

ACCIONES AFIRMATIVAS Y EL PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO.

Jorge Luis Barone González

SUMARIO: 1. *Liminar.* 2. *Mujer y Madre Cabeza de Familia.* 3. *Padre Cabeza de Familia.* 4. *Personas Discapacitadas.* 5. *Personas Próximas a Pensionarse.* 6. *El Estado: Derecho a Reestructurarse.* 7. *El Retén Social.* 8. *El Límite Temporal al Retén Social y la Prohibición de Retroceso en Materia de Derechos Fundamentales.* 9. *De los Efectos de las Sentencias.* 10. *Antes de la Sentencia C- 991/04.* 11. *Después de la Sentencia C-991/04.*

1. LIMINAR

A diferencia de lo que ocurre con la desigualdad formal o ante la ley, la cual se origina en un marco normativo que ciertamente establece unas prerrogativas a favor de unos grupos y en detrimento de otros, la desigualdad material principia en la real y evidente tendencia social generalizada a marginar y discriminar a los grupos minoritarios o débiles, apartándolos, de hecho, del esquema societario como si no pertenecieran a él.

A lo largo de la historia muchos han sido los grupos víctimas de discriminación y marginamiento. Negros, indígenas, mujeres y judíos, por ejemplo, en distintos momentos y lugares, fueron excluidos de la posibilidad de integrarse de manera homogénea con los demás sectores sociales, para beneficiarse junto con ellos de los progresos y adelantos que el tiempo y la ciencia otorgan al hombre.

Conforme la evolución del pensamiento humano respecto de sus semejantes permitió vislumbrar que el verdadero progreso se obtiene

a partir de la integración, las distintas legislaciones, y de ello no se abstuvo la colombiana, iniciaron la producción de normas que hicieran efectiva la igualdad que tiempo atrás sólo se concebía como un concepto netamente formalista. Sin embargo en Colombia, la igualdad fue reconocida como derecho a partir de la Constitución de 1991. Lo que constituyó uno de los pilares fundamentales de la Revolución Francesa de 1789, tardó algo más de 200 años en ser incorporado a la legislación colombiana.

En reconocimiento a la desigualdad material y a la necesidad de integración del derecho de los iguales con el de los desiguales se originan las acciones afirmativas, como se las conoce comúnmente¹, que son, de manera genérica, políticas gubernamentales que tienen la función de corregir los desequilibrios sociales, a través de medidas encaminadas a proteger y beneficiar a los grupos tradicionalmente excluidos. Con la expresión acciones afirmativas, ha dicho la Corte Constitucional, "*se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación*"².

Las acciones afirmativas "*nacen en el derecho norteamericano con la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935, según la cual, si un empresario discriminaba a un sindicato o miembro de aquel, debía suspender su actuación y adoptar "acciones afirmativas" para ubicar a las víctimas en el lugar que estarían si no hubieran sido discriminadas. No obstante, el desarrollo posterior vendría dado para superar los históricos problemas de segregación racial en la sociedad norteamericana.*"³

¹ Los detractores de la acción afirmativa prefieren denominarla medida de discriminación inversa o positiva.

² Cfr. Sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Cfr. Sentencia SU-388 de 2005, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo 13⁴ de nuestra Constitución Política abre las puertas al aparato estatal, para adoptar medidas en favor de grupos marginados y discriminados, lo que no es otra cosa más que la autorización constitucional para la adopción de medidas de acción afirmativa, lo cual resulta una consecuencia lógica de la concepción de Colombia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Carta, como un Estado Social de Derecho.

En el presente estudio se analizarán las acciones afirmativas desde la perspectiva del proceso de reestructuración del Estado. Un número considerable de entidades, empresas industriales y comerciales del Estado fueron reestructuradas o disueltas y liquidadas a partir del año 2002⁵, lo que supuso el choque de la necesidad de la Administración de modernizar y reordenar la estructura estatal, que sin duda conlleva la eliminación de puestos de trabajo, con el deber constitucional que tiene el Estado de proteger a los grupos especialmente vulnerables.

El Retén Social creado por la Ley 790 de 2002, por el cual se determinó la estabilidad laboral reforzada para las madres cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse, que laboraran en entidades y empresas estatales, concilió el deber con la necesidad, pero más tarde volvieron a entrar en pugna al imponérsele un límite temporal a la medida.

⁴ **Artículo 13:** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

⁵ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto de Fomento Industrial (IFI), la Dirección Nacional de Estupefacientes, Ecopetrol S. A., el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), Telecom, Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (Inat), el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, por nombrar algunas.

