



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Epistemología e informática jurídica en la aplicación del principio de solidaridad frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad desde la gestión del riesgo legal

Juan Diego Montenegro Timon

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2022

**Epistemología e informática jurídica en la aplicación del
principio de solidaridad frente a la estabilidad laboral
reforzada de personas en situación de discapacidad desde
la gestión del riesgo legal**

Juan Diego Montenegro Timon

**Presentado como requisito para optar al título de Doctor en Derecho de la Facultad de
Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia**

Director:

Doctor Juan Jorge Almonacid Sierra

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2022

Declaración de obra original

El suscrito, Juan Diego Montenegro Timon, declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores. Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido. He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto). Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Juan Diego Montenegro Timon

Nombre Fecha 15 de diciembre de 2022

Resumen

La variedad de criterios jurisprudenciales en la asignación de riesgos y distribución de cargas que se evidencia en los casos de fuero de estabilidad laboral reforzada ante la disminución de la capacidad laboral de un trabajador constituye un problema relacionado con el alcance del principio de solidaridad que afecta directamente la inclusión laboral de personas en situación de discapacidad. Dentro de los fundamentos de estas divergencias se ha señalado que obrar solidariamente implica hacerse cargo total o parcialmente de los costos humanos que implica para la persona su situación de salud, distribuyendo las cargas de la persona afectada de forma razonable entre otras personas, para lo cual la jurisprudencia ha tenido en cuenta los vínculos familiares (cuidado), de seguridad social (prestacionales) y para sus empleadores y contratantes, el deber de preservarlo en el empleo a menos que concurra justa causa, sin perjuicio de la obligación de reubicarlo, capacitarlo y ajustar las condiciones de su trabajo al cambio en sus condiciones existenciales.

El objetivo general de la investigación es identificar los fundamentos epistemológicos que subyacen a los distintos criterios utilizados por la jurisprudencia de las Altas Cortes para determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad y la manera en que la informática jurídica puede ayudar en esta materia. Se cuestiona si es necesario o no generar un test de solidaridad específico cuyas reglas generales se podrían abstraer a partir del caso concreto de la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en situación de discapacidad.

Se trata de una investigación dogmática de sentencia lata con trasfondo epistemológico, de abordaje documental, utilizando los métodos del análisis económico del derecho y la hermenéutica de las libertades económicas.

Palabras clave: principio de solidaridad, estabilidad laboral reforzada, discapacidad, debilidad manifiesta, gestión del riesgo legal, informática jurídica.

Abstract

Epistemology and legal informatics in the application of the principle of solidarity against the reinforced job stability of people with disabilities from legal risk management

The variety of jurisprudential criteria in the allocation of risks and distribution of burdens that is evidenced in cases of jurisdiction about reinforced labor stability in the face of the decrease in the work capacity of a worker constitutes a problem related to the scope of the principle of solidarity that directly affects the labor inclusion of people with disabilities. Within the bases of these divergences, it has been pointed out that acting in solidarity implies taking full or partial responsibility for the human costs that their health situation implies for the person, distributing the burdens of the affected person in a reasonable way among other people, for which jurisprudence has taken into account family ties (care), social security (benefits) and for their employers and contractors, the duty to preserve them in employment unless there is just cause, without prejudice to the obligation to relocate, train and adjust the conditions of their work to the change in their existential conditions.

The objective of the research is to identify the epistemological foundations that underlie the different criteria used by the jurisprudence of the High Courts to determine the scope of solidarity in the allocation of risks and distribution of burdens in the face of the reinforced job stability of people in disability situation and the way in which legal informatics can help in this matter. It is questioned whether or not it is necessary to generate a specific solidarity test whose general rules could be abstracted from the specific case of the assignment of risks and distribution of burdens in the face of the reinforced job stability of workers with disabilities.

It is a dogmatic investigation of canned judgment with an epistemological background, with a documentary approach, using the methods of law and economics and the hermeneutics of economic freedoms.

Keywords: solidarity, reinforced job stability, disability, manifest weakness, legal risk management.

Contenido

Introducción	8
Problema de Investigación	8
Hipótesis	16
Metodología	18
Itinerario	35
1. Estado del Arte	37
1.1. Sobre los avances de la informática jurídica	37
1.1.1. Informática Jurídica en el campo legislativo	40
1.1.2. Informática Jurídica en el campo jurisprudencial	47
1.2. Sobre la Gestión del Riesgo Legal	54
1.3. Sobre las barreras de acceso al mercado laboral para las personas en situación de discapacidad	58
1.4. Sobre la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta	101
1.5. El Juez y la aplicación de principios	111
2. Marco teórico	168
2.1. El daño en la discapacidad y la pérdida de capacidad laboral	168
2.2. Paradigma interpretativo	182
2.3. Teoría Neoinstitucional del Derecho	189
2.4. Los discursos sobre el Principio de Solidaridad	199
2.5. La limitación de la autonomía de la voluntad frente a la asignación de riesgos y cargas por el principio de la solidaridad	213
2.6. Los alcances de la libertad de empresa frente al derecho al trabajo	225
3. Comprobación de la hipótesis	261
3.1. Fundamentos epistemológicos en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en condición de discapacidad	261
3.2. Avances de la informática jurídica y la gestión del riesgo legal que pueden ayudar a determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad	292
3.3. Aplicación del principio de solidaridad en la distribución de riesgos y asignación de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad	304
4. Conclusiones	383
Bibliografía	400

Anexo 1 La solidaridad en la jurisprudencia de las altas cortes435

Introducción

Problema de Investigación

La presente tesis de doctorado tiene como antecedente inmediato el trabajo denominado “Gestión del riesgo legal laboral en micro y pequeñas empresas: un estudio colectivo de casos de la UEI”, en la cual se evaluó la gestión del riesgo legal laboral y su tratamiento en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la Unidad de Emprendimiento e Innovación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia.

A partir de los resultados obtenidos de dicho estudio, se concluyó que los esfuerzos del emprendimiento no se pueden concentrar solamente en la creación de empresas, sino que deben enfatizar aspectos tales como la gestión del riesgo legal laboral en el crecimiento y supervivencia organizacional para disminuir al máximo la mortalidad empresarial. (Montenegro, 2017)

Todos los días las empresas requieren establecer relaciones con otras personas naturales o jurídicas, en un contexto donde el ordenamiento jurídico es cambiante y cuyo desconocimiento puede generar efectos negativos en el negocio, circunstancia que en los últimos años se ha desarrollado bajo el concepto de riesgo legal.

La gestión del riesgo legal, parte de la premisa de que las organizaciones existen con el fin de generar valor, para sus grupos de interés, en circunstancias de incertidumbre, la cual implica riesgos y oportunidades y posee el potencial de erosionar o aumentar el valor. En ese sentido, el reto es determinar cuánta incertidumbre se puede aceptar, frente a lo cual la gestión de riesgos empresariales permite tratar eficazmente la incertidumbre y sus riesgos y oportunidades asociados, mejorando la capacidad de generar valor, el cual se maximiza cuando la dirección establece una estrategia y objetivos para encontrar un equilibrio óptimo entre los objetivos de crecimiento y rentabilidad y los riesgos asociados, además de desplegar recursos eficaz y eficientemente a fin de lograr los objetivos de la entidad. (COSO, 2004)

Un adecuado control y gestión del riesgo legal permite a las empresas ser más competitivas, disminuyendo la posibilidad de conflictos y contingencias que afecten directamente el valor de

la compañía o de sus activos. Dentro de los aspectos que hacen parte del riesgo legal de una empresa, se encuentra aquel relacionado con las prácticas de empleo y seguridad social; es decir, el riesgo de incurrir en pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación laboral, acuerdos laborales, higiene, seguridad en el trabajo, pago de reclamos por daños al personal, por casos relacionados con la discriminación, por aspectos relativos a la remuneración, extinción de los contratos y la organización laboral, entre otros aspectos. (Espiñeira, Sheldon y Asociados, 2008)

Dentro de las ramas de la seguridad social señaladas por el Convenio 102 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), instrumento internacional basado en principios fundamentales de seguridad social que establece normas mínimas aceptadas a nivel mundial, se incluyen la asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional y prestaciones de invalidez.

A partir de estas ramas de la seguridad social se desarrollan prestaciones económicas relacionadas directamente con el estado de salud de las personas tales como las incapacidades, las indemnizaciones y las pensiones de invalidez, las cuales pueden ser de origen común o laboral y requieren de distintos mecanismos, herramientas e instituciones para su adecuado otorgamiento en los sistemas de seguridad social de los países.

Uno de los principales mecanismos que confluye en la identificación de la cantidad, volumen o extensión de estas prestaciones frente a sus posibles beneficiarios, es la determinación o calificación de la pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL).

El Decreto 1507 de 2014 define capacidad laboral de una persona como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo.

La calificación de PCL establece una barrera porcentual del 50% para diferenciar entre la incapacidad permanente parcial y el estado de invalidez: cuando el trabajador haya sufrido una disminución definitiva entre el 5% y el 50% de su capacidad laboral como consecuencia de un accidente o enfermedad de cualquier origen, se considerará que padece una incapacidad permanente parcial; cuando la disminución de la capacidad del trabajador supere el 50%, se

considerará que padece estado de invalidez; el trabajador entrará en dicho estado en el momento en el que supere este 50% según la historia clínica y los exámenes médicos y diagnósticos.

El proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral se realiza cuando:

- Se hubiere culminado el proceso de rehabilitación integral y las lesiones sufridas en el accidente o sus secuelas y las derivadas de la enfermedad o sus secuelas, se encuentren estabilizadas médicamente.
- Cuando sin haberse culminado el proceso de rehabilitación, ya estén instauradas las secuelas funcionales o desde el punto de vista médico se conceptúe que la rehabilitación no generara mejoría funcional al estado clínico del trabajador.
- Cuando se hubiere completado como máximo 540 días de incapacidad continúa prolongada sea por evento de origen común o laboral.

En el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral se involucran además varios actores además de la persona afectada, como son el empleador o contratante en caso de existir, las Empresas Promotoras de Salud (EPS), Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), y las Juntas regionales y nacional de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Adicionalmente, este tema, en el ámbito de la seguridad social, es uno de aquellos donde mayor divergencia existe entre las posiciones de las altas cortes, en relación con la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta. Se trata de criterios establecidos para determinar que un individuo se encuentra en condición de discapacidad: para la Corte Suprema de Justicia es claro que son aquellas personas que padecen una limitación moderada, severa o profunda superior al 15%; mientras que, para la Corte Constitucional el fuero de estabilidad por debilidad manifiesta es un derecho que se debe reconocer a todo aquel que “experimente una afectación de salud que le impide o dificulta sustancialmente el 8 desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa).

La Sala Laboral ha clarificado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado

moderado, severo o profundo, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-11411, del 02 de agosto de 2017, Radicado No. 67595 Rigoberto Echeverri Bueno)

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esa Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.” (Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa).

Una de las consecuencias de la pérdida de capacidad laboral en muchos casos es el aumento del ausentismo laboral. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al ausentismo laboral como la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba que iba a asistir, quedando excluidos, por tanto, los períodos de vacaciones y las huelgas, entre otros factores (OIT, 1989)

También se puede presentar que aun estando presente el trabajador en su puesto de trabajo, se verifica una fuerte disminución en su rendimiento, lo cual, en últimas, representa un aumento de costos y pérdida de competitividad para la empresa. Lo anterior es conocido con el nombre de ausentismo presencial o presentismo laboral (Martínez y Jané, 2014).

En el caso de Colombia, de acuerdo con las cifras de la II Encuesta Nacional de Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo realizada en el 2013 por el Ministerio del Trabajo, el 84,9% de las causas de incapacidad en el trabajo correspondían a enfermedades o accidentes de origen común, mientras que el 1,4% correspondían a enfermedades o accidentes laborales (Ministerio del Trabajo, 2013). Asimismo, la ANDI encontró que, para el año 2015, el 59,9% de los casos de ausentismo laboral en sus empresas afiliadas se debían a enfermedades de origen común, en tanto que el 10,4% de los casos correspondían a enfermedades y accidentes laborales, mientras que el restante 29,5% se distribuía en otros permisos y licencias, entre las que se encontraban las licencias de maternidad, paternidad, luto, entre otras. (Vargas, 2016)

Según los datos del Censo Nacional de Población y Vivienda de 2018, en Colombia existen 3.134.036 personas en condición de discapacidad, de las cuales el 55% (1.723.720) se encuentran en edad de trabajar pero solo el 13,5% (423.095) cuentan con un vínculo laboral.

Según datos de la ANDI (2015), el 63.6% de sus empresas afiliadas señaló que uno de los costos principales es aquel que cubre el salario de los trabajadores que llegan a reemplazar a los ausentes.

Gráfico 1. Costos percibidos por las empresas debido a la adaptación y reubicación de trabajadores (porcentaje)



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

Fuente: Encuesta ANDI – Gremios (2015)

Por otro lado, a nivel macroeconómico se ha encontrado que las medidas pasivas para el desempleo, como es el caso de las compensaciones económicas ante una desvinculación, deben ir acompañadas de intervenciones activas, que fomenten la búsqueda de empleo por parte de los trabajadores. El monto recibido ante un despido puede verse como un desincentivo para participar en el mercado laboral en el corto plazo (Nickell, 1997). De esta manera, la

protección que se busca brindar por medio del pago que se debe proporcionar al trabajador en caso de un despido debe analizarse no solo como un instrumento perjudicial para las empresas, sino, también para el mercado laboral como tal, ante la ausencia de instrumentos activos para enfrentar el desempleo. (ANDI, 2015)

Según la Procuraduría General de la Nación, entre 5 y 7 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB) de Colombia se estaría perdiendo por la falta de inclusión educativa y laboral de personas en situación de discapacidad. (Carrillo, 2018)

A partir de las decisiones judiciales que reconocen el fuero de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad, se asignan cargas adicionales respecto al seguimiento y acompañamiento que debe realizar el empleador frente al trabajador con el fin de llevar a cabo su rehabilitación, adoptando las medidas necesarias indicadas por los médicos laborales para capacitar al empleado en situación de discapacidad de ser necesario, lo que se traduce, a su vez, en una erogación económica para el empleador, esto, sumado al pago retroactivo de los salarios dejadas de percibir, e incluso la indemnización de 180 días de salario. Esta situación afecta directamente la inclusión laboral de personas en situación de discapacidad.

Así las cosas, los distintos actores involucrados en la disminución de la capacidad laboral de un trabajador cuentan con un alto riesgo legal. En Colombia, dentro de la normatividad que enmarca la gestión de riesgos, en el sector financiero y asegurador se encuentra la Circular Externa 029 de 2014- expedida por la Superintendencia Financiera, define el riesgo legal como la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones.

En ese sentido, un aspecto clave de la gestión del riesgo legal se encuentra en la capacidad de responder correctamente a la pregunta ¿qué norma aplica para resolver este problema concreto? Para efectos de resolver dicha pregunta, uno de los mayores problemas a los que se han enfrentado los juristas ha sido el caos normativo, por lo que recurrentemente se hacen esfuerzos por organizar la información jurídica de tal manera que les permita acceder con

seguridad a la fuente normativa vigente que permita resolver cada caso concreto, a través de dos mecanismos principales: la compilación y la codificación.

Hoy, en las primeras décadas del Siglo XXI, nos encontramos más cerca de resolver el problema del caos normativo a través de la tecnología. Al respecto Almonacid et. al (1998) refiriéndose a las categorías del derecho privado señala que las mismas, fueron forjadas circunscribiéndose obviamente a las limitaciones, alcance y posibilidades ofrecidas por las tecnologías de su época, pero que esas condiciones tecnológicas han evolucionado dramáticamente y por esta razón ahora las categorías jurídicas presentan nuevas facetas, nuevos alcances y posibilidades para su realización y ejercicio, siendo así que en la mayoría de casos se quiebran los pilares conceptuales tradicionales sobre los cuales se construyeron tales categorías.

No obstante, una vez se identifica la norma aplicable, surge un nuevo problema: la desalineación entre los procesos empresariales y las normas pertinentes que determinan su cumplimiento, lo que se ha atribuido a la falta de una estrategia clara para abordar o iniciar la resolución de problemas, temas en los que se ha centrado la investigación en informática jurídica (Boella, 2016).

Algunos de los primeros intentos por encuadrar e identificar plenamente la normatividad aplicable a una situación específica se centraron en la noción de “soft law” que buscaba simplificar la organización de la legislación vigente a través de la consolidación de marcos legales que fueran más accesibles a la población en general (sin formación jurídica profesional), haciendo uso de métodos como la autorregulación y la correlación.

La perspectiva jurídica de riesgo es muchas veces normativa, y no descriptiva mientras que, en la gestión de riesgo, el concepto de riesgo se trata precisamente de describirlo y calcularlo; en segundo lugar, jurídicamente, el principal punto de vista es la perspectiva ex post del juez, esto es, con posterioridad a la materialización del evento en perspectiva ex ante de la gestión del riesgo legal.

Los criterios establecidos por las altas cortes para determinar que un individuo se encuentra en condición de discapacidad son diferentes, pues para la Corte Suprema de Justicia es claro que son aquellas personas que padecen una limitación moderada, severa o profunda superior al

15%; mientras que, para la Corte Constitucional el fuero de estabilidad por debilidad manifiesta es un derecho que se debe reconocer a todo aquel que “*experimente una afectación de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares*”. Estas posiciones sustancialmente diferentes originan un trato desigual injustificado en casos similares.

Dentro de los fundamentos de estas divergencias se ha señalado que obrar solidariamente implica hacerse cargo total o parcialmente de los costos humanos que implica para la persona su situación de salud, distribuyendo las cargas de la persona afectada de forma razonable entre otras personas, para lo cual la jurisprudencia han tenido en cuenta los vínculos familiares (cuidado), de seguridad social (prestacionales) y para sus empleados y contratantes, el deber de preservarlo en el empleo a menos que concurra justa causa convalidada por la oficina del Trabajo, sin perjuicio de la obligación de reubicarlo, capacitarlo y ajustar las condiciones de su trabajo al cambio en sus condiciones existenciales, pues esto además se acompasa con el principio de integración social.

En ese sentido, la variedad de criterios jurisprudenciales en la asignación de riesgos y distribución de cargas que se evidencia en los casos de estabilidad laboral reforzada ante la disminución de la capacidad laboral de un trabajador constituye un problema para la gestión del riesgo legal principalmente de carácter epistemológico relacionado con el alcance del principio de solidaridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se planteó la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuáles son los fundamentos epistemológicos que subyacen a los distintos criterios utilizados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia para determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad y cómo la informática jurídica puede ayudar a la aplicación del principio de solidaridad en esta materia?

Hipótesis

Los fundamentos epistemológicos que subyacen a las distintas interpretaciones efectuadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia al determinar los criterios para reconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta radican en la valoración del alcance del Principio de Solidaridad que cada Corte ha asignado a partir de una promiscuidad epistemológica, ante descriptores abiertos y difusos, por lo que encontrar o construir una solución que coincide con los datos disponibles depende de la posibilidad de encontrar y ponderar la argumentación.

Así, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se basa principalmente en el uso de la lógica formal y el método interpretativo es generalmente el exegético, teniendo como base el método deductivo y principalmente bajo un pensamiento normativista. En la Corte Constitucional se acude a diversas lógicas, sin despreciar la lógica formal, se preferencia el método inductivo, a través de una ordenación racionalista de la producción jurisprudencial que impulsa la cultura del precedente, con un pensamiento jurídico axiológico, humanista y garantista, enfocado en la profundización de la igualdad, la libertad y la justicia social.

