública en materia de desarrollo de DESC debe empezar protegiendo a la población más vulnerable. En otras palabras, el principio de progresividad implica empezar desde abajo, en términos de cubrimiento y población objetivo, por lo que es un mandato de priorización.

Aceptadas las dos consecuencias anteriores tendríamos que, en cumplimiento de

especialmente cuando las soluciones planteadas por el legislador representan obligaciones del Presupuesto Público Nacional. Este mandato se desprende de la aplicación del principio de igualdad material, el cual exige una lectura más amplia del principio de progresividad en la garantía de los derechos sociales y del cual se deriva el mandato de priorización del gasto público social.

Todas estas consecuencias que se han extraído del principio de progresividad implican que hay un nivel mínimo de protección de cada DESC que el Estado tiene la obligación de proteger. La Corte Constitucional, en una de las primeras sentencias en que se ocupó ampliamente de la naturaleza y exigibilidad de los DESC, identificó este nivel mínimo de protección como el "contenido esencial" de estos derechos, al preceptuar que:

El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico".

Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación, que en el caso que ocupa a la Corte no se da, pues la ley 789 de 2002 pretendía aumentar el número de empleos en Colombia, pero no se ha logrado, según las distintas estadísticas que fueron analizadas por los demandantes.

Por otra parte, el principio de no regresividad establece una prohibición relativa para el Estado, en el sentido de restringir cualquier medida que disminuya un determinado nivel de satisfacción de los DESC, la cual se entenderá prima facie como una medida contraria a la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 2013). De acuerdo con la Corte Constitucional existen varios eventos en que determinada medida puede entenderse como regresiva: "(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho" (Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008).

Es decir, mientras el principio de progresividad implica priorización, garantías mínimas de los DESC y avances en su protección, el principio de no regresividad impone al Estado una obligación correlativa pero diferente, en el sentido de garantizar que los niveles de protección alcanzados no serán desmejorados.

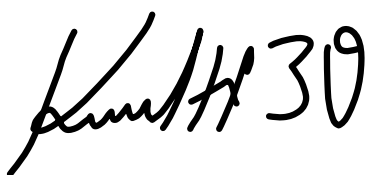
Por lo anterior consideramos que al establecerse en el numeral 1 del párrafo 1 del

IV. SOLICITUD

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la Honorable Corte Constitucional declarar la EXEQUIBILIDAD condicionada de la norma y dicho precepto legal debe ser entendido en el sentido que los hijos de los trabajadores tendrán derecho al subsidio familiar hasta los 25 años.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley

De los señores Magistrados, atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kenneth 30'.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com

DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE

C.C. 6671635.
Docente Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.