En consecuencia, antes de abordar lo concerniente al Retén Social, resulta pertinente analizar cada uno de los grupos amparados por esta medida de acción afirmativa.

2. MUJER Y MADRE CABEZA DE FAMILIA

Hasta mediados del siglo XX, la mujer fue objeto de discriminación y marginamiento social. Frágil, irracional, pasional, como se acostumbraba calificarla, se le impedía participar de la vida política, académica y laboral, en las mismas condiciones que los hombres⁶, sin consideración del status socioeconómico que pudiera ostentar, tesis que provenía de un enfoque ontológico consistente en identificar el sexo femenino con "*lo incapaz*".

El artículo 13 de la C. P prohíbe la discriminación por razones de sexo y, de manera más específica, el artículo 43 señala que hombre y mujer gozan de igualdad de derechos y oportunidades, prohíbe cualquier clase de discriminación en contra de aquélla y establece que durante el embarazo y después del parto gozará de protección especial por parte del Estado. Así mismo, consagra la protección constitucional a la madre cabeza de familia, término que será objeto de algunas precisiones, como se verá *infra*.

Toda esta normativa no es más que un recordatorio de la evidente discriminación que ha existido por razón del género, así como el aval constitucional al Estado, a través de todos sus órganos, para implementar las medidas eficaces para corregir la referida desigualdad, porque resalta a la vista que la sola consagración de una norma que establezca la igualdad entre los sexos resulta incompleta, si no permite a las ramas del poder público tomar medidas que corrijan efectivamente el comportamiento discriminatorio en contra de la mujer.

⁶ Hasta la Ley 28 de 1932, por mencionar un ejemplo, la mujer carecía de capacidad para la administración y disposición de sus bienes durante el matrimonio.

Es lógico afirmar que la discriminación constituye un mal que se acentúa con el tiempo, al punto que llegado cierto momento se observa como se ha convertido en una conducta históricamente presente, y generalmente aceptada por los miembros del grupo discriminante, como ocurrió con la población afroamericana en los Estados Unidos y, por lo tanto, resulta utópico pretender eliminarla simplemente con una disposición. *"Así las cosas, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales y en particular las que buscan paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, no pueden reputarse, en principio, contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias."*⁷

A pesar de que en Colombia existe un *corpus iuris* relativo a la igualdad de género, la igualdad material entre hombres y mujeres sigue siendo un objetivo por cumplir.

Ahora bien, en relación con la protección a la "madre cabeza de familia", de que habla el inciso segundo del artículo 43, es menester realizar algunas aclaraciones, no sin antes definir esta condición, a partir de los presupuestos establecidos por la ley y decantados por la jurisprudencia:

Se considera madre cabeza de familia⁸ la mujer que reúne las condiciones siguientes:

1. Que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.
2. Que esa responsabilidad sea de carácter permanente.

⁷ Cfr. Sentencia C- 410 de 1994, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia, además de los argumentos que apoyan la toma de medidas de acción afirmativa a favor de la mujer, se encuentran algunos datos estadísticos en relación con su participación laboral, para la época en que se dictó la providencia.

⁸ Véase Sentencia T- 641 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

3. Que haya ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, y que se sustraiga de sus obligaciones como padre.
4. O que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental, o la muerte.
5. Que haya deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

A menudo, tienden a confundirse las acciones afirmativas en favor de la mujer con las acciones afirmativas en favor de las madres cabeza de familia. Las primeras recaen directamente sobre aquélla y obedecen a una discriminación de género que, como se mencionó *supra*, se somete a la idea de considerar al sexo femenino como irracional, pasional e incapaz de realizar cualquier actividad a la par del hombre, fuerte, racional, emprendedor, quien a lo largo de la historia ha sido considerado el modelo de "lo humano"; las segundas recaen indirectamente en la madre, como medio para amparar a la familia. Sin lugar a dudas, las medidas de protección a favor de la madre cabeza de familia, en el fondo buscan garantizar la tutela de los derechos de los niños y de las personas de la tercera edad, cuando de manera exclusiva dependen de ella. De tal suerte, que la forma por la cual el Estado puede evitar la efectiva vulneración de estos derechos, es precisamente mediante el apoyo especial a la única persona que responde permanentemente por las necesidades familiares.