En la aplicación del principio de solidaridad frente al derecho a la estabilidad laboral reforzada ante la disminución de la capacidad laboral de un trabajador, se deben tener en cuenta aspectos tales como el alcance a la limitación al derecho a la libertad de empresa, la medición de la capacidad laboral, los incentivos del mercado laboral y la organización y el financiamiento del Sistema de Seguridad Social, los cuales son de carácter interdisciplinar involucrando también a la economía y donde la informática jurídica, si bien no resolvería el problema, podría aportar en la asignación de riesgos y distribución de cargas entre el trabajador, el empleador, la familia y el Estado.

En ese sentido se podría plantear un test de solidaridad cuyas reglas generales se podrían abstraer a partir del caso específico de la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en situación de discapacidad.

Objetivo general

Así las cosas, el objetivo general de la presente tesis de doctorado se concreta en identificar los fundamentos epistemológicos que subyacen a los distintos criterios utilizados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia para determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad y la manera en que la informática jurídica puede ayudar en esta materia.

Objetivos específicos

A su vez se plantean como objetivos específicos:

1. Auscultar las distintas interpretaciones efectuadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad.
2. Establecer los avances en la informática jurídica y la gestión del riesgo legal que pueden ayudar a determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad.
3. Entender el marco teórico de los fundamentos epistemológicos que subyacen a las distintas interpretaciones efectuadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia al determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad.
4. Proponer un método para la aplicación del principio de solidaridad en la distribución de riesgos y asignación de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad.

Metodología

Se parte de la elección del conjunto de decisiones judiciales de la Corte Constitucional de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado determinando el interés de la Sentencia o del conjunto de Sentencias elegidas. Los criterios de selección serán:

- La unidad temática: reconocimiento o no del fuero de estabilidad laboral reforzada a personas en situación de discapacidad a partir de la aplicación del principio de solidaridad.
- En el lapso de 2000 a 2020.
- Decisiones relevantes donde se pudiera visibilizar con una mayor tangibilidad un escenario claro del alcance del principio constitucional de la solidaridad para la distribución de riesgos y asignación de cargas;

La orientación del trabajo de investigación es de descripción y sistematización aplicado a la jurisprudencia, con las características de la investigación de *sententia lata*, partiendo de la Identificación de problemas interpretativos, la determinación de sus consecuencias para nuevas hipótesis y buscando ofrecer criterios que permitan superar el conflicto o privilegiar una línea epistemológica frente a otra.

En ese sentido, en total fueron analizadas 109 Sentencias con fundamento en un estudio integral, teniendo como principal pauta de análisis la manera en que estas abordaron el principio de la solidaridad, realizando un estudio específico de cada una de ellas.

Para esta fase se propone utilizar el método propuesto por Torres (2002) a partir de las herramientas del Análisis Económico del Derecho, así como el desarrollo de la hermenéutica de las libertades económicas explicada por Almonacid y García (1998), a partir de los postulados interpretativos propios de la Constitución Económica que conllevan que principios interpretativos generales operen de forma distinta tratándose de libertades económicas teniendo en cuenta el dirigismo económico y las libertades ontológicamente limitables por el compromiso corrector de las desigualdades sociales existentes.

El Análisis Económico del Derecho es la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los

procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales. (Mercurio y Medema, 1997)

Respecto a la *pars construens* del modelo jurídico-económico de ciencia jurídica, Chiassoni (2013) destaca, en cuanto a los principios epistemológicos y metodológicos, que el jurista-economista tiene que asumir frente al derecho una postura de *racionalismo instrumental*, rechazando cualquier postura que padezca de esencialismo, o bien sea metafísico o moralista, lo cual se traduce en que frente a cualquier problema jurídico, debe evitarse toda búsqueda de la solución objetivamente correcta, proporcionada ya sea por "la naturaleza de las cosas" o por los "verdaderos conceptos jurídicos". Para estos efectos recomienda a los jurista-economistas que conduzcan sus análisis del derecho considerando:

1. Utilizar exclusivamente formas de razonamientos medio a fin, en los cuales las soluciones propuestas para cualquier problema jurídico sean justificadas en fuerza de su acertada, o probable, relación instrumental hasta fines previa y claramente identificados, a su vez justificados por su relevancia social; lo que requiere proporcionar informaciones, aunque conjeturales, sobre los probables efectos de las normas propuestas.
2. Elaborar y utilizar sólo conceptos jurídicos rigurosamente definidos, en lo posible referenciales o cuantitativos, adoptando una concepción convencionalista y pragmatista de los conceptos jurídicos;
3. Evitar de proponer soluciones *ad hoc*, en favor de soluciones para clases de situaciones;
4. Procurar justificar la elección de los fines del derecho sobre el presupuesto de un no-objetivismo y no-cognoscitivismo meta-éticos;
5. Asumir que la ciencia del derecho necesite de una metódica conexión con las ciencias sociales, la filosofía, la psicología, etc., rechazando así el mito de la autonomía de la ciencia jurídica en favor de una *perspectiva interdisciplinaria*, pero atribuyendo a las herramientas de la teoría micro-económica una posición metodológica privilegiada (*imperialismo económico*);
6. Asumir, al elaborar la solución para cualquier problema de regulación jurídica, una *perspectiva centrada sobre el valor de la eficiencia*, tomando sistemáticamente en cuenta los

costes y los beneficios (individuales y sociales) de cada forma alternativa de regulación: tomando en cuenta, en particular, los efectos de las normas sobre el bienestar o la riqueza de las partes afectadas.

7. Perseguir, al lado del ideal de una ciencia jurídica racional, el ideal de una legislación racional y de un derecho judicial racional, cuyas normas y argumentaciones no sean sujetas, como ocurre a menudo, a una forma de control social retórico, donde palabras vacías se contraponen a otras palabras también vacías, sino a una crítica fundada sobre consideraciones de racionalidad instrumental.

Tal como sucede con la economía, los teóricos del Análisis Económico del Derecho han señalado que esta ciencia es susceptible de ser analizada económicamente principalmente desde dos puntos de vista: normativa y positiva. Desde la perspectiva normativa se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes (el legislador, el gobierno, los jueces, las partes contratantes, etc.), ante las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué reglas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias; a su vez, desde la perspectiva positiva, se ocupa de estudiar las consecuencias reales de las decisiones jurídicas tratando de observar empíricamente, describir, explicar y predecir cómo reaccionan las personas frente a una determinada regulación jurídica y cuáles son los costes y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción (función predictiva), así como se analiza la manera cómo influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas. (Función explicativa). (Doménech, 2019)

Las entidades públicas y privadas pueden hacer uso de las herramientas del Análisis Económico del Derecho con el fin de determinar con objetividad y estrategia, los mejores escenarios para atender las responsabilidades a su cargo, proporcionando condiciones de eficiente gestión de los recursos y mayor beneficio social, particularmente la reducción de costos de transacción con fundamento en el Teorema de Coase, tal como se refiere a continuación:

“(...) asegurar la mejor información, reducir los comportamientos oportunistas y facilitar mecanismos de acuerdos, como son acciones de clase o asambleas de interesados. No intentar descubrir lo que es mejor para los administrados con la reducida información con que

cuentan los funcionarios públicos. Al mismo tiempo también cambia la función judicial ya que si la mejor solución es la acordada, porque de esta manera las dos estarán mejor que antes, los jueces deberán reducir los costos de transacción para que las partes concilien. Se reducirán también los costos de la administración y los costos de los procesos judiciales de interés general por sobre el interés de algún sector. (...) Con Coase hubiéramos imaginado una decisión del tribunal que imitara el mercado, "mimic the market", es decir imitar o acercarse a la decisión que las partes hubieran tomado en el mercado si no hubiera habido costos de transacción. Cuando los costos de transacción son positivos los derechos deberán ser asignados a quienes los poseerán en el estadio final si los costos de transacción fueran cero. (...) Cuando los costos de transacción son elevados la posibilidad de negociación es menor por lo que las personas deben utilizar los tribunales para que los recursos tengan su uso más eficiente." (Sola, 2011, p. 16)

El estudio doctrinal del derecho de corte jurídico-económico favorece la razón y la ciencia, el escepticismo epistemológico moderado, el no-cognoscitivism meta-ético, y un prudente activismo de corte pragmatista y empirista. Desde esta perspectiva, la concepción jurídico-económica de la ciencia jurídica se contrapone a tres otras concepciones. En primer lugar, a la posición irracionalista de los realistas intuicionistas y los partidarios más radicales de los Critical Legal Studies que afirman que todo lo que atañe al derecho sea fatalmente dominado por la ideología, la mistificación y, en última instancia, la fuerza; de forma que la así llamada ciencia jurídica sería en efecto un juego de pura política, aunque hábilmente disfrazado por nobles adornos retóricos. En segundo lugar, a las posiciones formalistas que todavía pretenden reducir la ciencia jurídica simplemente a un juego de conocimiento científico del derecho. En tercer lugar, a la concepción propia del constructivismo epistemológico, la cual sostiene que también los juegos de conocimiento científico son comprometidos con juicios de valor, y que, por lo tanto, la diferencia entre ciencia del derecho y política del derecho no es tan tajante como sugieren, por ejemplo, los partidarios de la filosofía analítica del derecho. (Chiassoni, 2013)

Se busca entonces revisar la problemática desde la óptica del análisis económico del derecho y no desde una mirada estrictamente jurídica, demostrando como el hecho de no considerar estas variables puede conducir al no reconocimiento de los derechos de la población potencialmente beneficiaria.

Para estos efectos, en una primera fase se desarrollaron tres etapas concretas propuestas para una selección de sentencias por el profesor Torres (2017): (i) una etapa en donde se realizó un análisis individualizado de cada sentencia, ii) la elaboración de una línea jurisprudencial y (iii) el uso del árbol de los argumentos, por medio del cual se realizó una concatenación muy sintética de los argumentos principales bajo los cuales se falló en cada sentencia, todo ello, analizado siempre de cara al principio constitucional de la solidaridad.

Para la primera etapa se utilizó un formato de análisis de contenidos de las Sentencias a partir de los siguientes puntos:

1. Identificación de la Sentencia
2. Breve referencia a los hechos que dan origen a la litis o a la demanda.
3. Actores: agrupar a los actores o personas que participan en el proceso, a partir de su suposición ante el tema del conflicto.
4. Pretensiones de los actores: señalar lo que buscan o solicitan los actores haciendo referencia al fenómeno jurídico que se persigue.
5. Argumentos de los actores: redactar los principales argumentos de carácter jurídico y económico que esgrimen los actores expresados en proposiciones.
6. Decisión de la Corte: se señala la decisión de la Corte para cada uno de los actores y si es a favor, en contra o neutra.
7. Existe o no una distribución de cargas. De ser así indicar su justificación.
8. Análisis económico: descubrir la idea que el juez hizo del funcionamiento del orden económico, de la ubicación dentro de un modelo económico, así como la eficiencia y asignación del sistema de costos y quién los asume o a quién se le asignan.
9. Análisis epistemológico: descubrir el modelo de conocimiento del derecho utilizado en la sentencia de la Corte.

En la segunda etapa, se realizó una línea jurisprudencial recogiendo todas las Sentencias estudiadas, cuyo espectro se desarrolló en cuanto al nivel de asignación de carga en virtud de la solidaridad a través de la pregunta: *¿En qué nivel el empleador debe asumir cargas respecto de la condición de discapacidad de un trabajador en virtud de la solidaridad? Frente a lo cual se propusieron como respuestas opuestas para el ejercicio metodológico: que se debe trasladar toda la carga laboral al empleador y que no se debe trasladar carga alguna al empleador.*

En la parte final de la primera fase se organizaron los principales argumentos a través del árbol de argumentos.

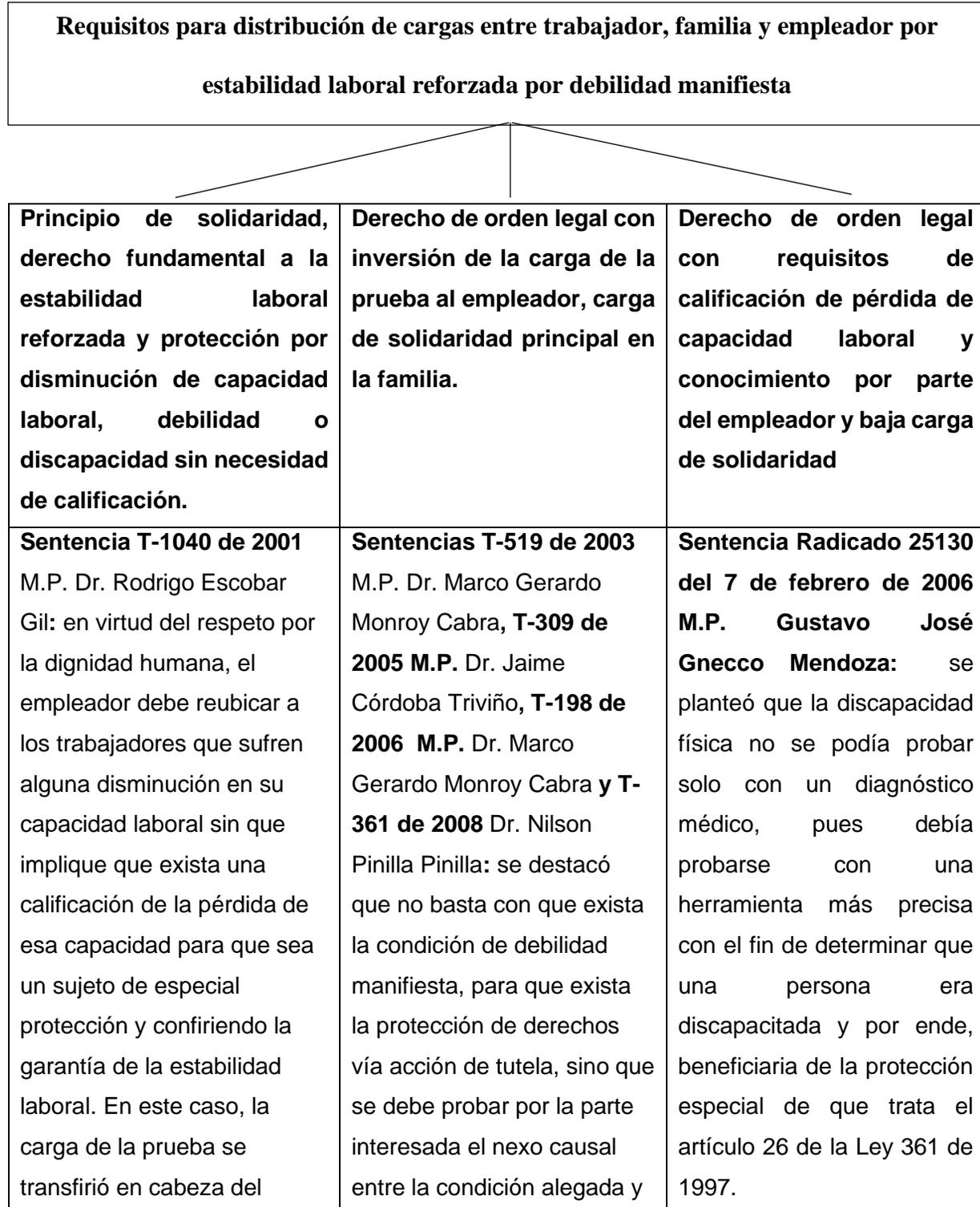
A través de esta metodología se trata de reconocer la agregación de argumentos como una entidad distinguida que emerge del sistema generando estructuras argumentales, denominadas árboles que vinculan argumentos de conclusiones hacia premisas. De esta manera, contaremos con una representación de conocimiento que, aun permitiendo un alto grado de complejidad, se mantiene abstracta. (Bench-Capon, 2002)

El enfoque argumentativo basado en arboles responde a la intuición de una discusión en torno a un tema. Es decir, la estructura argumental en la raíz del árbol está planteando no solo una razón a favor de una sentencia, sino también un tema de discusión. Debido a esto, se discute acerca de su negación y, adicionalmente, de aquellas temáticas traídas a colación por las estructuras argumentales soportando estas sentencias. (Baroni y Giacomin, 2007)

La mecánica de la revisión por expansión incluye la detección de las líneas jurisprudenciales, y en ellas la selección de un argumento que sirva de derrotero. A diferencia de los métodos por contracción y expansión de argumentos, pueden podarse algunas ramas del árbol, así como pueden brotar nuevos subárboles. (Minh, 1995)

En las implementaciones basadas en reglas, éstas se encuentran ubicadas arbitrariamente y los contraargumentos se construyen recorriendo las reglas de arriba hacia abajo. En los enfoques teóricos, simplemente se cuenta con un conjunto de argumentos del cual se eligen los contraargumentos arbitrariamente. Esta información debería ser provista por un mecanismo externo como es el valor de fuerza de argumentos que serán usados como un valor heurístico para guiar la construcción de los árboles. (Rotstein, 2010)

Gráfico 2. Requisitos para distribución de cargas entre trabajador, familia y empleador por estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta



<p>empleador, puesto que debía desvirtuar que el despido había ocurrido por otras circunstancias diferentes a la pérdida de capacidad laboral del empleado. En este caso indicó la Corte que no era necesaria esa calificación para determinar que el actor era sujeto de especial protección y que, por ende, gozaba de una estabilidad laboral reforzada.</p> <p>Sentencia T-519 de 2003 M.P. DR. Marco Gerardo Monroy Cabra: el derecho a la estabilidad especial o reforzada, que se predica respecto de ciertos sujetos, <i>“se soporta, además [...] en el cumplimiento del deber de solidaridad; en efecto, en estas circunstancias, el empleador asume una posición de sujeto obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta”</i>.</p> <p>Sentencia C-800 de 2003 M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa: <i>Si el paciente ha</i></p>	<p>la desvinculación laboral, pues en caso de llegar a demostrarlo, en efecto se configura una discriminación negativa en contra de esa persona por ser un sujeto de especial protección. Adicionalmente, la protección no se da por el origen de la enfermedad, es decir, si es origen común o profesional. Igualmente, se confirma la posición que se viene manejando desde el año 2001, en cuanto a la protección establecida en la Ley 361 de 1997, precisándose que existe una protección laboral reforzada positiva y negativa, frente a la primera se da cuando una persona no puede ser limitada en su vinculación laboral con ocasión de su enfermedad y la segunda, respecto de la prohibición de dar por terminado un contrato laboral con fundamento en la limitación de salud que tiene el empleado, sin que medie autorización previa para ello.</p>	<p>Sentencia 32532 del 15 de julio de 2008 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno: indicó que la protección establecida en la Ley 361 de 1997, aplica para algunas limitaciones y no para todas, sin que se estableciera una categoría en concreto en dicha norma, por ello la Corte teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, complementó las disposiciones allí contenidas en cuanto a la calificación de las limitaciones y concluyó analizando todo ello, que ninguna persona en situación de discapacidad podía ser despedida con ocasión de su enfermedad sin previa autorización de la autoridad competente.</p> <p>SL radicado 35606 del 25 de marzo de 2009 se establecieron unos criterios para dar la aplicación prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así: 1. Que la limitación se encuentre dentro de las</p>
--	--	--

<p><i>sido desvinculado laboralmente, por ejemplo, el servicio de salud específico que venía recibiendo, y del cual depende su vida o su integridad, debe continuar prestándose en virtud del principio de solidaridad, el cual impide que la vida o la integridad de una persona gravemente enferma quede desprotegida debido a que la compensación proveniente de los aportes ya no opera para continuar financiando el servicio”.</i></p> <p>Sentencia T 203 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo: <i>la reubicación laboral como “una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios”.</i></p>	<p>Sentencia T-111 de 2012 M.P María Victoria Calle Correa: <i>Tratándose de una persona en circunstancias de debilidad, y el empleador tenga conocimiento de dicha situación, cuando éste sea despedido sin la autorización de la oficina del trabajo, tiene aquél el deber de probar que la razón del despido no tiene ninguna conexión con las limitaciones del trabajador, pues de lo contrario se configuraría un trato discriminatorio injustificado. Y la carga de la prueba está en cabeza del empleador, porque es él quien toma la decisión de no renovar el contrato o de terminarlo anticipadamente, y tiene conocimiento de las circunstancias en que se desarrolla la actividad productiva y de las motivaciones de la decisión, pero, además, porque el trabajador se halla en estado de debilidad respecto de la relación laboral y cuenta con la especial protección constitucional descrita.</i></p>	<p>categorias protegidas. 2. Que el empleador conozca el estado de salud del empleado. 3. Que se termine la relación laboral con ocasión de las dificultades de salud y se haya realizado el despido sin autorización de la autoridad competente.</p> <p>Sentencias SL 35606-09 M.P. Isaura Vargas, 38992-10 M.P. Camilo Gallego tarquino y 39207-12 M.P Jorge Mauricio Burgos Ruiz: <i>la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la Ley 361 de 1997, en cuyos preceptos, a su juicio, se dispone que sólo se aplica a quienes tienen la “condición de limitados por su grado de discapacidad”, señalando que para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección.</i></p> <p>Sentencia radicados 41867 del 30 de enero de</p>
---	--	---

<p>Sentencia SU-049 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa: El fuero de estabilidad por debilidad manifiesta es un derecho que se debe reconocer a todo aquel que <i>“experimente una afectación de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”</i>. El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les <i>“impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”</i>, toda vez que esa situación</p>	<p>Sentencia T-154 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: la Corte consideró que la solicitud presentada por los familiares de una persona, para que el sistema de salud le proporcionara a esta un cuidado permanente, constituía una carga soportable que en principio debía ser asumido por los parientes: <i>“El principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más</i></p>	<p>2013 M.P Carlos Ernesto Molina Monsalve y 53083 del 14 de octubre de 2015: la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, procede únicamente para las personas que presentan limitaciones en un grado severo, pero no procede para las personas que padezcan cualquier tipo de limitación o quienes tengan una incapacidad temporal, es decir que el Juez no puede extender dicha protección a las personas que se encuentren en los eventos que no estén contemplados en la norma.</p> <p>Sentencia SL-10538 de 2016 y SL-11411-17) M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez: no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física,</p>
---	---	--

<p>particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.</p> <p>SU-040 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger : la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre si existe o no derecho a la estabilidad laboral reforzada de una</p>	<p><i>que les brinde dicho cuidado permanente y principal”</i></p> <p>Sentencia T-472 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se negaron las pretensiones de la demanda ya que el actor no tenía una calificación de su pérdida laboral;</p> <p>Sentencia T – 332 de 2015 M.P Alberto Rojas Ríos: la Corte Constitucional definió la calificación de pérdida de capacidad laboral como <i>“un mecanismo que permite fijar el porcentaje de afectación del “conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual”</i>. Se trata de un medio probatorio para el goce efectivo de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital.</p> <p>Sentencia T-320 de 2016 M.P Alberto Rojas Ríos: en</p>	<p>psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%</p>
---	--	--

<p>persona en situación de discapacidad, pensionada por invalidez y vinculada con la administración distrital en virtud de una política de inclusión social con carácter temporal y, por consiguiente, si se violaron sus derechos fundamentales al finalizar la relación laboral por vencimiento del plazo convenido y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo. En dicho caso concreto, la Sala Plena de esta Corte consideró que la respuesta al problema planteado es negativa.</p> <p>Sentencia C.E. Rad.: 11001-03-15-000-2020-03687-00 M.P. Marta Nubia Velásquez Rico: acoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional resaltando la distinción que hace la Corte entre los conceptos de <i>discapacidad</i> y <i>debilidad manifiesta</i>, para concluir que, si una persona tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% se tratará de una <i>invalidez</i>, mientras que si</p>	<p><i>razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta <u>Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.</u></i> (Subrayado y negrilla fuera del texto original).</p> <p>Sentencia SL1360-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo: modificando criterio frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador</p>	
--	---	--

<p>es inferior dicho porcentaje o sin necesidad de calificación se establece que el sujeto sufre una enfermedad que le impide el cumplimiento de una función, bien por una incapacidad transitoria o permanente, sufre una discapacidad en razón de sus condiciones de salud, se encuentra en un estado de <i>debilidad manifiesta</i>. Indica que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se da con independencia del vínculo y del origen de la enfermedad, esto es, si es laboral o común. El Consejo de estado también concuerda con la jurisprudencia constitucional en cuanto a que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que sufre una disminución en su estado de salud, sino también con la posibilidad que tiene de ser reubicado para desempeñar un puesto conforme a sus condiciones de salud. El máximo tribunal de lo</p>	<p>que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.</p> <p>Sentencia SL 1360 del 11 de abril del 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo: no habrá obligación de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato laboral de un empleado en situación de discapacidad, cuando exista una justa causa legal que lo fundamente, siendo ésta una razón objetiva para ello.</p> <p>Sentencia T-118-19 M.P. Cristina Pardo Schlesinger: el Derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta tiene las siguientes sub-reglas jurisprudenciales: (i) que el</p>	
---	--	--

<p>contencioso administrativo señala como parte de la estabilidad laboral reforzada, el derecho no solo a no ser despedido, sino también a casos en los que resulta procedente que el trabajador sea reubicado⁷ en un empleo acorde con las restricciones y recomendaciones médicas del caso, situación que impone no solo la posibilidad de garantizar la continuidad en su trabajo, sino también a una serie de aspectos⁸ que deben ser previstos al momento de ordenar la reubicación en un puesto de trabajo diferente.</p> <p>Sentencia SL306 de 2021 M.P. Jorge Prada Sánchez: <i>“En la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad, si el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas.</i></p>	<p>petionario pueda considerarse como una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor.</p>	
---	---	--

<p><i>Lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.”</i></p>		
--	--	--

Ahora bien, una vez seleccionadas las sentencias objeto de estudio se buscó hacer un análisis de estas a través de la integración a la ponderación de los elementos del análisis económico del Derecho.

La ponderación implica la existencia de una colisión de principios que puede solucionarse mediante la relación de precedencia entre uno y otro y según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". (Alexy, 2002, p. 161) con lo cual se busca que " algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas preexistentes" (Alexy, 2002, p. 757). A su vez la ponderación también se puede entender como una especie de técnica de argumentación a la cual se recurre cuando no es posible solucionar un caso a partir de las reglas de la subsunción (Alexy, 2002).

El ejercicio de la ponderación está compuesto de tres aspectos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación indicada en el párrafo anterior implica que la relación de restricción protección de un principio es inversamente proporcional pues cuanto mayor sea la protección de un principio, el principio conflicto protegido debe ser más importante.

En segundo lugar, la fórmula del peso que constituye la aplicación práctica que permite apreciar la forma en que opera la ley de la ponderación mediante la utilización de tres variables: el grado de afectación de un principio frente a otro, la importancia de protección de un principio con respecto a otro y si la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación del otro.

El grado de afectación de los principios puede establecerse a través de una escala tríadica en la que afectación puede ser leve, media o intensa. (Alexy, 2007) a su vez el peso abstracto indica que si bien los principios pueden tener un mismo peso dada la jerarquía que pueden ostentar dentro del ordenamiento jurídico, puede suceder que en este acto y ante un determinado caso uno de ellos puede tener una mayor importancia, de conformidad con los valores que posea una sociedad. Y respecto a la seguridad de las apreciaciones empíricas, ésta se relaciona con el grado de certeza de que, si no se protegen más un principio que el otro, no podrá satisfacerse ninguno de los dos adecuadamente.

La ley del peso se ha formalizado de diferentes maneras por parte de Alexy, Bernal, Sieckma, Quiroga, entre otros, pero para efectos metodológicos del presente documento se utilizará la anotación:

$$P(1,2) = A1/A2 + W1/W2 + S1/S2$$

En la cual:

P (1,2): es el peso abstracto un del principio uno frente al principio dos.

A1: es el grado de afectación del principio uno con respecto al principio dos.

A2: es el grado de afectación del principio dos con respecto al principio uno.

Esta variable se puede representar numéricamente siendo la afectación leve equivalente a 2°, la afectación media equivalente a 2¹ y la afectación intensa o grave es equivalente a 2².

W1: es igual al peso extracto del principio uno en el caso bajo estudio.

W2: es igual al peso extracto del principio dos en el caso bajo estudio.

S1: es igual al grado de certeza de que se afectará el principio dos frente al principio uno.

S2: es igual al grado de certeza de que se afectará el principio uno frente al principio dos.

Esta variable puesta determinada por una escala donde la seguridad de la afectación de los derechos que equivale a 2-0, es decir que al proteger más el principio estudio que el otro se satisface de mejor manera los dos; plausible equivalente a 2-1 es decir que al proteger más el principio estudio que el otro se satisface de manera plausible más un principio que los; no evidentemente falso equivalente a 2-2 es decir que no se afectará el príncipe estudio al proteger el otro.

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es el de las cargas de la argumentación que operan cuando por alguna razón sea un empate entre los principios sometidos a la fórmula del peso, empate que se puede resolver a favor de los principios que mejor garanticen la igualdad y la seguridad jurídica y, en segundo lugar, a favor del legislador en aquellos casos en los cuales enjuicia un principio consagrado en una ley frente a un principio constitucional.

En ese sentido se observa que la ponderación no es un procedimiento que conduzca a la objetividad o certeza de única respuesta que un caso difícil ofrecerá colisión de principios pues como es evidente comporta un alto grado discreción en el que el juzgador puede aplicar tanto sus propios criterios sobre la prevalencia de principio sobre otro como sus posturas ideológicas. No obstante, su utilidad es palpable en cuanto a dedicar un marco en el que es posible establecer el espacio sobre cuáles iba mover la subjetividad como un instrumento valioso para argumentar las decisiones judiciales reduciendo los costos de transacción para los interesados en tales decisiones, puesto que brinda cierta predictibilidad sobre las valoraciones que pueda hacerse al momento decidir el caso (Medellín, 2013)

En este punto se ha encontrado que el análisis jurídico puede encontrar una verdadera aplicación de teoría económica en la equidad de la administración de los recursos en beneficio la justicia frente a lo cual se resaltan los conceptos de eficiencia, el análisis costo beneficio, y los costos de transacción que en comunicación con la ponderación en un lenguaje interdisciplinar permiten formular una ley que el peso que tiene en cuenta los costos de la protección de un principio sobre otro y los efectos económicos en el largo plazo con respecto al precedente. (Medellín, 2013).

Estos nuevos elementos se incorporan a la fórmula del peso de la siguiente manera:

$$P(1,2) = A1/A2 + W1/W2 + S1/S2 + C1/C2 + E1/E2$$

Donde C1 y C2 equivalen al costo de la protección del principio uno con respecto al principio dos es decir el análisis costo beneficio que se realiza con el fin de estimar el costo de proteger el derecho con respecto al otro y que se representa a través de la escala triádica de 2-2 para un costo elevado, 2-1 para los costos en el largo plazo moderado y 2-0 para los costos en el largo plazo leves. Por su parte, E1 y E2 representarían los efectos económicos de la decisión en el largo plazo con respecto al presente, es decir, reproduce los efectos que podría tener la decisión de largo plazo y los incentivos que crearía lo cual se configuraría a través de tres valores: 2-2 para unos costos en el largo plazo elevados, 2-1 para unos costos en el largo plazo moderado y 2-0 para los costos en el largo plazo leves. (Medellín, 2013)

Itinerario

La presente Tesis de Doctorado en Derecho, además de la presente introducción, se estructura en cuatro grandes capítulos: el primero da cuenta del Estado del Arte sobre los avances de la informática jurídica tanto en el campo legislativo como en el jurisprudencial, sobre la gestión del riesgo legal, sobre la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta y sobre la aplicación de los principios a través de la ponderación.

En un segundo capítulo, se desarrolló el marco teórico sobre el concepto de daño en la discapacidad y la pérdida de capacidad laboral, se aborda el paradigma interpretativo, los postulados de la teoría neoinstitucional del derecho, los discursos sobre el principio de solidaridad, la limitación de la autonomía de la voluntad frente a la asignación de riesgos y cargas por el principio de solidaridad y los alcances de la libertad de empresa frente al derecho al trabajo.

El tercer capítulo desarrolla lo relacionado con la comprobación de la hipótesis desde sus tres puntos clave: los fundamentos epistemológicos en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en condición de discapacidad; los avances en la informática jurídica y la gestión del riesgo legal que pueden ayudar a determinar

el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en condición de discapacidad y, la posibilidad de aplicar un test de solidaridad en la distribución de riesgos y asignación de cargas en este asunto.

Finalmente se encuentra el capítulo de conclusiones que incluye el análisis de la ilustración o no de la hipótesis y la interpretación de resultados.

1. Estado del Arte

(Aquí es necesario hacer una presentación general de lo que se encontrará en el estado del arte, y la razón por la cual es necesario abordar cada tópico en cada acápite, en este primer gran numeral. Esto, porque al lector no le queda claro por qué se salta desde los avances de la informática jurídica, a las políticas sobre discapacidad en Colombia, y a la referencia específica en el caso del departamento de Cundinamarca. Es decir, se van encontrando datos y una descripción muy detallada de información, frente a la cual no se tiene una guía coherente sobre su relación entre ellos y al lector le queda la impresión de estar saltando temas que en principio no tienen una conexidad clara.)

En el presente capítulo se realiza una sistematización documental de los avances más relevantes en materia de la informática jurídica a través de una redacción detallada bajo el entendido de que se trata de una tesis de doctorado en derecho con una alta carga de aportes conceptuales de las ciencias informáticas que han generado grandes y diferenciados aportes tanto en el campo legislativo como en el jurisprudencial.

Seguidamente se retoma el tema de la gestión del riesgo legal teniendo como punto de partida el trabajo final de maestría en administración del autor de la presente tesis, brindando los elementos conceptuales necesarios para el desarrollo de la investigación; finalmente se trae a colación las discusiones y análisis desde la dogmática jurídica en relación con la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta y la aplicación de los principios a través de la ponderación, atendiendo al objetivo general de la tesis y al segundo objetivo específico.

1.1. Sobre los avances de la informática jurídica

Antes de desarrollar el estado del arte de esta temática, se considera importante tener en cuenta las siguientes definiciones de algunos conceptos propios de las ciencias de la informática y la computación para efectos de lograr un mejor entendimiento de los asuntos que aquí se describen:

Glosario

Interfaz:

Conexión, física o lógica, entre una computadora y el usuario, un dispositivo periférico o un enlace de comunicaciones. (RAE, 2022)

Instanciación:

Proceso de leer o especificar información, como los valores y el tipo de almacenamiento de un campo de datos. (IBM, 2021)

Isomorfismo:

Correspondencia biunívoca entre dos estructuras algebraicas que conserva las operaciones. lenguaje natural. (RAE, 2022)

Neutrosfia:

Rama de la filosofía que estudia el origen, naturaleza y el alcance de neutralidades, también sus interacciones con espectros ideacionales diferentes. (Smarandache, 1995)

Notación:

Sistema de signos convencionales que se adopta para expresar conceptos matemáticos, físicos, químicos, etc. (RAE, 2022)

Ontología:

En ciencias de la comunicación y en inteligencia artificial, red o sistema de datos que define las relaciones existentes entre los conceptos de un dominio o área del conocimiento. (RAE, 2022)

Ortogonal:

Dicho de una línea o de un plano: Que forma ángulo recto con otra línea o con otro plano. (RAE, 2022)

Sin duda, la ciencia de la computación encierra una gran cantidad de disciplinas con diversos métodos, pues es claro que, día tras día se hace necesario generar aplicaciones que produzcan un impacto en materia legal, aun si eso significa la codificación y total automatización de lo que conocemos hoy como la normativa aplicable, pues es una exigencia hacia las ciencias computacionales e ingenieriles promover negocios virtuales y canales comerciales que posibilitan satisfacer la demanda de situaciones cuya prevención oportuna pudo alcanzarse de contar con las herramientas adecuadas. (G. Boella et. al, 2014)

La investigación en informática jurídica se ha centrado en la desalineación entre los procesos empresariales y las normas pertinentes que determinan su cumplimiento, lo que se ha atribuido a la falta de una estrategia clara para abordar o iniciar la resolución de problemas. (Sadiq y Governatori, 2015, Boella et al., 2013b).

Como resultado de la investigación cualitativa realizada en el marco del trabajo final de Maestría en Administración de título “Gestión del riesgo legal laboral en micro y pequeñas empresas (...)” (Montenegro, 2017), frente a la identificación y evaluación de riesgos potenciales propios de la actividad emprendedora, se pudo identificar que los asuntos en los que mayor desconocimiento tienen los emprendedores y frente a los cuales se suscita incertidumbre, son aquellos relacionados con el régimen sancionatorio y disciplinario laboral frente a la comisión de una falta o incumplimiento en las funciones por parte de los trabajadores incluyendo la manera en que se debe terminar un contrato de trabajo cuando se considera que el trabajador ha incurrido en una justa causa, la estabilidad laboral reforzada y, en general, el retiro de personal en estas circunstancias.

Del mencionado estudio, se pudo concluir entonces que la mayor exposición a riesgo legal laboral en los emprendimientos en Colombia se encuentra en la aplicación del debido proceso disciplinario laboral y el consecuente retiro de los trabajadores.

Así, desde del fenómeno subjetivo-objetivo del proceso de toma de decisión entre diferentes alternativas en situación de incertidumbre, como la que se presenta en estos casos, con la probabilidad de ocasionar efectos negativos en los objetivos de la empresa que produzca un resultado peor del previsto, que incluye la situación de incertidumbre como contexto y condición objetiva del riesgo, el acto de tomar decisiones sobre la base de información incompleta y la vacilación motivada por la probabilidad de pérdidas o fracasos como resultado de la realización

de la alternativa privilegiada, se estableció que, a pesar de que el emprendedor cuente con justas causas para dar por terminado un contrato de trabajo, su desconocimiento de la normatividad aplicable específicamente frente al respeto al debido proceso disciplinario laboral le expone a un alto riesgo legal laboral. (Montenegro, 2017)

A continuación, se recogen los principales avances de la informática jurídica agrupándolos según su aplicación en el campo legislativo frente al campo jurisprudencial:

1.1.1. Informática Jurídica en el campo legislativo

La Ingeniería ontológica

Guarino (2016) afirma que la ontología¹, es una parte fundamental de la investigación filosófica, pues esta, normalmente se ocupa del análisis y la categorización de lo que existe, así, la existencia de sistemas de información complejos que tienen su base en representaciones formales sólidas y coherentes.

Varias investigaciones académicas en materia de cumplimiento han buscado crear una notación para representar normas y modelos de procesos de negocio (Ruopeng Lu et al. 2009), las cuales han resultado ser demasiado generales para su uso en temas jurídicos. (Boella et al., 2014^a). Varios autores han planteado aplicaciones de tecnología computacional de modelado de información legal en la búsqueda de mejorar la reutilización y forma en que se comparte el conocimiento legal de la información, usando técnicas de ingeniería ontológica:

NORMA de Stamper

Ronald Stamper ha sido uno de los principales críticos del uso de lógicas tradicionales para la representación del conocimiento legal señalando que estas se basan en representaciones

¹ Especificación explícita de una conceptualización (Gruber, 1992). Una ontología puede considerarse como una descripción a nivel de conocimiento y consiste en una colección jerárquicamente ordenada de clases, individuos, relaciones, funciones y axiomas, que describen el dominio de conocimiento que permanecen invariantes sobre varias bases de conocimiento. (Rojas, 2018)

simbólicas que solo tienen una conexión muy débil con los conceptos del mundo real que pretenden denotar generando en consecuencia una simplificación excesiva de lo que se trata el conocimiento legal. Para superar estos problemas, sostuvo que es necesario escapar del marco de referencia dentro del cual se crea la lógica clásica, para lo cual propuso el formalismo NORMA que significa "logic of norms and affordances" que podemos traducir como "lógica de normas y costumbres" y que se basa en dos supuestos filosóficos principales: no hay conocimiento sin un conocedor, y el conocimiento de un conocedor depende de su comportamiento (Stamper, 1996).