No obstante, puede suceder que los presupuestos ya referenciados sean satisfechos plenamente no por una mujer, sino por un hombre, lo que conduciría a la evidente vulneración del Art. 13 de la C. P., en caso de que el Estado se rehusase a brindar apoyo a esta persona, en los mismos términos que a la mujer cabeza de familia, porque simplemente el análisis no puede diseñarse a partir del género, sino a partir de la situación de la familia, institución básica de la sociedad, como lo señala la C. P., cuyo sostenimiento se haya en cabeza de una sola persona.

3. PADRE CABEZA DE FAMILIA

Como ya se anotó, las medidas de acción afirmativa en favor de la madre cabeza de familia, se valen de esta figura para garantizar los derechos de los miembros más vulnerables del núcleo familiar, es decir, los niños y las personas de la tercera edad y, por lo tanto, para hacer efectiva esta tutela resulta imperativo extender los beneficios al padre que, de hecho, se encuentra en las mismas condiciones que una madre cabeza de familia. Habiéndolo entendido así, la Corte Constitucional ha venido produciendo una serie de fallos de constitucionalidad condicional sobre el término "*madre cabeza de familia*" en los que ha señalado que con él no se vulnera ningún precepto constitucional siempre que se entienda que también cobija a los padres que reúnen los requisitos señalados anteriormente.

Para finalizar con el presente acápite, veamos unos ejemplos al respecto:

En relación con la Ley 861 de 2003, "*Por la cual se dictan disposiciones relativas al único inmueble urbano o rural perteneciente a la madre cabeza de familia*", al cual se le dio el carácter de patrimonio familiar inembargable, señaló que la medida prevista "*busca proteger el patrimonio mínimo del grupo familiar, representado en el inmueble que destinan para vivienda, como medida de protección, no sólo de la mujer cabeza de familia, sino, primordialmente, de los menores que dependen de manera exclusiva de ella. En atención a esa específica finalidad de la norma, no existe razón que justifique limitar ese amparo especial a los menores que dependan de su madre, y no aplicarlo a aquellos que, en las mismas circunstancias, dependen exclusivamente del padre.*"⁹

Respecto de la Ley 750 de 2002, que creó el derecho de la madre cabeza de familia a cumplir la pena a la que fuere condenada, en su lugar de residencia, La Corporación manifestó que "*también*

⁹ Cfr. Sentencia C- 722 de 2004, M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

*reconocerá el derecho de prisión domiciliaria... a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. De esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque (sic) así sea."*¹⁰

La Ley 82 de 1993¹¹, que de manera genérica autorizó al Estado a tomar medidas especiales para apoyar a la mujer cabeza de familia, cuya expresión "mujer" fue declarada constitucional, bajo el entendido de que las prerrogativas a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se hicieran extensivas a los hijos menores e hijos impedidos del hombre que, de hecho, se encontrara en la misma situación que una madre cabeza de familia, porque "en uno y otro caso se trata de personas respecto de los cuales el Estado tiene

¹⁰ Cfr. Sentencia C-184 de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ **ARTICULO 2:** Para los efectos de la presente Ley, entienda se por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PARAGRAFO:

Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

una obligación de protección especialísima. (Arts. 13 y 44 C. P.) y a los cuales no puede discriminar en función del sexo de la persona de la cual dependen."¹²

Finalmente, frente al Retén Social, figura creada por la Ley 790 de 2002, del cual se hablará *in extenso* más adelante, ese Cuerpo Colegiado sostuvo que *"la idea de ampliar la estabilidad laboral a los padres que tengan únicamente bajo su cargo la responsabilidad de los hijos incapaces para trabajar, se concreta en proteger los derechos de la familia, en especial a los niños, pues éstos son totalmente ajenos a la situación de si es el padre o la madre quien está en cabeza del hogar.*

Lo anterior significa que, en concordancia con la Constitución, las normas deben ir encaminadas a proteger a la familia cuya cabeza esté radicada únicamente en una persona, sin consideración a que esta sea el padre o la madre."¹³

4. PERSONAS DISCAPACITADAS

El artículo 47 de la Constitución impone al Estado el deber de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. A su turno, el artículo 54 consagra expresamente la obligación que éste tiene de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, y el artículo 68, señala que la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son compromisos especiales del Estado.