Para este autor los principales conceptos ontológicos son:

(a) Agentes: organismos que se encuentran en el centro de la realidad. Adquieren conocimiento, regulan y modifican el mundo mediante acciones. Los agentes son responsables de sus acciones. El concepto de agente se puede ampliar para incluir grupos, equipos, empresas, agentes sociales, Estados, naciones, etc.

(b) Invariables de comportamiento: el conocimiento del mundo debe ser descrito por características que permanecen sin variación durante algún tiempo y que estas características se encuentran en los objetos de características de comportamiento. Por ejemplo, una taza es descrita por la capacidad de contener líquidos, el ruido que hace al golpear varias superficies, la forma visual que muestra, etc. Para expresar esto, NORMA utiliza la construcción de un comportamiento invariable, usando verbos, sustantivos o adjetivos, de una situación cuyas características permanecen invariantes.

(c) Realizaciones: se especifica como la combinación de (1) un agente y (2) un comportamiento invariable, escrito brevemente como Ax (la situación, denotada por comportamiento invariable x, es decir, realizado por el agente A. (Bench-Capon y Visser, 1996)

El trabajo de Stamper se constituye entonces en un intento de proporcionar un lenguaje de representación general para las normas que pueden servir como marco para construir modelos de dominios particulares basándose en la semiótica, es decir en sistemas de signos que permiten la comunicación entre individuos, sus modos de producción, de funcionamiento y de recepción.

La Ontología Funcional de Valente

Por su parte, Adriana Valente (1995) propuso una perspectiva funcional del sistema legal considerándolo como un instrumento para cambiar o influir en la sociedad en aspectos específicos determinado por objetivos sociales, cuya función principal es reaccionar ante el comportamiento social, la cual se puede descomponer en seis funciones primitivas, cada una correspondiente a una categoría de conocimiento jurídico primitivo (Bench-Capon y Sator, 2003).

Ontología basada en marcos

A su vez, en aras de avanzar en el desarrollo de sistemas basados en el conocimiento jurídico y reducir la dependencia de tareas de las especificaciones de conocimiento, varios estudios distinguieron entre una ontología que pretende ser genérica para toda ley y una ontología específica de ley que es requerida para complementarla en cualquier caso particular (Bench-Capon y Sator, 2003), para lo cual se requiere que sean robustas (conceptuales y formales) para reducir la tarea dependencia de las especificaciones legales de conocimiento al dividir nuevamente el conocimiento sobre tres distintas entidades: 1) Normas, 2) Actores y 3) Descripciones de conceptos (Rojas, 2018).

FOLaw

Esta ontología toma como punto de partida los roles que desempeña el sistema legal en la sociedad presentando una visión sociojurídica más que dogmática legal, involucrando la noción “funcional” de las normas e identificando las dependencias entre los tipos de conocimiento, que indican los roles que los tipos de saberes juegan en el razonamiento. Al mismo tiempo también expresa el papel del sistema legal como control del comportamiento social real de individuos y organizaciones en la sociedad (Breukers, 2004).

FOLaw se ha tomado como base de aplicaciones prácticas y arquitecturas para el razonamiento legal y construcción de servidores de información legal. Un ejemplo concreto es el proyecto CLIME cuyo dominio de prueba fueron las reglas internacionales de seguridad y medio ambiente, atención en el mar, y las normas para la clasificación de buques que acogió más de 15.000 normas, a partir de dos modos de operación: el primer modo como información

típica, donde las palabras clave (en frases) se comparan con los términos de las reglas y aplicando una ontología sobre 3.500 conceptos se permite la elaboración de los términos de palabras clave mediante términos implícitos; en el segundo modo, frente a un caso concreto, se revisa el cumplimiento de los resultados de la inspección de un barco, o cuestiones legales durante el diseño de un barco, frente a las normas “artículos normativos” aplicables (violados o "potencialmente violados") proporcionando justificación para la respuesta. (Winkels et al., 2002)

LegalRULEML

El LegalRULEML, busca soportar un modelado con diversos tipos de reglas, representar efectos normativos (obligaciones, prohibiciones, permisos, violaciones de la normativa, entre otros), implementación de desfasabilidad (antecedentes u otras reglas que se adaptan a los hechos de un caso), implementación del isomorfismo (reglas de fuentes legales originales), alternativas (interpretaciones múltiples), administración de normas (atributos temporales y coherentes). Su objetivo es proporcionar especificaciones a las normativas legales que se pueden de una u otra forma representar con un formato legible automatizado de mayor impedancia. (Wood, 2016)

Acerca de LegalRULEML, Athan et al (2013), indican que su estructura está basada en 3 necesidades puntuales:

1. Como una unión o bien sea una concepción de cierre de una brecha que ha existido entre el texto natural y el modelado semántico. Lo anterior, en pro de alcanzar una integración de recursos legales autocontenidos, con la finalidad de que este se encuentre disponible en la web en lenguaje XML, al promover tecnologías de la Web Semántica como NLP, otras como, extracción y recuperación de información (IR/IE), y complementos como la representación gráfica, así como las reglas WEB y las ontologías.
2. Generar un modelo estándar XML que contenga características expresivas que permitan modelar ciertas reglas de carácter normativas que puedan satisfacer los requisitos legales del dominio para el que se esté modelando, lo que hace posible el uso de un nivel adecuado de razonamiento legal en la parte superior de la capa lógica que se alinea con la línea WEB semántica prevista por el W3C y con lo cual se busca llenar un vacío existente entre las pautas, las reglas y las normas regulativas comerciales propias para modelar reglas

normativas que satisfagan la necesidad de modelar y capturar los procesos incorporados en ellas, lo cual hace que los procesos previamente descritos, sean viables de utilización en la automatización comercial (Governatori y Rotolo, 2010).

3. Por último, para extender el enfoque deseado que básicamente contiene “Datos Abiertos Vinculados” (Berners-Lee, 2010) , que son utilizados para el modelado parte de datos sin procesar (juicios, contratos, actas, juicios, expedientes judiciales, entre otros.) encargados de relacionar conceptos, con las reglas estipuladas filtrando por su funcionalidad y usos.

A continuación se señalan las funcionalidades (requirements – “R”) que se originan al utilizar LegalRuleML (Athán et. al, 2013):

- R1: Soporte para modelar diferentes tipos de reglas, entre estas;
 - Reglas conceptuales o bien normas constitutivas las cuales definen conceptos o constituyen actividades que no pueden existir sin dichas reglas (Ej. la propiedad)
 - Reglas de carácter técnico, estas determinan el deber de hacer algo específico para conseguir un resultado esperado (Ej. los impuestos).
 - Reglas prescriptivas, estas normalmente regulan las acciones al hacerlas obligatorias pues pueden modelarse como permitidas o en su defecto prohibidas (Ej. obligaciones de los contratos)
- R2: Implementación del isomorfismo (Bench-Capon y Coenen, 1992) con el objeto de proporcionar una correspondencia entre una validación y el mantenimiento, ya que, al existir dicha correspondencia en un modelo formal y un texto en lenguaje natural, se expresarán las reglas en las fuentes legales originales, como, por ejemplo, las secciones específicas de una legislación.
- R3: Administrar la reificación de la regla (Gordon T. F., 1995), las reglas entonces se convierten en objetos con propiedades específicas, tales como la autoridad, la jurisdicción y/o los atributos temporales. Estos elementos se requieren para que se origine un razonamiento legal que tenga características adecuadas y por tanto sea efectivo.
- R4: Representación de efectos y valores normativos: Para esto hay que comprender que existen una diversidad de efectos normativos que son derivados de la aplicación de reglas como, por ejemplo, permisos, prohibiciones y obligaciones que promueven una conducta de valores éticos y sociales, como, por ejemplo; la privacidad, la libertad, la eficiencia, entre otros.

- R5: Implementación de la desactualización (Prakken y Sator, 1997) sostienen que en las legislaciones, donde existe un antecedente de una regla específica, y dicho antecedente soporta con hechos de un caso (o bien puede ser por medio de otras reglas), la conclusión de una normativa presumible pero no necesariamente válida, será entonces cuando la anulación de las reglas se descompone en relaciones conflictivas y excluyentes entre dichas reglas.
- R6: Reglamentación de modelos procesales legales. Estas reglas no solo existen para regular los procedimientos existentes para resolver conflictos legales, sino que también existe para razonar o bien generar discusiones necesarias sobre si una acción procedente de una regla cumple con otras reglas aplicables. Particularmente se requieren reglas para los procedimientos existentes que permitan regular los métodos para detectar violaciones en la ley y para terminar así si los efectos normativos precedentes de estas son desencadenados por las leyes como tal o como las obligaciones reparatorias que tienen el propósito de reparar o compensar las violaciones existentes a una normativa específicas. Es así como estos conceptos o construcciones pueden originar una dependencia específica dentro del modelo a reglas muy complejas, pues la violación de una sola regla puede “activar” otras reglas de carácter reparatorio, las cuales, a su vez, en caso de su violación se referirá a otras reglas y así sucesivamente.

Para complementar, LegalRuleML se basa en los siguientes principios según (Athán et. al, 2013):

1. Permite múltiples anotaciones semánticas: que para el caso aplicaría en que si una legislación que puede ostentar diversas anotaciones semánticas, donde cada anotación puede representar una interpretación en el ámbito legal distinta.
2. Seguimiento de creadores de LegalRuleML: Como parte de las versiones de prueba el LegalRuleML o cualquier de sus fragmentos similares pueden asociarse con sus creadores.
3. Reglas de vinculación y disipaciones: estas reglas legales contemplan un mecanismo basado en el IRI lo cual, permite relaciones N: M entre las reglas y las disposiciones textuales: varias reglas están integradas en la misma disposición, varias disposiciones entonces contribuirán a la misma regla.

4. Gestión temporal: el universo de discurso al que se aplica LegalRuleML incluye una variedad de entidades como; reglas, aplicaciones de estas reglas, disposiciones y entidades físicas.
5. Referencia ontológica del formato, LegalRuleML es independiente de cualquier ontología legal y marco lógico, no obstante, incluye un mecanismo basado en IRI, para señalar clases reutilizables de una ontología externa específica.
6. Base de LegalRuleML – RuleML:, siempre que sea posible, la sintaxis y conceptos se ven aplicados, lo que también agrega anotaciones novedosas RuleML lo cual, incluye también reacciones diversas de RuleML.
7. Asignación, LegalRuleML aprovecha las capacidades existentes en datos vinculados y XACML, esto se da mediante la asignación de partes de Legal-RuleML a otras representaciones sintácticas, con otros principios generales de diseño.
8. Minimalidad; este lenguaje proporciona un gran conjunto de construcciones pequeñas del lenguaje, necesarias para su desarrollo adecuado, dado que el mismo significado no puede ser expresado por construcciones de lenguaje diferente.
9. Transparencia referencial. La misma construcción del lenguaje, siempre expresa la misma semántica independientemente del contexto en el que se utiliza.
10. Ortogonalidad, para esto se proporciona construcciones del lenguaje independientes por partes, lo que permite su combinación sistemática significativa.

Claramente, estos principios proporcionan una estrategia encausada a obtener una funcionalidad basada en el razonamiento lógico que pueda comprender las complejidades legales, sin embargo, como se ha mencionado, esto debe ir en una interfaz aplicable al espectro actual en donde se desempeña el campo tecnológico.

En este punto es importante considerar que la representación de los predicados una vez sean considerados como premisas o reglas en el lenguaje LegalRuleML y representa un predicado como una relación entre usuarios que define específicamente el uso de los elementos, por tanto la representación de las normas mediante LegalRuleML se pueden transformar en DL, si se busca en mecanismo de propuesta, esto proporciona un claro método para modelar no solo temas legales generales, sino adaptarlos a aplicaciones legales o normativas adicionales como por ejemplo en los contratos comerciales.

LegalRuleML posee como objeto proporcionar especificaciones a las normativas legales que se pueden representar con un formato legible automatizado de mayor impedancia. Se está

trabajando en fortalecer la infraestructura mejorando su confiabilidad con el fin de que pueda brindar apoyo, ampliando el lenguaje de programación de forma tal que, en lugar de utilizar las lógicas de programación comúnmente usadas, los usuarios podrían definir sus propias necesidades de manera inteligente y declarativa.

1.1.2. Informática Jurídica en el campo jurisprudencial

LRI-Core

Por su parte LRI-Core es una ontología basada en nociones de sentido común que parte de que los conceptos del derecho surgen de su uso común en actividades sociales, a partir de dos niveles: uno abstracto que es una ontología "superficial" y fundamental que cubre conceptos de roles físicos, mentales y abstractos (mundo psicosocial) y una ontología legal que cubre conceptos de acciones, documentos, actores y normas (Breukers, et al, 2004).

Este desarrollo supuso la adopción de la categoría de promiscuidad epistemológica, en el entendido de que es difícil encontrar conceptos exclusivamente legales por lo que encontrar o construir una solución que coincide con los datos disponibles depende de la posibilidad de encontrar y equilibrar la argumentación del adversario. (Breukers, et al, 2004).

Por otro lado, el Formato de Intercambio de Conocimientos Legales (LKIF) desarrollado dentro del proyecto ESTRELLA, incorpora un núcleo de ontología legal y un lenguaje de reglas legales para facilitar la gestión integral del conocimiento legal (Gordon, 2008). De esta manera, además de representar normas legales y facilitar el razonamiento legal, LKIF tiene la ventaja de ser de código abierto. Posee una semántica a considerar dentro del lenguaje, bajo el entendido de que una regla representa a un conjunto de esquemas de argumentación para cada conclusión de la regla específica, pues para aplicar una regla, se debe instanciar cada uno de los esquemas de argumentación con la finalidad de particularizar un argumento específico, es entonces, cuando el proceso de aplicación de estos esquemas genera argumentos para presentarse en diálogos de programación. (Gordon, 2008).

A su vez, OASIS, acrónimo de Organization for the Advancement of Structured Information Standards (Organización para el Avance de Estándares de Información Estructurada, en idioma

castellano), consorcio internacional sin fines de lucro que se orienta al desarrollo, la convergencia y la adopción de los estándares de comercio electrónico y servicios web, ha buscado desarrollar un estándar para crear y transmitir documentos legales entre jueces, partes y abogados a través de firma digital (OASIS, 2019).

No obstante, ninguno de estos enfoques incorpora un método para identificar las posibles interpretaciones que se puedan generar sobre una misma norma. Este es un problema real para las organizaciones que intentan cumplir con la normatividad vigente en el desarrollo de su objeto social, particularmente cuando las normas son abiertas e inespecíficas o donde no ha habido pronunciamiento jurisprudencial que ayuden a entender la interpretación adecuada para obrar con mayor seguridad jurídica.

LKIF

LKIF denominado así, por sus siglas en inglés para Legal Knowledge Interchange Format (Formato de Intercambio de Conocimiento Legal), es el fruto de alrededor de veinte años de investigación de las diversas aplicaciones de la Inteligencia Artificial, en el derecho, que parte de la base de que el razonamiento legal no puede ser tomado como una simple aplicación de la deducción lógica, pues la ley no es solo el resultado de la aplicación de reglas a determinados hechos. (Gordon T. , 2008)

El concepto de argumentos de orden legal, consiste básicamente en una premisa o conjunto de ellas que generan una conclusión específica. Los argumentos, normalmente poseen unas características específicas según el tipo de expresión que utilizan pues muchos de estos podrán tener contextos que facilitan su interpretación y comprensión. (Hage, 2016)

Un esquema valorativo condicional de reglas de determinado caso legal analizado, debe contemplar un complejo compendio de varios casos consecuentes en una línea de tiempo específica, que busca una construcción en esquema secuencial, que pueda explicar las decisiones raíz, no sin antes considerar la posibilidad de que existan diversas teorías referidas a los hechos de un caso concreto que implique un conflicto de argumentos, para lo cual, la solución más viable será la comparación de teorías que tengan presente que entre mejor se encuentre estructurada mejor será el argumento de la misma. De allí parten los modelos computacionales basados en evidencia, consideraban la evidencia estadística y

argumentaciones sobre temas legales en específico, sin embargo, con el tiempo, se consideró a la inteligencia artificial como un aliado poderoso al momento de encontrar el argumento preciso. (Boer et. al, 2008)

LKIF posee una semántica a considerar dentro del lenguaje, en el entendido de que una regla representa a un conjunto de esquemas de argumentación para cada conclusión de la regla específica, pues para aplicar un regla, se debe instanciar cada uno de los esquemas de argumentación con la finalidad de particularizar un argumento específico, es entonces, cuando el proceso de aplicación de estos esquemas genera argumentos para presentarse en diálogos de programación. (Gordon T. , 2008).

Cada capa expuesta, consta de uno e incluso más módulos, que puede requerir el uso de los servicios de otro modulo en la misma capa o en cualquier capa abajo o arriba de este en el mismo diagrama y viceversa. No existe codependencia entre módulos de alguna capa superior a la del módulo en cuestión.

1.1.2.1. Los sistemas expertos

Los sistemas expertos son programas informáticos que reproducen actuaciones que ha previsto el experto que los diseña, lo que, aplicado al derecho, significa la creación de programas jurídicos que ante una situación jurídica va a dar una respuesta y solución al problema de aplicación normativa. Los sistemas expertos pueden contribuir a una racionalización del método jurídico puesto que permiten clarificar y unificar el significado de los conceptos y categorías jurídicas, así como obtener bases de datos que ayudan a los juristas a desarrollar su labor. En cuanto a las decisiones judiciales, desde el punto de vista técnico, es perfectamente posible idear programas de simulación lógica que pudieran calcar la decisión judicial. (Lancho, 2003)

En la actualidad, algunos Estados han optado por la introducción de distintos tipos de software que faciliten la realización de trámites judiciales denominados e-justice y cuyo nivel de desarrollo depende directamente tanto de las posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos, como las concepciones morales del nivel de injerencia que deba tener la máquina en la justicia. Así, por ejemplo, en el Reino Unido existen tres sistemas en línea: el Centro de

producción de demandas (CPC, por sus siglas en inglés), la demanda monetaria en línea (MCOL, por sus siglas en inglés) y la demanda de propiedades en línea (PCOL, por sus siglas en inglés). Estos sistemas son los ejemplos más conocidos de títulos ejecutivos en línea, ya que hacen la reclamación más simple y rápida: las cuotas se pagan electrónicamente, las demandas se realizan directamente y las fechas de las audiencias se programan automáticamente. Si las demandas son contestadas, son automáticamente transferidas al tribunal competente de acuerdo con reglas normales. (Bernard, 2018)

En octubre del 2016, un algoritmo desarrollado por dos universidades (Sheffield y Pennsylvania) fue capaz de predecir con un 79% de acierto el fallo que los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitirían sobre una Sentencia. En el Reino Unido y EEUU ya llevan tiempo usando un chatbot para solucionar los contenciosos que se generan a partir de las multas de aparcamiento. La creación de Joshua Browder, un estudiante de la Universidad de Stanford, había revocado en junio del 2016 un taco de 160.000 multas mal puestas por los agentes de tráfico británicos y norteamericanos. La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia se ha referido a la mención a la máquina preguntándose sobre el proceso que lleva a cabo el algoritmo, ya que no argumenta el porqué de sus decisiones, lo que se conoce como "caja negra". (Sarabia, 2019)

A su vez, en Estonia los "jueces robot" funciona de la siguiente manera: las dos partes cargan sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la Inteligencia Artificial tomará una decisión que pueda ser apelada por un juez "humano". Estonia cuenta con una base de datos de 1,3 millones de ciudadanos con una tarjeta de identificación nacional por la cual se realizan servicios en línea, como el voto electrónico o la presentación digital de impuestos. Las bases de datos del gobierno se conectan entre sí por un sistema llamado X-road; una infraestructura digital que facilita el intercambio de datos. Además, los propios ciudadanos pueden verificar quién ha accedido a su información si así lo desean. Estonia no es el primer país en unificar la inteligencia artificial y la ley, aunque sí podría ser el primero en darle autoridad para tomar decisiones. (The technolawgist, 2019)

Por otro lado, a partir del uso de sistemas expertos y en la búsqueda de toma de decisiones en la informática jurídica, cada vez cobra mayor fuerza la Neutrosología, entendida como la rama de la filosofía que estudia el origen, naturaleza y alcance de las neutralidades.