La discriminación de los discapacitados no es activa, es decir, no degenera en actos violentos en contra de ellos; no es impulsada por el

¹² Cfr. Sentencia C-964 de 2003, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹³ Cfr. Sentencia C-1039 de 2005. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En igual sentido véase la Sentencia C-044 de 2004, M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

odio ni el miedo en su contra, como ocurre con aquélla que surge por motivos raciales y religiosos. Por el contrario, se trata de una discriminación pasiva, construida a partir de la lástima, la ignorancia y, en ocasiones, en la incomodidad de compartir con personas que sufren de alguna limitación¹⁴. Por supuesto, el nivel de rechazo será una medida subjetiva, que dependerá en buena parte, del impacto y las sensaciones que despierte la naturaleza de la incapacidad en el sujeto discriminador.

En el área laboral, por otra parte, la eficiencia es un tema a ser considerado, amén de la incomodidad que produzca entre los trabajadores el hecho de compartir permanentemente con una persona limitada. La posibilidad de realizar las labores dentro de una empresa con el mayor grado de eficiencia posible, resulta ser un aspecto fundamental, a ser observado por los encargados de realizar las contrataciones laborales, y del que evidentemente no pueden sacar ventaja las personas que sufren alguna discapacidad. Claro que en la práctica, la diferencia dependerá de la relación "*labor- discapacidad*", pudiéndose encontrar en algunos eventos, discapacidades que no afectan en nada la actividad que ha de desarrollar la persona afectada. Sin embargo, en términos generales, no resulta un secreto para nadie que los discapacitados no son el tipo de personas con mayor demanda en el mercado, porque son símbolo de "*insuficiencia*", y muy pocas compañías están dispuestas a "poner en riesgo sus negocios" con la contratación de personas que padecen alguna limitación.

Claro que la importancia de la eficiencia no es absoluta, sino relativa, y en el evento en que entre en conflicto con valores de superior jerarquía, debe ceder, aun en el ámbito laboral.

En consecuencia, encuentran plena validez las normas señaladas *supra*, porque si bien las compañías tienen derecho a procurar la gestión eficiente de sus negocios, el Estado -la otra cara de la moneda- ha asumido una serie de deberes sociales de origen constitucional, que

¹⁴ Véase Sentencia T-207 de 1999.

entre otras cosas, comporta la obligación de velar por la incorporación de las personas discapacitadas a todas las áreas sociales¹⁵.

"Los discapacitados tienen los mismos derechos que las demás personas, y pueden también realizar aportes importantes a la sociedad. En los textos se recalca que los efectos de la discapacidad sobre una persona dependen de manera fundamental del entorno social, es decir, que la discapacidad no es únicamente un problema individual. Esto significa que un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad.

*Lo anterior ha conducido a la convicción acerca de la necesidad de que los Estados y las mismas sociedades tomen medidas para favorecer la integración y participación de los discapacitados en la vida social, de manera tal que, al igual que las demás personas, se conviertan en sujetos portadores de derechos y obligaciones y puedan llevar una vida digna. Por eso, se señala que es necesario favorecer el acceso de los discapacitados a la rehabilitación, la educación, la salud, la seguridad social, el empleo, la recreación y el deporte, y a las obras de infraestructura física y los bienes de uso público, tales como las calles, los edificios, los parques, el servicio de transporte, etc."*¹⁶

Sin embargo, lo anterior no habilita a los discapacitados para incumplir con los deberes y obligaciones que les han sido impuestos. Los mismos se hallan limitados, disminuidos, en atención a su condición y en esa medida, se hacen exigibles como ocurre con aquéllos que se encuentran en cabeza de una persona totalmente capaz¹⁷.

¹⁵ Véase Sentencia C-983 de 2002, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁶ Cfr. Sentencia T-207 de 1999.

¹⁷ Véase Sentencia C-174 de 2004, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

5. PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE

La condición de persona próxima a pensionarse no constituye un motivo discriminatorio. La protección a este grupo simplemente consiste en reforzar la estabilidad laboral con miras a la consolidación de los requisitos pensionales y, en ningún caso, obedece a un tratamiento social, generalizado y reprochable hacia los individuos que ostentan esa calidad. Así las cosas, no podemos hablar de una protección constitucional para estas personas a la luz del artículo 13 de la Constitución.

En cuanto a la asociación pensión- tercera edad que suele hacerse para justificar la tutela del Estado, la misma no resulta determinante, porque si el razonamiento se hace a partir de la edad, debe concluir necesariamente en ella, es decir, no hay necesidad, si lo que se quiere es proteger a las personas de la tercera edad, de agregar adjetivos a esa condición, porque la misma constituye *per se* una garantía constitucional de amparo, a través del artículo 46 de la Carta que impone al Estado y a la sociedad en general, la obligación de proteger y asistir a las personas de la tercera edad. Además, la posición se cae por sí sola al afirmar que no todas las personas de la tercera edad están próximas a pensionarse. Si bien existe la pensión de vejez, para su obtención se requiere no sólo tener determinada edad (55 años la mujer y 60 el hombre), sino, además, actualmente, se requiere haber cotizado en cualquier tiempo al menos 1100 semanas¹⁸.