Una neutralidad hace referencia a una idea, proposición, teoría, evento, concepto o entidad que surge como resultado de un ejercicio de análisis que busca encontrar el punto más alejado entre extremos conceptuales, así: dado (A), anti (A) es el opuesto de (A); y (neut-A) significa ni (A) ni anti (A), es decir, la neutralidad entre los dos extremos. La búsqueda de neutralidades ha sido de especial relevancia para la Inteligencia Artificial en cuanto a la representación de la incertidumbre, lo que ha permitido que a través de las herramientas de la neutrosfía se aborden los problemas de indeterminación con una metodología abierta para promover la innovación que es aplicable a cualquier ciencia natural o social. (Smarandache y Liu, 2004)

La neutrosfía es eficaz para el apoyo a la toma de decisiones, a través del tratamiento de los conjuntos neutrosóficos de valor único que son los que facilitan el empleo de variable lingüísticas que, al ser tratadas con técnicas informáticas, favorecen la obtención de la interpretabilidad en los modelos de recomendación y el empleo de la indeterminación. La neutrosfía llevada a un Sistema Experto, contribuye a disminuir la incertidumbre, lo cual es factible para el apoyo a la toma de decisiones. En un Sistema Experto Jurídico Neutrosófico, la lógica difusa es de relevancia para tratar la incertidumbre presente. (Hernández, et. al., 2019)

1.1.2.2. *Inteligencia artificial y derecho*

La inteligencia artificial, posee áreas tan diversas como el modelado conceptual, diseño de bases de datos, ingeniería de software, inteligencia artificial, lingüística computacional, ciencias de la vida, bioinformática, ciencia de la información geográfica, ingeniería del conocimiento, recuperación de información y la web semántica.

La inteligencia artificial es el motor de las tecnologías legales disponibles en el mercado, pues se ha integrado en los productos que van desde la automatización electrónica hasta la investigación legal. (Dipshan, 2019).

Un claro ejemplo de los avances en el campo ha sido el laboratorio de Ciber Justicia, quien desarrolla el proyecto Anatomía a través de la Tecnología de Ciberjusticia (ACT), que consta de 45 investigadores y 42 interesados en sociedad del mismo para llevar proyectos de investigación que apunten a que dentro de 6 años, exista un aprovechamiento de la inteligencia

artificial para el desarrollo de las tecnologías para prevenir y resolver disputas de tipo judicial. (ICAAIL, 2019)

Otro grupo de investigación existente es el AI Led, quienes exploran y abordan cuestiones de tipo legal, reglamentaria de políticas y gobierno como una alternativa para el despliegue continuo en diversos dominios de la sociedad humana. (University of copenhagen, Sf).

Ortega (2017) utiliza un estilo de adaptación del algoritmo Knapsack Problem (KP) con la finalidad de optimizar el flujo de información específico que haga posible un modelo propio de distribución de base de datos, lo cual puede aplicarse utilizando un motor de almacenamiento federado que afecta de manera notablemente positiva la disponibilidad de la información necesaria del tipo de inclusión de registros.

Las aplicaciones actuales de Inteligencia Artificial se observan en seis categorías principales (Rayo, 2019):

- Diligencia debida: los litigantes realizan la diligencia debida con la ayuda de las herramientas de AI para descubrir información de fondo.
- Tecnología de predicción: un software de AI genera resultados que pronostican resultados de litigios.
- Análisis jurídico: los abogados pueden usar los puntos de datos de la jurisprudencia anterior, las tasas de ganancias / pérdidas y el historial de un juez para usar en tendencias y patrones.
- Automatización de documentos: los bufetes de abogados utilizan plantillas de software para crear documentos completos basados en la entrada de datos.
- Propiedad intelectual: las herramientas de inteligencia artificial guían a los abogados en el análisis de grandes carteras de Propiedad Intelectual y obtienen información del contenido.
- Facturación electrónica: las horas facturables de los abogados se calculan automáticamente.

La literatura especializada en el tema coincide en señalar que todo estudio y/o aplicación que se realice en materia de inteligencia artificial, requiere tener presente una lógica deóntica², que incluya herramientas de tipos formales que ayuden a reforzar el ámbito argumentativo. Hay que

² También llamada lógica normativa, es aquella que indaga acerca de las inferencias y relaciones entre formulaciones normativas y sus modalidades. (Velásquez, 2021)

considerar que la lógica deóntica se desarrolla de manera original como una herramienta para formalizar de alguna manera el razonamiento normativo en temas éticos, normalmente acotados a asuntos legales, por lo cual se considera como una referencia válida en cuanto a la comprensión legal se refiere (Horty, 1993)

El procesamiento natural de lenguaje puede resolver de una forma eficiente las disputas de orden legal otorgando de paso una mayor claridad en el orden de entendimiento jurídico a nivel automatizado inclusive en comparación con el nivel de los abogados y práctica de leyes convencionales, esto, utilizando un modelo de correlación de tipo cohorte apalancado. (Dabass & Singh, 2018)

El uso de inteligencia artificial deberá ir ligado a diferentes aspectos, entre ellos el uso de la lógica, pues, integrar la lingüística de una acción filosófica al concepto de la lógica no será tarea fácil, la verificación de los programas que utilizan inteligencia ratificación, tienen en si una historia larga y compleja, por lo cual, su estudio, continuará aun por muchos años. (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2009).

La complejidad del uso de la inteligencia artificial exige más que considerar la aplicación simple de modelos híbridos, pero claro, teniendo en cuenta un orden superior de las reglas estándar en cada modelo, pues, se tendría que considerar una configuración de tipo dimensional, llegando una diferenciación entre el modelo de resultado y el modelo de restricción económica. En el uso de este tipo de tecnología se encuentra ROSS el cual, puede leer más de un millón de páginas de la ley por segundo lo cual es un claro ejemplo de aplicación de la IA en materia de actividades mecanizadas que normalmente les quitarían tiempo a abogados. (Horty, 2017)

Horty & Bench-Capon (2012) proponen que el modelo de la razón se puede de cierta manera reconciliar con el modelo tradicional de modelación de las normas, por supuesto, considerando que, si se imponen reglas, estas puedan ser anulables, existe por tanto la correlación entre la inteligencia artificial y la ley donde la construcción de una teoría específica se basa en enfoques de modelos estructurados y con características propias según el caso de estudio.

Atabekov & Yastrebov (2018), indican que no solo es necesario considerar los matices que tiene el uso y/o aplicación y desarrollo de la inteligencia artificial, sino que también, es absolutamente necesario considerar la posibilidad de tratar la inteligencia artificial como un sujeto con personería legal autónoma de orden jurídico, según la legislación aplicable en cada país.

No se trata de sustituir al juez por un ordenador, sino de fortalecer la administración de justicia brindando herramientas de aplicación sistemática, entendiendo que los jueces pueden caer en errores en los que un sistema informático no caería.

A continuación, se resaltarán algunas de las herramientas informáticas que de una manera más adecuada se ajustan a los requerimientos de la Gestión del Riesgo Legal introduciéndonos en el interés particular del objeto de estudio.

1.2. Sobre la Gestión del Riesgo Legal

Un estado del arte sobre los conceptos que hacen parte de la Gestión del Riesgo Legal se puede encontrar en el trabajo final de Maestría en Administración del autor de la presente tesis, denominada “Gestión del riesgo legal laboral en el emprendimiento”. En ese sentido, se resaltan a continuación solo algunos de los aspectos más relevantes para los efectos de la tesis de doctorado.

Las definiciones más utilizadas de riesgo legal se pueden categorizar en dos, que Malher (2009) denomina directa e indirecta: la directa, que hace referencia a la posibilidad de pérdidas debido al incumplimiento (o imperfección) de la legislación que afecta a los contratos o la imposibilidad de exigir el cumplimiento legal de un contrato; la indirecta, como riesgo de cambio regulatorio por parte de las autoridades competentes de la normativa de una forma que afecte adversamente a la posición de la empresa, es decir, el riesgo legal crece con la incertidumbre sobre las leyes, normativa y acciones legales aplicables. A partir de estas definiciones, este autor concluye que el riesgo legal incluye la exigibilidad legal (efectos del fraude), la legalidad de las actuaciones (efectos de las malas prácticas) y la exposición a cambios no anticipados en leyes y regulaciones.

La perspectiva de la incertidumbre legal, parte de las normas legales como estructura fundamental del derecho (Hart, 1994), que a su vez están compuestas por un antecedente y una consecuencia y la forma en que estas se relacionan entre sí. Desde esta perspectiva, el concepto de riesgo legal se entiende de manera general como el riesgo de una reclamación

debida a una infracción a las leyes o regulaciones, o a la comisión de un acto de negligencia u otro acto que dé lugar a responsabilidad (MacCormick, 2004).

En ese sentido, si la consecuencia de un antecedente es negativa para el interesado, entonces se necesita determinar si la norma se activará, lo cual depende de dos cuestiones esenciales: primero, si el conjunto de antecedentes tendrá lugar y, segundo, si la aplicación de la norma al conjunto de antecedentes produce la consecuencia. Respecto de ambos aspectos habrá incertidumbres específicas. Así las cosas, desde la perspectiva de la incertidumbre legal, se requiere la reflexión acerca de las consecuencias de la aplicación u omisión de la normatividad frente a un conjunto dado de hechos, partiendo de una limitación en el conocimiento no solo de la totalidad de las circunstancias sino además de las leyes que la rigen. (Martin, et. Al. 2004).

En esa línea, las causas de incertidumbre en las decisiones legales son (Bing, 2006):

- Variaciones en la disponibilidad, para el responsable de la decisión, de las fuentes legales. Estas variaciones se pueden relacionar con los problemas de disponibilidad o recuperación de la información legal.
- Diferencias con respecto a la interpretación de las fuentes o de la comprensión de las normas legales.
- La incertidumbre necesaria implicada en las normas que dejan un cierto margen de discrecionalidad al responsable.
- La certeza absoluta sobre la ley —la certeza muy desarrollada a menudo imposibilita considerar la naturaleza única de un caso—.
- “Válvula de seguridad” en la ley, que puede permitir que el responsable haga ajustes en caso de que las consecuencias de la decisión no parezcan justas o razonables según normas extrajurídicas.

Elgammal (2014) insiste en la necesidad de generar un control más estricto sobre las condiciones a monitorear en cada aspecto referente a la gestión organizacional, así, ésta podrá clasificar las regulaciones acordes a los requerimientos de cada empresa de manera puntual. Sin embargo, indica que la organización del tiempo es un factor fundamental para ayudar a un cumplimiento eficiente de actividades que podrían ser tediosas y por ende, al ser ejecutadas por humanos podrían generar errores, una actividad de cumplimiento puede lograrse utilizando las técnicas de verificación y razonamiento de manera formal, pero por supuesto, esto ofrece un grado de complejidad bastante elevado, por ende, aparece el lenguaje de solicitud e

cumplimiento o que aunque se basa en la lógica formal, permite unos patrones de cumplimiento con 3 estructuras principales; control de flujo, control de recursos, y perspectivas temporales.

Los patrones de cumplimiento son abstracciones de alto nivel de las reglas utilizadas con frecuencia que actúan como un paso intermedio para la especificación del acatamiento formal en cada caso concreto (Elgammal et al., 2016 y (Black, 2002), lo que permite tomar decisiones con seguridad jurídica. Los patrones de cumplimiento son tan acertados como quien los diseñe o programe, por tanto, las conversaciones regulatorias y los enfoques teóricos de nueva era son absolutamente necesarios, las interacciones comunicativas que ocurren a lo largo del desarrollo de las diferentes políticas regulatorias, son finalmente una parte fundamental del mismo sistema regulador, esto, se caracteriza por las interacciones que existen en el lenguaje y la comunicación lo cual será un constitutivo claro de un proceso regulatorio que cumple funciones importantes que podrían llegar a ser la base de la acción coordinada y que son sitios importantes de conflicto y la contestación.

Muthuri et. al (2017) parten de la base de que las empresas deben cumplir con las normas y regulaciones pertinentes y ser capaces de demostrar que dicha afirmación es totalmente verás (corregir, es 'veraz' la palabra correcta), sin embargo, esta tarea no es nada fácil para el empresario común, quien a menudo, desconoce parcial o totalmente los diferentes matices existentes en el mundo del cumplimiento regulatorio legal, dejando a un lado el cumplimiento que pueda tener o la interpretación adecuada a conseguir, por tanto, existen actualmente, un sin número de aplicaciones tendientes a mejorar esta situación con lo cual se disminuye el riesgo legal de estas organizaciones, lo cual se puede hacer aplicando la lógica informal para desarrollar los argumentos interpretativos, los cuales se caracterizan por esquemas que permitan aplicar los modelos de negocio representados por el modelado de valores, así se tendrá un proceso específico de argumentación, y se obtendría un patrón de cumplimiento en formato de solución de problemas.

Al respecto, uno de los softwares más conocidos es el Eunomos, creado para ayudar a los investigadores legales y profesionales a gestionar y monitorear la información legislativa, claro está basado en tecnología ya existentes y notoriamente maduras como el XML legislativo y ontologías, combinadas de forma comercial que permita acceder y monitorear información legal. (Boella et. al, 2016). Muestra la información que es requerida por organizaciones o individuos referentes a la legislación, proporcionando representaciones para normas estructurales, que luego serán analizadas y revisadas a la luz de los resultados del manual

corpus, así como las directrices de redacción en Estados Unidos, considerando, la teoría legal y lógica deóntica. (Humphreys et. al, 2016).

Otro software es el eSponte Employment Law Compliance System, que ofrece una solución integral específica para el Estado que permite identificar y corregir infracciones de cumplimiento de nómina y empleo. Así mismo actualiza de manera continua los cambios en jurisprudencia, legislación, agencias y reglamentos de cumplimientos, recopila información relacionada con el cumplimiento de los empleados, recursos humanos y nómina, enfocando recursos humanos y la nómina en las áreas con mayor probabilidad o con mayor riesgo a producir un litigio, mitigando los pasos críticos y eliminando factores al azar, proporcionando las herramientas de cumplimiento de las empresas. (eSponte, 2019).

Por otro lado, softwares como ROSS ofrece un compilado de colecciones de casos tanto federales como estatales de Estados Unidos, así como estatutos y reglamentos, actos administrativos y otros, la herramienta permite reducir costos por medio de una búsqueda compilada automatizada. (ROSSIntelligence, 2019).

Por su parte, el Otris software permite estructurar temas que para cada organización se hacen relevantes, proporcionando su documentación y posterior asignación e responsabilidades, esta herramienta proporciona entonces, políticas y regulaciones que pueden ser verificables pues se encuentran documentadas, por lo tanto se puede manejar un marco regulatorio centralizado para la organización, esto a través del almacenamiento basado en temas y comunicación dirigida a cada política que instaure la organización, convirtiéndose en un elemento que prevenga la violación de reglas que para cada organización se convierten en relevantes, además proporciona la gestión de políticas específicas para cada área y por consiguiente para cada tarea, evaluando así los riesgos que se pueden experimentar en su ejecución y posteriormente evaluándolos para proporcionar una capacidad de respuesta y adaptación relativamente rápida que permita el fácil cumplimiento de requisitos tan específicos que requiera la organización según el entorno en la cual esta se desempeña. (Otris, 2019)

1.3. Sobre las barreras de acceso al mercado laboral para las personas en situación de discapacidad.

En este apartado se aborda el núcleo esencial de la problemática que dio origen al problema de investigación como son las barreras de acceso al mercado laboral para las personas con discapacidad y la manera como las disposiciones normativas influyen en dichas circunstancias, tomando como estudio de caso descriptivo el Departamento de Cundinamarca.

La discapacidad, hace tiempo paso de ser una condición individual a una social. Se estima según datos de la Organización Mundial de la Salud que más de 1000 millones de personas en el mundo tiene algún tipo de discapacidad *“el 15% de la población mundial; de hecho, hasta 190 millones (3,8%) de las personas de 15 o más años tienen dificultades considerables para funcionar y requieren con frecuencia servicios de asistencia sanitaria”* (OMS,2020). El número de personas en situación de discapacidad está aumentando por factores de envejecimiento de la población y factores demográficos, y al aumento de la ascendencia de enfermedades crónicas en las personas.

En Colombia, según el *Departamento Administrativo Nacional de Estadística* (DANE), hay 1.784.372 personas en situación de discapacidad, que corresponden 4,07% de la población del país. En el contexto actual del periodo de brote de pandemia producido por el virus COVID-19, la persona en situación de discapacidad puede verse afectada de forma negativa por los cambios de servicios y redes de apoyo. (OMS,2020)

En relación con el campo laboral, los trabajadores en condición de discapacidad tienen un enfoque diferencial en la mayoría de las empresas, organizaciones e instituciones de carácter público o privado. Para Alcover y Pérez (2011), *“Como resultado de ello las políticas y prácticas organizacionales y las disposiciones legales y normativas se han orientado hacia la compensación, la protección, la adaptación o los riesgos específicos asociados con este colectivo de la fuerza de trabajo.”*

Para ello, el Estado y el sector privado, crea estrategias para la inclusión laboral y social de esta población, teniendo en cuenta los factores de riesgo. Una de las estrategias que más fuerza toma es la implementación de inteligencia artificial para la asignación de riesgo de los trabajadores en situación de discapacidad con el fin de diagnosticar y prever situaciones de

riesgo a partir del análisis de datos que arrojen resultados que limiten su carga laboral; también, se tienen en cuenta otros factores para generar mayor comodidad en sus labores, y mejorar su rendimiento a favor de la empresa a la que representa; es decir, lo que empieza siendo un factor individual, termina convertido en social, al incluir otros actores como el sector empresarial, lo cual, plantea una serie de problemas como lo es la asignación del riesgo.

Es necesario, que las empresas adopten prácticas de inclusión para el personal en condición de discapacidad, en lo referido a las operaciones internas, estas deben contemplar como mínimo: la promoción constante de una política de no discriminación e integración de las personas en situación de discapacidad; evaluaciones periódicas de fines comparativas entre rendimiento y capacidad física; medidas de accesibilidad en el lugar de trabajo, material impreso, entorno en línea; puntos de venta y distribución; redes de discapacidad para empleados; formación de sensibilización y conciencia sobre la discapacidad entre personal directivos y trabajadores.

Al momento de establecer una formación y contratación de este tipo de población diferenciada, existen propuestas como: técnicas y programas de contratación específica o extensión comunitaria; programas de formación, de tutorías o de liderazgo especialmente dirigidos a personas en situación de discapacidad; ajustes en cuanto las necesidades particulares que se presente; asignación de personal de recursos humanos especializadas en relación a temáticas de discapacidad y trabajo; establecimiento de vínculos entre las empresas con directivos y empresarios en situación de discapacidad. (Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p.2)

Para gestionar el riesgo, es necesario recurrir al aparato jurídico, para revisar desde un punto de vista contractual, la situación diferencial que requiere la población en situación de discapacidad, de allí la importancia de la informática jurídica.

En Colombia, los trabajadores en condiciones de discapacidad presentan problemas de índole de accesibilidad, disponibilidad de espacios en los lugares de trabajo, y persistencia de estereotipos negativos, etc. Sin embargo, en términos de políticas pública y normatividad, existe un enfoque diferencial e inclusión social y laboral desde lo contemplado en la constitución política de 1991.