¹⁸ **Artículo 33 L-100/93. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez:** Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Tampoco resulta sostenible que la protección se origina a partir de la vulneración del derecho a la seguridad social, porque en sentido estricto éste sólo está en cabeza de las personas que ya se encuentran pensionadas.

Descartadas estas hipótesis, y no habiendo otras que puedan ser objeto de análisis para el caso, podemos afirmar que lo que realmente se protege es la "legítima expectativa" a obtener la pensión. La expectativa es un estado de la mente, una situación psicológica, subjetiva y, en consecuencia, distinto en cada persona. En relación con nuestro objeto de estudio (Acciones afirmativas y entidades en reestructuración), es absolutamente válido señalar que la expectativa de obtener una pensión varía de persona en persona, lo cual se opone a los presupuestos objetivos que deben cumplirse para hacer acreedor al individuo de la protección de su derecho. Por ello, en torno a las "expectativas legítimas" se establece un límite temporal claro e invariable¹⁹, dentro del cual debe hallarse la persona para ser considerada "próxima a pensionarse" y beneficiarse así de la estabilidad laboral reforzada.

6. EL ESTADO: DERECHO A REESTRUCTURARSE

Para cumplir a cabalidad con las funciones que se le han asignado, resulta imperioso que el Estado adecue su estructura con el propósito de hacer frente a las necesidades actuales. La reestructuración estatal no obedece a un capricho del Legislador, sino a necesidades objetivas, por una parte, aumentar el nivel de eficiencia en las actividades asignadas a las entidades públicas y, por otra, reducir el gasto público. En consideración a ello, existe la atribución constitucional para reformar el órgano estatal a través de medidas como: crear, fusionar o suprimir ministerios, departamentos administrativos, superintendencias²⁰, y en igual forma, entidades u órganos administrativos nacionales, modificar

¹⁹ Para ser incluida en el Retén Social, la persona deberá estar en condiciones de adquirir el derecho a pensionarse dentro de los 3 años siguientes a la promulgación de la Ley 790 de 2002.

²⁰ Constitución Política de Colombia, Art. 150- 7.

la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.²¹

Sin embargo, cuando se procede a suprimir una entidad o a fusionarla con otra, se presenta ineludiblemente la colisión de la necesidad de renovar el aparato estatal, con los derechos de los trabajadores, sobre todo con los que constitucionalmente están protegidos de manera especial.

Como inexorablemente las relaciones laborales se verán afectadas con los programas reformativos que adelante la Administración Pública, y no es posible impedirlos, habiendo autorización constitucional clara, la Corte Constitucional ha señalado unos derroteros por los que debe ser guiado todo proceso de reforma del aparato estatal, para garantizar los derechos de los trabajadores y, primeramente, los de aquéllos que gozan del amparo especial, al que ya nos hemos referido:

*"La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos."*²²

*"El proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social."*²³

²¹ Constitución Política de Colombia, Art. 189 -15 y 160-7

²² Cfr. Sentencia C-209 de 1997, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

²³ Cfr. Sentencia C-209 de 1997.

7. El Retén Social

El "Reten Social" es la figura que materializa la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002²⁴, por la cual se dio inicio al programa de renovación de la administración pública, y que tiene como propósito garantizar el empleo a los funcionarios públicos de las empresas en reestructuración o liquidación, que se hallan en situación de debilidad manifiesta. Se trata de una verdadera medida de "acción afirmativa", a favor de grupos vulnerables de la sociedad, tradicionalmente marginados y discriminados, con la salvedad hecha anteriormente en relación con las personas próximas a pensionarse, quienes no son objeto de discriminación y marginamiento, pero que igualmente se encuentran protegidas por el Retén.

"El Retén Social es la protección que el Gobierno Nacional, dentro de la Política Social de Estado ha determinado para amparar a los servidores públicos que cesan su actividad como consecuencia del Plan de Reforma del Estado²⁵". "La protección de la estabilidad laboral consiste, en esta medida, en el diseño de mecanismos institucionales que hagan efectiva la garantía a favor del grupo al cual la Constitución reconoce especial protección...²⁶".

Esta medida tiene efectos similares a aquellos que cobijan a los trabajadores aforados, de tal suerte que la estabilidad laboral reforzada sea el objetivo primordial y el despido con indemnización la última alternativa. La Corte Constitucional ha señalado que dicha posición se

²⁴ **Artículo 12. L. 790/2002. Protección Especial:** De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

²⁵ Véase http://www.mincomunicaciones.gov.co/mincom/src/user_docs/Noticias/PreguntasFrecuentes.pdf, Pregunta 13.

²⁶ Cfr. Sentencia C- 641 de 2005.

justifica, pues "*esta clase de trabajadores pertenece a los grupos sociales más vulnerables, razón por la cual requieren en algunas circunstancias, de una protección especial privilegiada a través del diseño e implementación de acciones afirmativas en su favor, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.*"²⁷"

Es importante aclarar que la estabilidad reforzada creada a través del Retén Social no es absoluta, pues finaliza con la liquidación definitiva de la entidad, pero impone al Estado la carga de reubicar a la persona tutelada, siempre que sea posible. En palabras de la Corte "*la protección constitucional a los grupos tradicionalmente marginados y discriminados no puede constituirse en un obstáculo insuperable para llevar a cabo el ejercicio de la competencia constitucional de la administración pública de reformar la administración pública.*"²⁸"

8. EL LÍMITE TEMPORAL AL RETÉN SOCIAL Y LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

El literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003²⁹ y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003³⁰, establecieron que el Retén Social de que habla

²⁷ Cfr. Sentencia T- 773 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ Cfr. Sentencia T- 773 de 2005.

²⁹ **Artículo 8. Descripción de los Principales Programas de Inversión:**

La descripción de los principales programas de inversión que el Gobierno Nacional espera ejecutar durante la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, es la siguiente:... D. LA RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8o de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

³⁰ **Artículo 16. Aplicación en el Tiempo:** Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1o de septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004.

la Ley 790 de 2002, tendría vigencia hasta el 31 de enero de 2004, lo que condujo, una vez expirado dicho término, a que las entidades en reestructuración iniciaran la supresión de los cargos en que se encontraban prestando servicios las personas protegidas por el Retén.

Sin embargo, estas disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-991 de 2004, con el argumento de que constituían un retroceso en materia de protección de los derechos fundamentales, específicamente en lo concerniente a acciones afirmativas, lo que llevó a las personas afectadas, a demandar por vía de Tutela la reincorporación al cargo.

"...es absolutamente claro que el límite temporal previsto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 vulnera mandatos constitucionales de superior jerarquía³¹".

"El artículo 13 constitucional contiene un mandato de trato diferenciado que se caracteriza por el deber en cabeza del Estado de promover y proteger a los más desfavorecidos... La modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se (sic) presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de "proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."(Art. 13 C. P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional...³²".

³¹ Cfr. Sentencia T-641 de 2005.

³² Cfr. Sentencia C-991 de 2004.

9. DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

Los efectos de las sentencias son un punto de especial interés, por cuanto la Corte ha dado un alcance especial a sus providencias, cuando el tema de las mismas versa sobre la protección de grupos vulnerables.

Como sabemos, los efectos de las providencias judiciales de esa Corporación frente a las personas son básicamente "*erga omnes*" como aquéllas que proceden frente al control de normas en abstracto (control de constitucionalidad) e "*inter partes*", que en materia constitucional es propio de la que decide la tutela.

Sin embargo, lo anterior no impide a la Corte otorgar efectos diferentes a ciertas sentencias³³, cuando exista imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos de la sociedad o de un sector de ella, y para ello es necesario considerar los siguientes aspectos³⁴:

1. Día a día se presentan numerosas tutelas que giran en torno a unos mismos hechos y que demandan la protección del mismo derecho.
2. Frente a un gran número de ellas no se concede el amparo solicitado.
3. Unas pocas son seleccionadas para su revisión por la Corte.
4. La Corte Constitucional no puede eludir su deber de hacer efectivos los mandatos constitucionales, y sólo otorgar la protección demandada a las personas cuyos procesos, por

³³ Aquí hago referencia específica a la tutela, la cual generalmente produce efectos únicamente entre quienes son parte en el proceso y, por lo tanto, son susceptibles de modulación en sus efectos frente a las personas, por cuanto resulta impensable que un juicio abstracto de normas conlleve a una declaratoria de inconstitucionalidad frente a determinados individuos.