Según la Organización Panamericana de la Salud (Organización Panamericana de la Salud, s.f.), una persona en condición de discapacidad tiene deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Además, cuando éstas interactúan con otras barreras, se convierten en un impedimento para la participación efectiva en la sociedad y actúan en detrimento de las condiciones de igualdad con otras poblaciones. Por lo tanto, hay por lo menos dos factores que se deben evaluar para conocer la situación de la discapacidad en un contexto específico.

Por un lado, hay poblaciones en las que es más probable encontrar a personas en situación de discapacidad. *“Según el Informe Mundial sobre la Discapacidad, alrededor del 15% de la población vive con algún tipo de discapacidad. Las mujeres tienen más probabilidades de sufrir discapacidad que los hombres y las personas mayores más que los jóvenes”* (Organización Panamericana de la Salud, s.f.). Así las cosas, las políticas adoptadas para atender el fenómeno deben tener en cuenta el enfoque de género y la edad de las personas.

Por otro lado, y como la definición lo indica, las deficiencias de las personas afectan la vida en sociedad, si existen algunas barreras que obstaculizan el ejercicio pleno de las interacciones sociales. Entonces, es necesario evaluar cuáles son las barreras existentes, para ver realmente la dimensión del problema, *“Entre las barreras a las que se enfrentan las personas en situación de discapacidad figuran los espacios de salud inaccesibles, las barreras de comunicación, la falta de formación de los profesionales y las barreras financieras”* (Organización Panamericana de la Salud, s.f.). Por ejemplo, si una persona en silla de ruedas debe consultar con un servicio de salud específico, la deficiencia física que tiene, que puede ser una condición de salud que le genera parálisis en las extremidades inferiores, no le impide acceder al mismo, si toda la infraestructura está diseñada adecuadamente. Todos estos elementos fueron definidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad, aprobada por el Estado colombiano (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), mediante la Ley 1346 de 2009.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que los fenómenos como la pandemia inciden de forma diferenciada en las distintas poblaciones y por eso es conveniente abordar cada problema observando los efectos diferenciales de éstos sobre diferentes grupos de la población. Al respecto, la OPS escribe que *“[e]s imperativo asegurar que los mensajes de salud pública sean accesibles a todas las personas y que los servicios de COVID-19 incluyan a las poblaciones de personas en situación de discapacidad y no sean discriminatorios contra ellas”* (Organización Panamericana de la Salud, s.f.). Entonces, por ejemplo, no basta con hacer las

campañas de divulgación para las personas que tienen un IQ promedio o únicamente de manera visual. También se deben diseñar piezas publicitarias para las personas con alguna deficiencia intelectual y apelar también a la audición y al tacto con ellas. De la misma manera, los centros de salud, de nuevo, deben ser construidos con la infraestructura adecuada, para hacerlos incluyentes. Basado en esta definición y en algunos avances previos, el gobierno nacional central de Colombia realizó una serie de avances de política pública.

Como lo sugiere la definición de las OMS/OPS, la condición de discapacidad es uno de los aspectos más relevantes a la hora de diseñar todo tipo de espacios, equipamientos, políticas públicas y estrategias de difusión de la información más relevante del momento. En Colombia, este enfoque de políticas públicas se conoce como “enfoque diferencial” y el Ministerio de Salud y Protección Social define algunos lineamientos de política, para implementarlo, a partir de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social (PPDIS). Ésta es un plan de inclusión para estas personas, con vigencia entre los años 2013 y 2022. Su objetivo es “asegurar el goce pleno de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas en situación de discapacidad, sus familias y cuidadores” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021). Además, el Ministerio definió que la PPDIS debe tener en cuenta las diferencias territoriales, económicas, físicas, culturales y políticas que hay en cada uno de los territorios a nivel nacional. Es decir, las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas en situación de discapacidad deben partir de evaluar los diferentes contextos existentes en cada territorio.

Como marco legal y antecedente de este plan se tiene la Ley 1145 de 2007, que creó el Sistema Nacional de Discapacidad, basado en los principios de enfoque de derechos, equidad, solidaridad, coordinación intersectorial, integralidad, corresponsabilidad social, sostenibilidad, transversalidad y concertación. El SND tiene cuatro niveles: Ministerio de Salud y Protección Social, Consejo Nacional (conformado por algunos miembros del gabinete ministerial, el director del Departamento Nacional de Planeación y seis representantes de la sociedad civil), departamental/distrital y municipal/local (Congreso de Colombia, 2007). En general, la ley creó las reglas de juego generales para la coordinación interinstitucional, el planteamiento de la política pública de discapacidad y otro tipo de lineamientos más operativos.

Para este documento, la parte relevante es el funcionamiento del SND a nivel departamental. Los departamentos y distritos debieron constituir los Centros Departamentales/Distritales de Discapacidad (CDD) “como el nivel intermedio de concertación, asesoría, consolidación,

seguimiento y verificación de la puesta en marcha de la Política Pública de la Discapacidad

“Este comité se compone de:

- *“El Gobernador o Alcalde respectivo o su representante de rango directivo, quien lo presidirá.*
- *El Secretario de Salud o su representante de rango directivo.*
- *El Secretario de Educación o su representante de rango directivo.*
- *El Secretario de Tránsito y Transporte o su representante de rango directivo.*
- *El Secretario de Desarrollo Social o su representante de rango directivo.*
- *El Secretario o Jefe de Planeación o su representante de rango directivo.*
- *Cinco (5) representantes de las organizaciones sin ánimo de lucro de personas en situación de discapacidad, los cuales tendrán la siguiente composición:*
- *Un representante de las organizaciones de personas en situación de discapacidad física.*
- *Un representante de las organizaciones de personas en situación de discapacidad visual.*
- *Un representante de las organizaciones de personas en situación de discapacidad auditiva.*
- *Un representante de las organizaciones de padres de familia de personas en situación de discapacidad mental y/o intelectual.*
- *Un representante, de las organizaciones de personas en situación de discapacidad múltiple.*
- *Un representante de las personas jurídicas cuya capacidad de actuación gire en torno a la atención de las personas en situación de discapacidad del correspondiente ente territorial”*

Los representantes de la sociedad civil serían elegidos por personas en situación de discapacidad y uno de ellos haría parte de los Consejos Territoriales de Política Social. Más allá de eso, los departamentos debieron crear una instancia permanente encargada de la política de discapacidad, que ejercería como Secretaría Técnica del CDD, cada una con la potestad de crear los mecanismos regionales de elección de sus miembros. Más adelante se describirá el diseño institucional cundinamarqués, que se creó con esta ley y que se actualizó después. Además, esta ley declaró los días 3 de diciembre como “día de la discapacidad”. Como toda ley de la República, ésta necesita de un desarrollo de los diferentes estamentos de la rama ejecutiva.

Otro desarrollo legal que concernió a la población en condición de discapacidad fue la modificación de la Ley 1482 de 2011, la cual penalizó los actos de discriminación, al tipificar conductas como los actos de racismo o de discriminación y/o hostigamiento “por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural” (Congreso de Colombia, 2011), por la Ley 1752 del 2015, que añadió la palabra “discapacidad” al objeto de la ley y a los artículos que enunciaban los motivos que harían de un acto de discriminación una conducta punible. Entonces, el código penal comenzó a reconocer a las personas en situación de discapacidad y a protegerlas. Sin embargo, dos años antes se había diseñado la PPDIS, con base en otro desarrollo legal.

Éste fue la Ley Estatutaria 1618 del 2013, la cual desarrolló lo aprobado por la Ley 1346 de 2009, que era la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad como parte del ordenamiento jurídico colombiano. En general, el texto de la ley enuncia los derechos que tienen las personas en situación de discapacidad y crea una serie de estrategias y regulaciones, para permitir el goce efectivo de los derechos de estas personas, por cada uno de los derechos reconocidos. Por ejemplo, se reafirma el reconocimiento de derecho a la educación y, por este reconocimiento, se ordena al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) tener intérpretes del lenguaje de señas en sus programas (Congreso de Colombia, 2013). Por lo tanto, esta ley creó el marco legal para la adopción de una política para las personas en situación de discapacidad, con un enfoque de derechos. Su desarrollo comenzó con el planteamiento de la PPDIS.

Como se señaló anteriormente, la PPDIS es la política que actualmente se encarga de materializar las disposiciones en torno a las personas en situación de discapacidad. Esta política surgió con el documento de política social del Consejo Nacional de Política Económica y Social (documento CONPES) 166 del año 2013. Este documento parte del cambio en la concepción de las políticas sobre las condiciones de discapacidad, desde uno que privilegiaba el riesgo social (a saber, minimizar el riesgo de que una persona reciba un daño, como producto de la sociedad), hacia uno de derechos y su goce efectivo (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013). Este documento parte de la existencia de cuatro modelos para aproximarse al fenómeno.

El primero el médico biológico, que entiende la discapacidad como una alteración corporal, que requiere medicación y que es individual. El segundo es el enfoque social, que concibe al problema como uno de la sociedad y prescribe que debe haber modificaciones hechas al entorno. El tercer enfoque es el universal, que considera a la discapacidad como un atributo

inherente a la naturaleza humana y, dado que cualquier persona puede llegar a sufrir de una condición de discapacidad, la discapacidad se debe tener en cuenta en cualquier diseño, sin importar el tipo de población que utilice aquello que se va a construir. El cuarto modelo, el biopsicosocial, toma los elementos de los modelos médico y social, para generar una concepción integrada, pero que permita reconocer los diferentes componentes, de la discapacidad (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013). El PPDIS parece alinearse con este último modelo, al adoptar el enfoque de derechos, diferencial, territorial y de desarrollo humano, para el planteamiento de la nueva política pública.

Posteriormente, el documento hace un diagnóstico general de la situación de las personas en situación de discapacidad, con los datos del Registro para la Localización y Caracterización de las Personas en situación de discapacidad (RLCPD) y de la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) del año 2012. El presente documento desarrollará un ejercicio similar con datos actualizados, por lo que esta sección no será tenida en cuenta. Con ese diagnóstico, el documento CONPES esboza un plan de acción, que en el futuro se materializara con otros documentos, que serán reseñados a continuación.

Éste se compone de cinco estrategias. La primera es la estrategia para la transformación de lo público y parte de las acciones prescritas eran: ampliar el RLCPD, crear el Observatorio Nacional de Discapacidad (OND), definir las medidas para la inclusión laboral en servicios y espacios culturales, la inclusión de las personas en situación de discapacidad que pertenecen a la fuerza pública, la identificación de las partes de este grupo poblacional que estuvieran en condición de pobreza, la adopción del enfoque de género en las entidades, entre otras (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013). El OND es una herramienta que todavía funciona y que permitirá nutrir el diagnóstico general antes mencionado.

La segunda estrategia busca la garantía jurídica, entendida como el pleno reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, que básicamente se compone de buscar que todas ellas puedan contar con los apoyos necesarios para el acceso efectivo a la justicia, así como las salvaguardas para prevenir posibles abusos que se den por su condición. Además, también se preveían garantías procesales y administrativas para las personas en situación de discapacidad que fueran recluidas. La tercera estrategia busca la participación política de estas personas, a través de la articulación con las organizaciones de la sociedad civil y los liderazgos en todo el país de las personas en situación de discapacidad. La cuarta estrategia tiene como objetivo el desarrollo de la capacidad. Las acciones previstas incluyen la financiación de equipos entrenados, tecnologías y terapias en el

sistema de salud, además de la búsqueda de la eliminación de las barreras administrativas, para las personas en situación de discapacidad.

Otras de las acciones son inclinadas hacia el sistema educativo y el enlace con el mercado laboral, pues el documento señalaba que “se modificarán los currículos educativos para incluir orientaciones sobre actividad física, educación física incluyente y deporte paralímpico en conjunto con federaciones, ligas paralímpicas, organizaciones de y para [las personas en situación de discapacidad] y entidades territoriales del deporte y la recreación” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013). Además, también se previeron entrenamientos para el personal de recreación y deporte, programas del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF) para las personas en situación de discapacidad en situación de vulnerabilidad, un programa de alfabetización y otro de absorción en el sistema educativo de esta población. Por último, se preveía una estrategia para la inclusión laboral, que tenía en cuenta desde el entrenamiento a los cuidadores y la provisión de opciones laborales para ellos, hasta la participación de estas personas en el Fondo Emprender y las unidades de emprendimiento.

Quinto, se diseñó una estrategia para el reconocimiento de la diversidad, la cual se fijó *“[c]on el fin de generar un cambio en el imaginario social frente al reconocimiento de las [personas en situación de discapacidad] como parte de la diversidad humana y su dignidad inherente, que contemple los principios del respeto por la diferencia y la accesibilidad universal, para lograr una sociedad incluyente, se promoverá y favorecerá la importación, diseño, desarrollo, producción y distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles”* (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013). En otras palabras, la política también buscaba el reconocimiento de la discapacidad en las demás personas, así teniendo en cuenta el modelo universal. Esta estrategia, además, incluía la alfabetización digital y la inserción en los procesos culturales. Por último, este documento CONPES también tiene un apartado que indica los recursos dedicados.

Estas estrategias comenzaron su ejecución desde el siguiente año y, en el año 2016, se creó una cartilla de trabajo, titulada “Las organizaciones sociales y los procesos de incidencia, participación y gestión en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad (SND)”. Ésta fue realizada por el Comité de Rehabilitación y el Ministerio de Salud y Protección Social. Ésta define y presenta las maneras de organizar y gestionar a las organizaciones sociales, el liderazgo y la representatividad, así como la estructura y funcionamiento del SND (Nieto Alzate, Escobar Díaz, Mena Ortiz, Ríos Osorio, & Tirado Betancur, 2016). El documento da algunas

definiciones básicas y pautas para mejorar la participación social y política de las personas en situación de discapacidad.

Siguiendo por esta línea, lo más importante que hace el documento es explicar cómo funciona el SND. Éste es “el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones, que permiten la puesta en marcha de los principios generales de la discapacidad contenidos en la Ley 1145 de 2007” (Nieto Alzate, Escobar Díaz, Mena Ortiz, Ríos Osorio, & Tirado Betancur, 2016), como ya se había mencionado. Entonces, la cartilla, en últimas, busca explicar las instituciones que permiten materializar la PPDIS y empoderar el liderazgo de las organizaciones con y las personas en situación de discapacidad.

En el año 2016 también se redactó un documento específico, que contiene los lineamientos generales de la PPDIS 2013-2022 en las entidades territoriales, las cuáles hacen parte fundamental tanto de la conformación del SND, como del enfoque territorial de la PPDIS. El documento explora los antecedentes, los elementos clave y la implementación de la PPDIS. “Esta [última] parte se dedica al abordaje del proceso de seguimiento a los compromisos de la Política Pública, la ruta para la construcción de las políticas públicas territoriales de discapacidad e inclusión social, y finalmente un conjunto de recomendaciones generales que pueden contribuir al logro de dicha implementación” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016). Los elementos claves identificados para la implementación departamental, distrital, municipal y local de la PPDIS son los mismos previamente identificados, pero, en este documento, son resumidos en tres enfoques.

Estos enfoques reconocen la transversalidad del fenómeno social de la discapacidad, de manera resumida, para facilitar la implementación de la PPDIS. El primero es un enfoque poblacional para la prevención de riesgos y el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de discapacidad, que incluye la no discriminación y la rehabilitación. El segundo es un enfoque diferencial para garantizar la inclusión en las familias y comunidades, lo cual requiere facilitar la participación en las actividades culturales, recreativas y deportivas. El tercero es adoptar un enfoque de reconocimiento de las capacidades y de la diversidad, como elemento constitutivo del ser humano (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016). Lo anterior es ilustrado por la Figura de resumen mostrada a continuación:

Gráfica 3: Elementos clave de la PPDIS



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2016

Las recomendaciones generales, por su parte, tienen en cuenta aspectos diferentes para facilitar la implementación. La primera de ellas es realizar los ajustes razonables para hacer incluyente la información generada por los entes territoriales, así como para garantizar la movilidad y la accesibilidad en todos los servicios y programas ofrecidos. La segunda y la tercera están relacionadas, puesto que una habla acerca de incluir en todos los sistemas de información la variable de discapacidad y la otra promueve el conocimiento, al interior de las instituciones, de la Ley Estatutaria 1618 del 2009 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016). Estas primeras recomendaciones tienen que ver más con acciones concretas.

La cuarta y la quinta recomendación también son parecidas entre sí, porque la cuarta busca fortalecer la capacidad instalada, atendiendo técnicamente a las entidades territoriales, mientras que la quinta busca la difusión y apropiación, por parte de los gobernadores y alcaldes, de la “Guía de Gestión Territorial en Discapacidad para Gobernadores y Alcaldes” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), de la cual se hablará más adelante. Entonces, estas recomendaciones se inclinan más por el conocimiento y las capacidades técnicas de los departamentos, distritos, municipios y localidades.

Las demás recomendaciones resaltan aspectos formativos para la función pública, el diseño de planes de cada institución para la inclusión de la población en condición de discapacidad, promover la participación en la sociedad de las personas en situación de discapacidad y la inclusión productiva de sus cuidadores y la apropiación del enfoque diferencial a través de un “cambio de conciencia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), todo por medio de la articulación interinstitucional e intersectorial. La última recomendación es también transversal entre los actores y es desarrollar proyectos de investigación “cuyos resultados sirvan de base 140 para el diseño de políticas, planes programas y estrategias en beneficio de las personas en situación de discapacidad, que incluya el uso de nuevas tecnologías” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), acerca de la discapacidad y las condiciones biopsicosociales que la determinan en el país y en cada territorio.

Además, estos lineamientos incluyen una ruta de implementación de la PPDIS, que se compone de nueve pasos que representa la Figura a continuación:

Gráfica 4: Pasos para la implementación de la PPDIS



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2016

Entonces, antes del año 2022, la política pública de discapacidad e inclusión social puede ser evaluada a través de la comprobación de la implementación adecuada de cada uno de los 9 pasos recomendados.

De otro lado, y como se mencionó, también se diseñó una “Guía de gestión territorial en discapacidad para los gobernadores y alcaldes” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016). En ella, se presenta el marco conceptual en torno a la discapacidad, incluyendo los usos del RLCPD, las funciones del SND, la PPDIS y la normativa asociada. Además, hay un capítulo operativo, en el que se especifican las competencias de los alcaldes y gobernadores para la implementación de la PPDIS, los aspectos que se deben tener en cuenta para redactar el Plan de Desarrollo Territorial y las posibles fuentes de financiación.

Por último, el RLCPD se implementó con la Resolución 00583 del 26 de febrero del 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social. Este documento define las responsabilidades asociadas al RLCPD, desarrolla cómo es la articulación con las EAPB (Empresas administradoras del plan de beneficios en salud) y los procedimientos asociados al certificado de discapacidad (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018). Además, este documento enuncia las definiciones en las que se basará el DANE para recopilar la información en el censo del 2018.

Dado que la discapacidad también se define en relación con el entorno, es relevante analizar qué tipo de barreras de acceso son enfrentadas por las personas en situación de discapacidad. Según el Centro de Control de Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés), una barrera es un factor en el ambiente de una persona que, a través de su ausencia o presencia, limitan la función humana y producen invalidez (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Según el CDC (2020), hay siete barreras a la inclusión de la personas en situación de discapacidad: actitudinales, comunicativas, físicas, de políticas públicas, programáticas, sociales y de transporte.

Las primeras son transversales, porque generan imaginarios que impiden dimensionar los problemas de inclusión que tienen las personas en sus actividades diarias. Un ejemplo puede ser los estereotipos asociados, como que las personas en situación de discapacidad tienen una baja calidad de vida o ellos tienen hábitos malsanos (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Otro ejemplo son los prejuicios y discriminación existentes, que son consecuencia de ver a las dificultades en el funcionamiento humano como castigos, enfermedades o como una ausencia de la capacidad de interactuar socialmente.