³⁴ Véase Sentencia SU-388 de 2005, M. P. y SU- 389 de 2005 M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

azar, fueron seleccionados para revisión. Esto sin realizar un mayor análisis, constituiría una violación del artículo 13.1 de la Constitución (*igualdad ante la ley*).

5. En otros casos, debido a la importancia de los derechos vulnerados, la Corte de acuerdo con lo expresado en el numeral anterior, deberá amparar, incluso, a aquéllos que ni siquiera presentaron acción de tutela.

Como podemos observar, en relación con el proceso de reestructuración del Estado, los efectos de las sentencias son de suma importancia cuando se trata de la protección de los derechos individuales que se violan a un colectivo constitucionalmente protegido, por los mismos hechos y en las mismas circunstancias. Mal se haría al proponer un ejemplo que sólo siguiera llenando de teoría la mente del lector, sin dar a conocer como fue el tratamiento práctico adoptado a través de la jurisprudencia.

Ahora, entonces, resulta acertado explicar las medidas jurisprudenciales, efectivamente aplicadas por la Corte, para dar garantía de cumplimiento a la acción afirmativa "*Retén Social*".

10. ANTES DE LA SENTENCIA C- 991/0

Como se señaló, la Corte profiere fallos con efectos *erga omnes* cuando se trata del juicio abstracto de normas, en los que declara la compatibilidad o no de una norma con el Texto Superior.

Pero, en tratándose de leyes ordinarias y decretos, este procedimiento debe iniciar con una acción de constitucionalidad, razón por la cual, hasta tanto la misma no se produzca, la Corporación se encuentra impedida para proceder a realizar exámenes sobre constitucionalidad de las normas.

El artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, que fijaron el límite temporal del Reten Social hasta el 31 de enero de 2004, fueron declarados inexecutable en octubre de ese año.

Durante el tiempo en que estuvieron vigentes estas normas, se produjo una cantidad considerable de despidos en las empresas en reestructuración. Sin embargo, y a pesar de la vigencia de esta norma, un número abultado de afectados demandaron por vía de tutela el reintegro a sus cargos.

Si bien existe la prohibición de retroceso en materia de derechos fundamentales, como se señaló *supra*, La Corte no podía otorgarle efectos *erga omnes* a una tutela en la que se fallara a favor del accionante, porque sería lo mismo que declarar la inconstitucionalidad de los artículos mencionados por vía de tutela, lo cual no sólo es improcedente, sino absolutamente descabellado, porque atentaría de manera incuestionable contra los procedimientos establecidos para ese fin.

La Corte resolvió optar por la modulación de estas sentencias y otorgarles efectos *inter pares*, es decir, extender el fallo a todas las personas que, reuniendo los requisitos para ser incluidos en el Retén, hayan interpuesto acción de tutela a la fecha de la sentencia y, habiendo obtenido un resultado desfavorable, sus procesos no hubiesen sido seleccionados para revisión por la Corte. Esta posición fue solidificada mediante la SU- 388 de 2005, pero únicamente respecto de las madres cabeza de familia, motivo por el cual fue necesario que en fallos subsiguientes se extendiera la medida a los discapacitados.³⁵

Ahora bien, la Corte pudo haber concedido el amparo con efectos *inter communes*, esto es, hacer extensible la decisión a todas las personas retiradas de sus cargos y que pertenecieran al Retén hubieran o no demandado, pero adujo que algunas de ellas pudieron haber quedado conformes con la indemnización obtenida y que, por lo tanto, no resultaba pertinente afectarlas con el fallo.³⁶

³⁵ Véase Sentencia T-726/05 M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Para las personas próximas a pensionarse no aplicó el límite temporal impuesto al Reten Social.

³⁶ Para conocer un caso donde se module con efectos *Inter Communes* véase la sentencia SU- 1023 de 2001 M. P. Dr. Jaime Córdova Triviño.

II. DESPUÉS DE LA SENTENCIA C-991/04

Las entidades en reestructuración señalaron, al conocer de las tutelas, que la decisión de suprimir cargos en los que se ubicaban personas amparadas por el Retén, fue realizada con anterioridad a la declaratoria de inexecutable de las normas que imponían un límite temporal a la medida y que, por tanto, ordenar el reintegro constituiría una aplicación retroactiva de las decisiones judiciales, a lo que la Corte respondió:

"El amparo de los derechos constitucionales de la actora no significa una aplicación retroactiva de lo dispuesto por esta Corporación de la sentencia C-991/04, pues la vigencia de la estabilidad laboral reforzada de la que es titular es una garantía constitucional autónoma que impone, en virtud de la eficacia normativa del Texto Superior, deberes ciertos para la entidad demandada, consistente en medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia³⁷"

He aquí un punto interesante. El argumento de la Corte es válido, en el sentido de que el texto de la norma de inferior jerarquía no debe contravenir el ordenamiento constitucional y que la estabilidad laboral reforzada para el caso de los grupos vulnerables, constituye una garantía constitucional autónoma, pero asimismo lo son el debido proceso, el habeas corpus, y el derecho de asociación, y no por ello se puede predicar que el tratamiento legal de estas figuras sea innecesario, e incluso, no se puede afirmar que las disposiciones legales están vetadas para imponer límites a estas garantías. Por ello, los argumentos de la Corte no resuelven el tema de la retroactividad.

Como sabemos, la Corte realiza en algunos casos controles previos y de oficio sobre las normas, como para el caso de las leyes estatutarias,

³⁷ Cfr. Sentencia T- 641/05. En igual sentido véanse T-773 de 2005; T-726 de 2005; T-846 de 2005 M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

y en otros el control es posterior y requiere demanda, como ocurre con las leyes ordinarias.

Las normas, una vez sancionadas y promulgadas, están llamadas a producir efectos en la esfera jurídica, hasta tanto no sean derogadas o declaradas inexecutable. Por esta razón, atendiendo a la importancia del contenido normativo, la Corte estará obligada a revisar la norma antes de su promulgación o deberá esperar a que sea demandada para poder hacerlo. Esto ocurre así, porque el ordenamiento jurídico, no puede darse el lujo, por así decirlo, de que ciertas normas produzcan efectos si van contra vía en relación con el orden constitucional, razón por la cual la Corte deberá iniciar de oficio el estudio de la norma antes de su promulgación. Pero puede ocurrir que la norma sea de aquellas que siendo inconstitucionales no generen grandes desequilibrios jurídicos, y en este evento, se permite que sean promulgadas sin que exista revisión, hasta tanto no sean demandadas. Así las cosas, las normas que efectivamente nacen a la vida jurídica, producen efectos hasta que sean retiradas del ordenamiento, y la declaratoria de inexecutable es similar a una nulidad con efectos, es decir, en cuanto al caso que nos ocupa, las personas que fueron retiradas de su cargo durante el tiempo en que la norma estuvo vigente, lo fueron conforme a la ley y no habría lugar a reintegro independientemente de que con posterioridad, la misma haya sido declarada inexecutable.

Pero estas normas entonces, a saber, el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, a pesar de ser de aquellas que no requieren control previo, crearon grandes desequilibrios jurídicos, como la misma Corte señaló, originaron un grave retroceso en materia de protección de derechos. Por lo tanto, ¿no es acaso justificado que la decisión judicial tenga efectos retroactivos?, o ¿en nombre de la seguridad jurídica resulta correcto permitir que se consolide una situación que lesiona derechos de elevadísimo talante?, y máxime cuando ha sido evidente, cuando la legislación resulta ser absolutamente equivocada, notoriamente errada, y manifiestamente incompatible con el texto constitucional.

Imaginemos que durante el tiempo en que estas normas estuvieron vigentes, hubiesen sido desvinculadas todas las personas que estaban amparadas por el Retén. Una vez declaradas inexecutable por la Corte, sin poder dar aplicación retroactiva a la decisión, por sustracción de materia, el artículo 12 de la Ley 790 quedaría derogado.

Por los motivos ya expuestos, resulta completamente válido curar con retroactividad, las lesiones evidentes y flagrantes que el legislador ocasiona al Orden Constitucional.

Independientemente de cuál sea la tesis correcta, a saber, la garantía constitucional autónoma, o la aplicación retroactiva de la decisión judicial por violación flagrante y evidente del orden Constitucional, que además no resulta ajena a la doctrina y jurisprudencia constitucional,³⁸ lo cierto es que en todos los casos a que hacen referencia las sentencias estudiadas, la Corte ordenó el reintegro de las personas afectadas, cuando realmente llenaban los requisitos del artículo 12 de la ley 790 de 2002, independientemente de que la desvinculación se hubiese efectuado bajo la vigencia de una norma que así lo autorizaba, con lo cual se dio prevalencia a la acción afirmativa "Retén Social", sin que ello supusiera para el Estado la imposibilidad de reestructurarse.

³⁸ Véase MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. **Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de la Leyes**. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Número 316.