Las barreras comunicativas, por su parte, son aquellas que experimentan las personas con dificultad para oír, hablar, leer, escribir o comprender, que utilizan formas de comunicación diferentes a las de quienes no experimentan esas dificultades. Algunos de los ejemplos son los mensajes de promoción y prevención que utilizan una letra muy pequeña y no tienen versiones con tamaños de letras más grandes o la ausencia de placas que contengan la información en Braille. Esto también puede replicarse en la información audiovisual, cuando no se tienen subtítulos, ni un intérprete de lenguaje de señas, o en el nivel de dificultad de las comunicaciones escritas, cuando se realizan con tecnicismos, oraciones muy largas o palabras con muchas sílabas (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Un centro de trabajo incluyente debe incorporar todos los elementos que le permitan a las personas en situación de discapacidad atender a la información y comunicarse sin problemas.

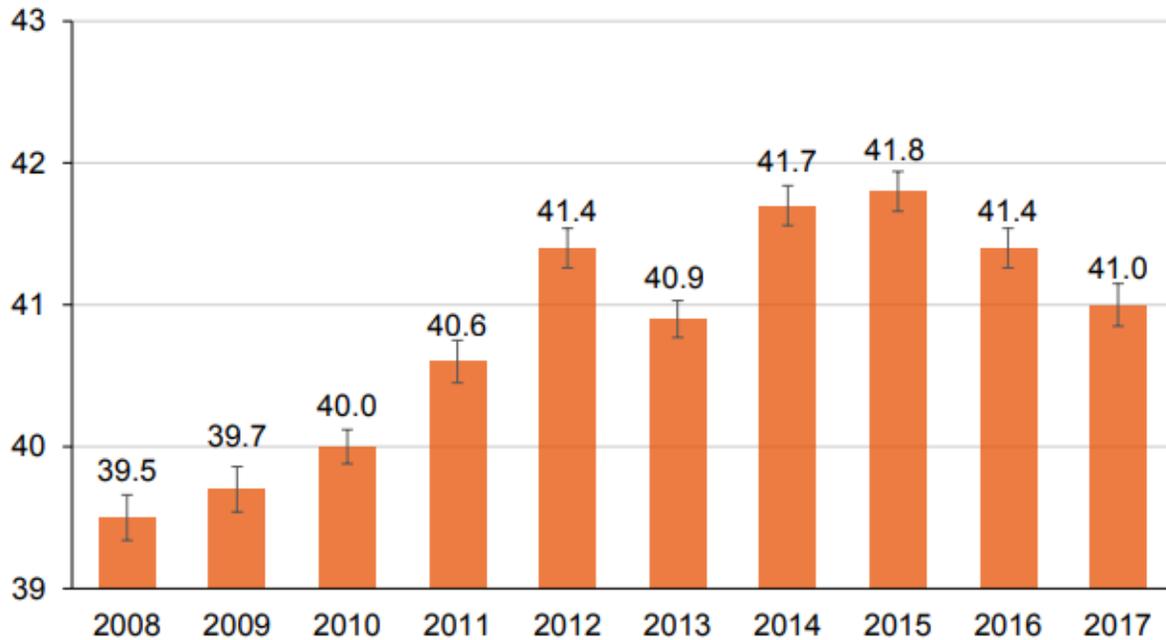
Las barreras físicas pueden presentarse tanto en ambientes naturales, como artificiales, y son aquellas que dificultan o bloquean la movilidad de las personas en situación de discapacidad (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Por ejemplo, los andenes que tienen sardineles altos y no son construidos con rampas de acceso o las oficinas que tienen únicamente escaleras para acceder. Otros casos de estas barreras pueden ser los exámenes médicos que se exigen en los trabajos, los cuales requieren permanecer de pie. Éstas, como todas las anteriores, se relacionan con las barreras de política pública, porque muchas veces éstas existen por el desconocimiento o incumplimientos de las leyes relacionadas (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Entonces, si la implementación de la PPDIS de un municipio requiere de infraestructura accesible en las oficinas de su alcaldía, pero este aspecto no se incluye en los diseños, el no acatar lo que la política incluye se convierte en una barrera de acceso adicional.

No obstante, también existen otro tipo de barreras de políticas públicas. Un ejemplo puede ser el no permitir que las personas en situación de discapacidad participen en la infraestructura del gobierno o en sus servicios, por falta de una infraestructura accesible o por no tenerlas en cuenta en su diseño, para seguir con la línea de ilustraciones. Otro ejemplo es el de no realizar los ajustes razonables, para que las personas con dificultades ejerzan las funciones para las que fueron contratados (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Entonces, si una persona con dificultad para ver fue ganadora de una posición en una empresa, pero ésta no puede garantizar elementos como un micrófono, para que la persona pueda escribir en el computador o señalización en Braille, la persona difícilmente podrá ejercer sus funciones, incluso las más esenciales.

De otro lado, las barreras denominadas “programáticas” son aquellas que se dan por no tener en cuenta a las personas en situación de discapacidad e impiden su acceso efectivo. Algunas de ellas son: un horario inconveniente, tiempo insuficiente para que ellos asistan a sus citas médicas o de rehabilitación, poca comunicación o las actitudes negativas ante estas personas (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Todos los procedimientos y reuniones deben diseñarse para acoger a las personas con cualquier dificultad, que en un momento dado podría ser cualquier persona. De lo contrario, éstos se convierten en una barrera de acceso.

También existen las barreras sociales. Éstas se asocian a las condiciones de vida de las personas, es decir, a los determinantes sociales de la salud, las cuales pueden reducir las funcionalidades de las personas que ya poseen alguna dificultad (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). Uno de los determinantes más simples es la edad. En los adultos mayores hay una mayor probabilidad de tener dificultades. “Alrededor del 80% de las personas en situación de discapacidad viven en países en desarrollo. Se calcula que el 46% son personas mayores de 60 años” (Organización de las Naciones Unidas, 2021). Sin embargo, hay otros indicadores más complejos y relacionados con el mercado laboral, como las brechas en los niveles de empleo y de ingresos (Institute on Disability. University of New Hampshire, 2019). La Figura ilustra la brecha de empleo entre las personas con dificultades y las que no las tienen, en Estados Unidos.

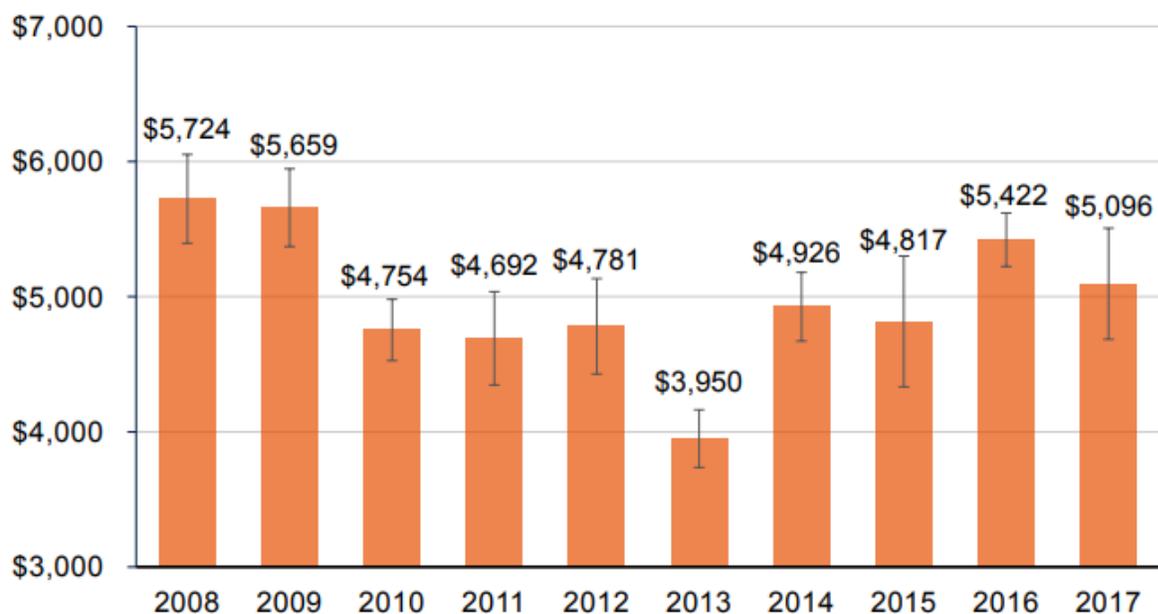
Gráfica 5: Brecha de empleo entre las personas con y sin dificultades (puntos porcentuales)



Fuente: Institute on Disability. University of New Hampshire

Es posible observar que la brecha aumentó entre los años 2008 y 2015, pero luego comenzó a disminuir. En el año 2017, en Estados Unidos era 41 puntos porcentuales más baja la probabilidad de conseguir un puesto de trabajo, si se tenía alguna dificultad. Lo anterior indica la existencia de grandes barreras de acceso al mercado laboral. La situación es similar al tener en cuenta las diferencias en ingresos. La siguiente Figura lo ilustra:

Gráfica 6: Brecha de empleo entre las personas con y sin dificultades (puntos porcentuales)



Fuente: Institute on Disability. University of New Hampshire

La Figura muestra que la brecha en ingresos entre las personas con y sin discapacidad disminuyó hasta el año 2013. Sin embargo, incluso en ese momento fue de 3950 dólares americanos. Además, ese dato fue atípicamente bajo, porque durante los demás años la brecha no fue menor que 4692 dólares. El cálculo más reciente, del año 2017, arrojó una brecha de 5096 dólares. En este caso, la barrera de acceso social consiste en la no contratación de estas personas, quizás por la falta de infraestructura accesible o los prejuicios, y el pago de salarios menores, lo cual incide negativamente en su calidad de vida y en su inserción en las actividades cotidianas.

Por último, el CDC (2020) reconoce una barrera de acceso adicional, que es la dificultad para transportarse, que ocurren cuando la manera de transportarse en una ciudad interfiere con la autonomía e independencia de las personas en situación de discapacidad. Éstas pueden ocurrir por falta de transporte público, infraestructura accesible o porque las personas con dificultades cognitivas o de visión no pueden encontrar los lugares de parada, ni moverse efectivamente, sin ayuda (Institute on Disability. University of New Hampshire, 2019). De nuevo, es necesario que toda la infraestructura, particularmente la provista por el sector público, se construya teniendo en cuenta todas y cada una de las dificultades que una persona puede tener a lo largo de su vida. De otra forma, las personas en situación de discapacidad encontrarán obstaculizado o incluso negado, dependiendo de su nivel de ingresos, el acceso a un trabajo.

Por lo tanto, el acceso al mercado laboral es interdependiente de la accesibilidad del transporte. Ésta es definida por, Garrocho Rangel y Campos Alanís (2006), como “el potencial de interacción entre la población objetivo que vive en cada área geoestadística básica de [la ciudad] y las unidades de servicios disponibles” (Garrocho Rangel & Campos Alanís, 2006). Esto quiere decir que la accesibilidad el transporte público depende de que las personas a quienes está dirigido puedan acceder físicamente y pagar el tiquete.

Así las cosas, cualquier proyecto de accesibilidad debe considerar todo tipo de discapacidades, así como modificaciones claras y precisas a las infraestructuras, los puntos de contacto con los usuarios, así como a la señalética y a la demarcación de las calles y las estaciones. En el caso de Colombia, puede ser relevante que se modifique la infraestructura, para que ésta sea accesible, y esto incluye diseñarla a través de los pasos más cortos, con rampas, ascensores u otros elementos, así como es indispensable planear la señalética y la demarcación en todas las vías, lo anterior articulado con la implementación de la PPDIS en los departamentos y los municipios.

La ley estatutaria 1618 de 2013 solamente reconoció tres tipos de barreras de acceso para las personas en situación de discapacidad, de las cuáles se desprenden las demás: actitudinales, comunicativas y físicas. No obstante, como parte de las obligaciones de la sociedad, se establece que “evitar y eliminar barreras actitudinales, sociales, culturales, físicas, arquitectónicas, de comunicación, y de cualquier otro tipo, que impidan la efectiva participación de las personas en situación de discapacidad y sus familias” (Congreso de Colombia, 2013). Es decir, el diagnóstico realizado por esa ley es integral y busca abordar efectivamente las diferentes barreras de acceso. Algunos de los instrumentos que la ley prescribe son las acciones afirmativas, las modificaciones a las infraestructuras y la realización de ajustes razonables en los centros de trabajo.

Las barreras de acceso para las personas en situación de discapacidad Colombia

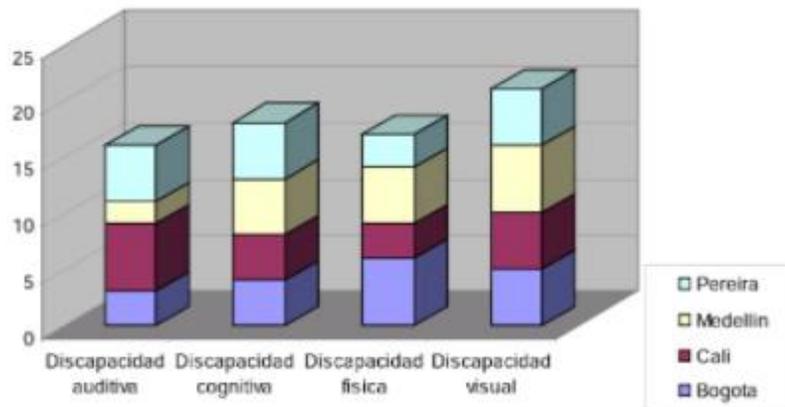
En el año 2010, el Pacto de Productividad, conformado por el Banco Interamericano de Desarrollo, la Fundación Corona, la fundación Saldarriaga Concha, la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia (APC Colombia), el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), CAFAM, Comfandi, Comfenalco y Comfamiliar, realizó un documento diagnóstico acerca de las barreras para la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad. A pesar de lo desactualizada de la información, el documento se construyó con una

metodología y un nivel de detalle que lo hacen un documento clave para hablar acerca de las barreras de acceso.

Mediante grupos focales, soporte documental y revisión de antecedentes nacionales, el documento plantea una escala para calcular la calificación de las barreras, siguiendo una definición del año 2001 de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que son “ambiente físico no accesible, falta o inadecuada tecnología asistencial, actitudes negativas respecto a la discapacidad, servicios, sistemas y políticas inexistentes o que dificultan la participación de las personas con una condición de salud en todas las áreas de la vida” (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010). Éstas pueden ser inexistentes, leves, moderadas, severas o completas.

Los grupos focales se desarrollaron en cuatro ciudades, Bogotá, Cali, Medellín y Pereira, y tuvieron 77 participantes. Es importante precisar que la información presentada a continuación habla acerca de las impresiones mayoritarias de estas 77 personas, pero no excluye que algunas tuvieran una percepción distinta. El objetivo era identificar algunas regularidades, para identificar las prioridades en las inversiones de las empresas, más no a dejar de lado la inclusión laboral de todas las personas en situación de discapacidad. La siguiente Figura muestra a los participantes por ciudad y tipo de capacidad.

Gráfica 7: Participantes en los grupos focales del Pacto por la productividad



Fuente: Pacto por la productividad, 2010

Las barreras identificadas por este grupo de personas comenzaron por las de los productos y tecnologías. Se les preguntó por la falta de equipos para movilizarse dentro y fuera de los edificios, vehículos motorizados y no motorizados para desplazarse por cualquier superficie, productos de las TIC, libros, manuales, juguetes educativos, productos informáticos, mesas, escritorios y archivadores de altura regulable, sistemas de control remoto, sistemas de control

de voz, escáneres, temporizadores, entre otros elementos. La mayoría de éstos fueron valorados como barreras severas o completas, por todos los tipos de discapacidad. Sin embargo, hubo una prevalencia mayor entre las personas en situación de discapacidad auditiva y cognitiva de estos elementos como “ninguna barrera” (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010). Esto puede deberse a que ellos no precisaban de infraestructura, ni de tecnología diferente a la que ya existía en ese momento.

El segundo grupo de barreras estudiado fueron las relacionadas con el entorno natural y los cambios en el entorno derivados de la actividad humana. Básicamente, éstas tienen que ver con la geografía, la orografía y las condiciones atmosféricas. A diferencia del anterior caso, la mayor parte de las personas consideraron que éstas no representaban barrera alguna, a pesar de que éstas tenían un peso mayor para las personas en situación de discapacidades cognitivas o físicas (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010). Es decir, para quienes tienen dificultades en sus sentidos, las condiciones físicas no son una barrera de acceso clara. Sin embargo, sí lo son, aunque pueda ser no tan severas, presumiblemente si el entorno se adapta, para las personas con dificultades físicas. El informe aclara que éstas se incluyeron por las posibles diferencias en el acceso que ocasionaban las condiciones geográficas de las ciudades colombianas en estudio que, por ejemplo, tienen construcciones en las laderas.

Un tercer grupo de barreras identificadas fueron las relacionadas con el apoyo y las relaciones, que incluyen a los apoyos tanto físicos de las personas dedicadas al cuidado, como el apoyo emocional y en otros sentidos, brindados tanto por personas, como por animales. Las personas en situación de discapacidad auditiva y cognitiva consideraron que hay estos apoyos representan barreras moderadas o severas, mientras que las personas en situación de discapacidad visual y física las identificaron como leves o inexistentes (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010). El informe afirma que la percepción de estos elementos como barrera está mediada por una percepción negativa de la discapacidad, que hacen que los miembros de la familia tengan bajas expectativas de la persona en situación de discapacidad, así como las familias disfuncionales o al personal del cuidado que propende más por la protección, que por hacer cumplir los proyectos de vida.

El cuarto grupo de barreras identificadas fueron las relacionadas con las actitudes.. Se encontró que las personas que participaron valoraban como posibles barreras los “actitudes individuales de los miembros de la familia cercana; opiniones y creencias generales o específicas de otros familiares que influyen en el comportamiento y las acciones individuales; actitudes individuales de conocidos, compañeros, colegas, vecinos y miembros de la

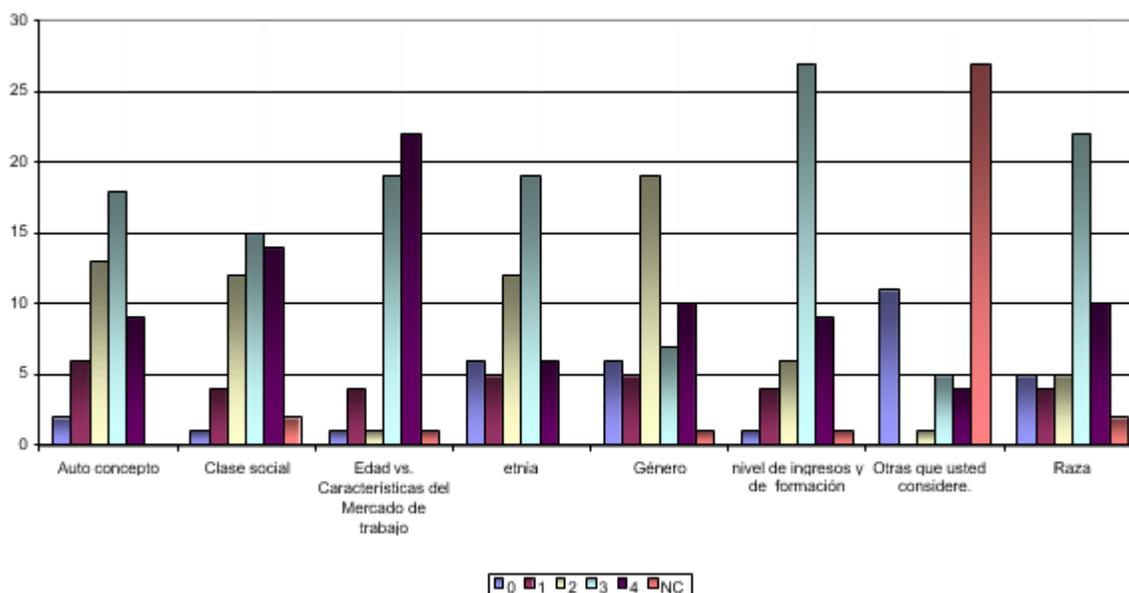
comunidad, así como de los profesionales de la salud y finalmente lo relacionado con las normas, costumbres e ideologías sociales, hábitos, costumbres, reglas, sistemas de valores abstractos, creencias y normativas” (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010), que afectan los modos de relacionamiento de una sociedad. Las personas en situación de discapacidad que asistieron a los grupos focales no las consideraron como severas o completas mayoritariamente, excepto para las personas con dificultad cognitiva. Las personas en situación de discapacidad auditiva la consideraron como moderada o leve, mientras que los otros dos grupos la consideraron, mayoritariamente, como leve o inexistente.

El siguiente grupo de barreras estudiadas era el de los servicios, sistemas y políticas, que se refiere a todo tipo de provisión de bienes o servicios, el control administrativo o los mecanismos de supervisión, así como las reglas, reglamentos o normas de las autoridades reconocidas (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010). La mayoría de los participantes las calificaron como severas o completas este tipo de barreras, porque afectan casi todos los ámbitos de la vida diaria de estas personas. Adicionalmente, el informe resalta que, para las personas con dificultades cognitivas, quienes responden las preguntas son representantes suyos. Lo anterior, según las autoras (2010), es muestra de la baja representación política que las personas con esa dificultad poseen y de las limitaciones e insuficiencia de los esfuerzos que se hacían por su inclusión.

Por último, se incluyeron las barreras denominadas como “relacionadas con otros factores personales”, que son aquellas que tienen que ver con las condiciones de los mercados laborales, la clase social y el autoconcepto. Las primeras incluyen el crecimiento de la demanda por trabajadores de baja calificación, los empleos temporales o de baja calidad, la exigencia simultánea de experiencia y juventud, la sobrecalificación, la disminución de la franja de edad laboral, las malas condiciones de trabajo, entre otras. El segundo hace referencia al perfil vocacional de las personas, su nivel de formación, el nivel de ingresos y sus antecedentes ocupacionales. Por su parte, el tercero hace referencia a un bajo nivel de autoconocimiento, baja autoestima, alta dependencia de otras personas, entre otros aspectos (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010). En casi todos los grupos, éstos elementos fueron considerados como barreras completas, seguidas, en frecuencia, de las severas. Sin embargo, en el grupo focal de las personas con dificultad visual fue más importante la opción de inexistencia.

De otro lado, el informe incluyó un enfoque diferencial, en cuál se preguntaba si alguna de las condiciones visualizadas en la Figura era considerada, por los participantes, como una barrera adicional.

Gráfica 8: Enfoque diferencial del informe de barreras para la inclusión laboral



Fuente: Pacto de productividad, 2010

En la gráfica, el número cero expresa que la barrera es inexistente, el uno expresa que la barrera es leve, el dos expresa que la barrera es moderada, el tres expresa que la barrera es severa, el 4 expresa que la barrera es completa y las letras “NC” expresan que los participantes con contestaron esa ronda de preguntas en los grupos focales. Es posible observar que la edad, en conjunto con las características del mercado laboral, la clase social, el nivel de ingresos y formación, el componente de racial o étnico y el autoconcepto fueron, en su orden, las condiciones que más barreras impusieron.

Además, una de las ventajas de este documento es que también se realizó un grupo focal con algunos empresarios, para que ellos identificaran las barreras para la contratación que ellos percibían. Las barreras completas “se ubicaron en: políticas económicas, políticas laborales y desempleo, servicios laborales y de empleo. Le siguieron en orden de importancia las barreras valoradas como severas, en las cuales se ubicaron las categorías relacionadas con: servicios de seguridad social, sistemas de educación y formación con sus respectivas políticas” (Rodríguez Ferro & León Rodríguez, 2010, pág. 37).

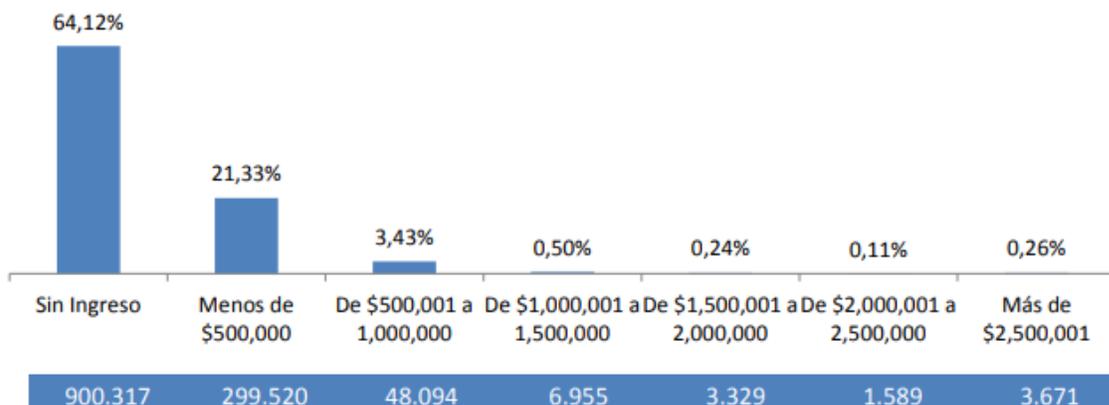
Por lo tanto, la mayor parte de los empresarios identificaron, como barreras severas o completas, a prácticamente las mismas condiciones que identificaron los participantes en los demás grupos focales. Entonces, se identificó el reto de hacer que las políticas públicas y de

educación fueran incluyentes y también permitiera desarrollar las capacidades de incluir a las personas en situación de discapacidad.

Como el lector puede intuir, estos datos están desactualizados, pero proporcionan una información valiosa para entender, de primera mano, las barreras de acceso al mercado laboral que enfrentan las personas en situación de discapacidad. Para actualizar la información a nivel general, más adelante se utilizarán datos del año 2018 y del mes de julio del año 2020. Los datos del año 2018 provienen de dos fuentes: un informe del Ministerio de Salud y Protección Social, y una pieza de divulgación de Fedesarrollo. Ambos contienen datos demográficos generales, pero el segundo trae un pequeño diagnóstico y algunas recomendaciones para la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad.

Los datos del Ministerio de Salud y Protección Social provienen del Registro para la Localización de Personas con Discapacidad - RLCPD y son del mes de junio del año 2018. En ese año, el RLCPD tenía 1'404.108 registros (2,6% de la población total), mientras que, como se dijo anteriormente, el DANE captó, en el censo del 2005, 2'624.898 (6,3% de la población total) (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018). Este documento se concentra en hacer una caracterización general, con enfoque diferencial, de la distribución de la población en situación de discapacidad en Colombia. Sin embargo, el informe presentó también algunos indicadores relacionados con el mercado laboral. El primero de ellos es el ingreso de las personas en situación de discapacidad. La Figura a continuación representa la distribución de las personas en situación de discapacidad del RLCPD, según algunos rangos de ingreso.

Gráfica 9: Personas en situación de discapacidad según el nivel de ingreso



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2018

Es posible observar que el 64,12% de las personas en situación de discapacidad estaban sin ingresos, mientras que el 21,33% recibían menos de quinientos mil pesos colombianos. Es decir, únicamente el 14,55% de las personas en situación de discapacidad tenían un empleo que les proveía cierto nivel de ingresos, aunque éste todavía fuese inferior al salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), que era de 781.242 pesos colombianos en el año 2018. Ambos son indicadores de la exclusión del mercado laboral y de la precaridad en la que trabajan las personas en situación de discapacidad que logran engancharse. La siguiente Tabla muestra las actividades a las que se dedican las personas en situación de discapacidad del RLCPD.

Gráfica 10: Personas en situación de discapacidad según su ocupación en los últimos 6 meses antes del registro

Ocupación	Conteo de personas con discapacidad	%
Incapacitado permanente para trabajar sin pension	430321	32%
Realizando oficios del hogar	237467	18%
Otra actividad	199615	15%
Trabajando	166907	12%
Estudiando	145801	11%
Buscando trabajo	57639	4%
Incapacitado permanente para trabajar con pension	48511	4%
Realizando actividades de autoconsumo	33373	2%
Pensionado-jubilado	24197	2%
Recibiendo renta	6185	0%

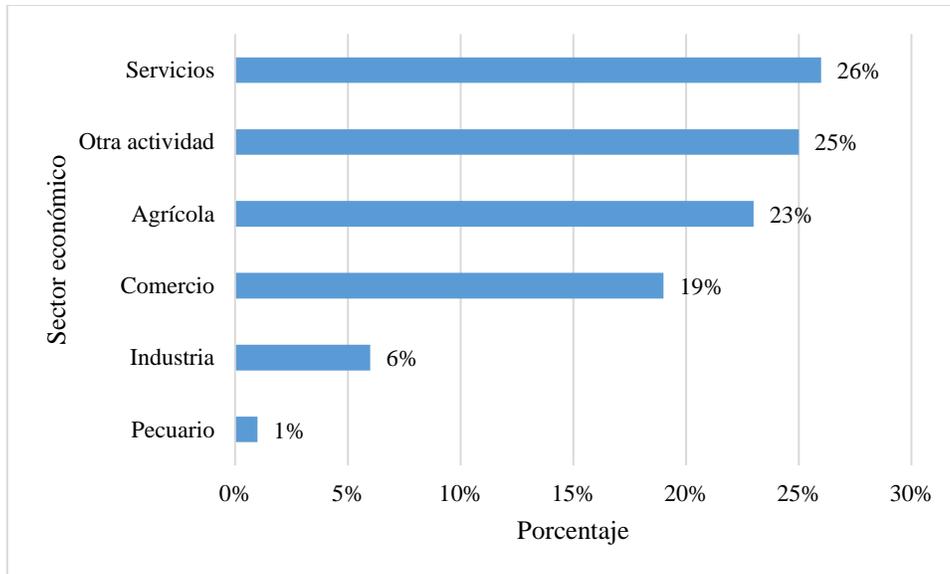
Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2018

Es posible afirmar que alrededor de la mitad de las personas en situación de discapacidad, registradas en el RLCPD, que no tenían ingresos no lo tienen porque están incapacitados permanentemente para trabajar, el 32% sin pensión. Es decir, a pesar de que la exclusión del mercado laboral pueda no estar directamente relacionada con la dificultad de estas personas, la mayoría de estas personas no reciben ningún tipo de ayuda estatal, en términos de ingresos, y depende de las acciones de su familia o de la caridad privada. El 4% de las personas con incapacidad permanente reciben una pensión. También, el 4% de estas personas estuvieron buscando trabajo, lo cual indica que, según las cifras del DANE, estas personas estuvieron desempleadas.

Las demás personas que no poseen ingresos se dividen entre el 11% que estudia, el 2% que realiza actividades de autoconsumo y, de manera notable, el 18% de las personas que realizan oficios del hogar. Es probable que las últimas dos actividades estén también relacionadas con condiciones de precariedad, aunque no es posible afirmar nada en ese sentido. Sin embargo, sí es posible conjeturar que hay barreras de acceso evitables en algunos puestos de trabajo, dado que el realizar tareas del hogar o tener cultivos de pancoger pueden ser actividades que demanden ciertas destrezas físicas y cognitivas. Éstas pueden ser por las condiciones de la infraestructura, pero también actitudinales o sociales.

Otro indicador relevante acerca de las condiciones del mercado laboral de las personas en situación de discapacidad es el sector de la economía en el que están empleadas aquellas que hacen parte del 12% que trabaja. La Figura ilustra el porcentaje de las personas que trabajan en cada sector de la economía, con respecto del total de las personas en situación de discapacidad.

Gráfica 11: Sector de la economía en la que trabajan las personas en situación de discapacidad

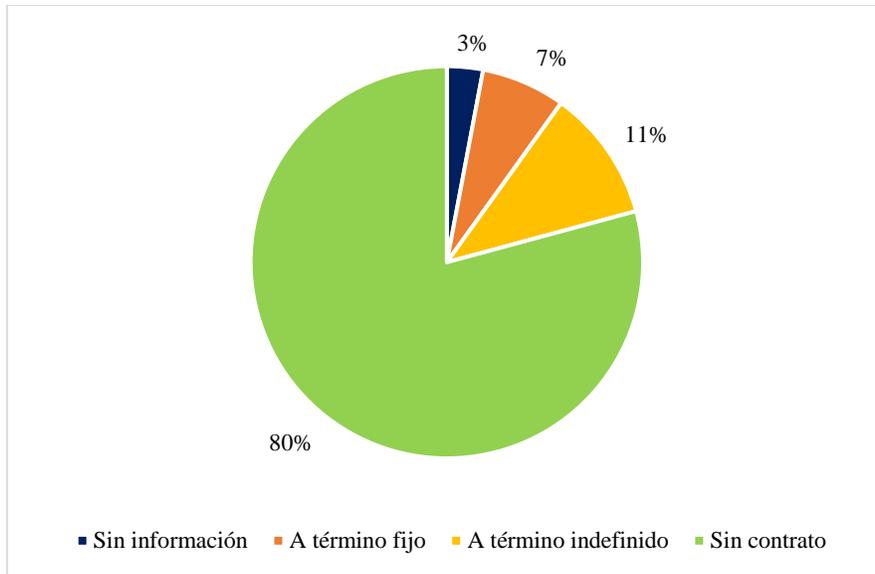


Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2018

En el gráfico, es posible observar que la mitad de las personas en situación de discapacidad se desempeñan en el sector de los servicios (26%) y el agropecuario (24%). La otra mitad está distribuida entre los sectores del comercio la industria y, el 25% de ellos, en otro tipo de actividades. Lo anterior puede deberse a que algunas condiciones de trabajo no son funcionales para las personas en situación de discapacidad y, por lo tanto, se constituyen en barreras de acceso al mercado laboral. Por ejemplo, en el sector del comercio pueden hacer falta algunos dispositivos que le permitan a las personas en situación de discapacidad cargar con la mercancía, por la falta de rampas o elevadores de acceso. Otro ejemplo puede ser un dispositivo que le permita a una persona con dificultad para hablar o auditiva comunicarse efectivamente.

De otro lado, el tipo de vinculación que tienen estas personas también es muestra de las condiciones en las que ellas trabajan.

Gráfica 12: Tipo de vinculación de las personas en situación de discapacidad que trabajan

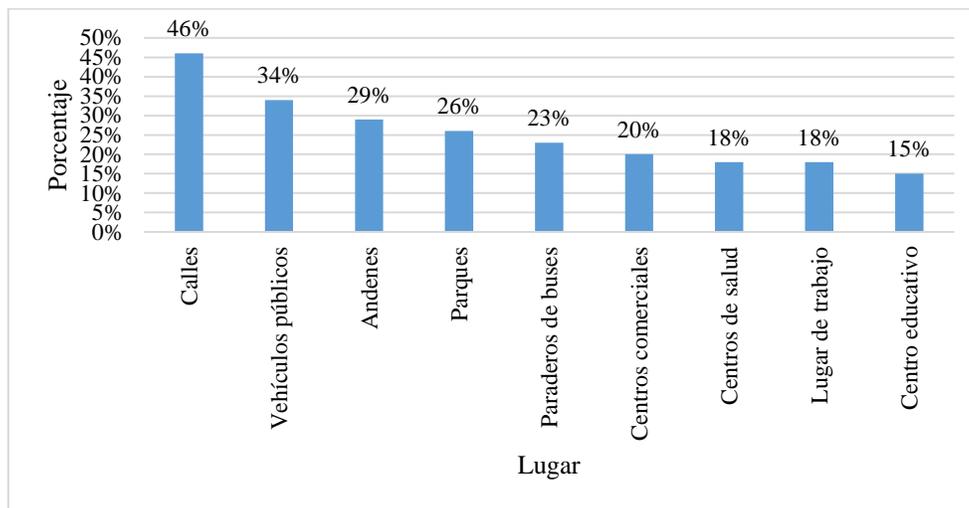


Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2018

Aunque la Figura únicamente muestra la información asociada a los tipos de vinculación, el hecho de que únicamente el 11% de la población en situación de discapacidad tenga un contrato a término fijo y el 80% de ellos simplemente no lo tenga sugiere que existen barreras sociales o actitudinales en los contratos, bien sea porque la remuneración o las condiciones de trabajo no son suficientes, o porque hay prejuicios hacia las personas en situación de discapacidad y se evita contratarlos (National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities, 2020). En ese sentido, es necesario generar un cambio cultural, a partir de la armonización de algunas políticas empresariales con la PPDIS o con cualquier texto de referencia, basado en la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad.

Este informe tiene una ventaja adicional, que es el hecho de preguntarle directamente a las personas en situación de discapacidad si percibían alguna en una actividad diaria. La Figura a continuación muestra un resultado, que podría cambiar o no el diagnóstico. Por un lado, el diagnóstico cambiaría, porque la mayoría de los lugares en los que estas personas dicen que detectan barreras de acceso no hace parte directamente del su sitio de trabajo. De hecho, es el segundo lugar más infrecuente, después de las instituciones educativas. En ese caso, las inversiones se deben centrar en hacer accesible el espacio y el transporte públicos.

Gráfica 13: Lugares donde las personas en situación de discapacidad encuentran barreras para su movilidad y actividades diarias



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2018

Fedesarrollo (2018) utilizó los mismos datos del RLCPD, pero los contrastó con los resultados de algunos artículos de investigación recientes. Por ejemplo, siguiendo a Cárdenas y Campos (2017), el informe llega a la conclusión de que las dificultades para insertarse en el mercado laboral de las personas en situación de discapacidad se deben, principalmente, a que los centros de trabajo no adoptan la infraestructura y servicios necesarios para el ejercicio de sus actividades. Además, ellos afirman que: *“Aunado a lo anterior, está la sobreprotección familiar y las actitudes negativas del entorno hacia las personas en situación de discapacidad, lo que en última instancia dificulta su proceso de desarrollo emocional, educativo y laboral (Cárdenas y Campos, 2017)”* (Fedesarrollo, 2018, pág. 1)

Por lo cual, es posible afirmar que las barreras actitudinales que se generan en las familias pueden ser una barrera de acceso al mercado laboral, porque la atención y protección excesivas evitan que las personas en situación de discapacidad desarrollen sus habilidades realicen sus actividades diarias.

Información reciente acerca de las barreras de acceso al mercado laboral

En este apartado, se resumirá brevemente un documento de circulación del BID, que se redactó en el año 2021 y se complementará la anterior información con algunos datos del RLCPD y de las evaluaciones que hizo el DNP de la PPDIS. El documento tiene el propósito de discutir el cómo incluir laboralmente a las personas en situación de discapacidad y comienza con la

caracterización de la situación actual de América Latina. Se estima que, en el año 2050, el 19% de la población de la región tendrá discapacidad. Además, las personas en situación de discapacidad “tienen tasas de participación laboral (-14%), formalidad (-4%) y remuneración (-16%) más bajas que las personas sin discapacidad” (Baptista, Franco, & Rosas, 2021), en la región. Incluir laboralmente a las personas en situación de discapacidad, entonces, debe ser un propósito de toda América Latina. Además, la participación en el trabajo y la baja remuneración son los aspectos más problemáticos para el mercado laboral de las personas en situación de discapacidad. Este diagnóstico coincide con el realizado por el Ministerio de Salud y Protección Social (2018), en Colombia.

Los autores, además, identificaron dos tipos de barreras de acceso que son responsables de estos indicadores. Por un lado, las barreras desde la oferta tienen que ver con el acceso relativamente bajo a la educación secundaria de las personas en situación de discapacidad, así como sus desventajas en cuanto a la graduación. Por otro lado, las barreras desde la demanda son aquellas que se marginan en la cultura organizacional y las actitudes frente a las personas en situación de discapacidad, que tienen como consecuencias la no preparación de los espacios institucionales para que estas personas puedan trabajar (Baptista, Franco, & Rosas, 2021). Entonces, para el BID, la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad requiere de un cambio cultural y de actitudes, pero también de una inclusión efectiva en el sistema educativo.

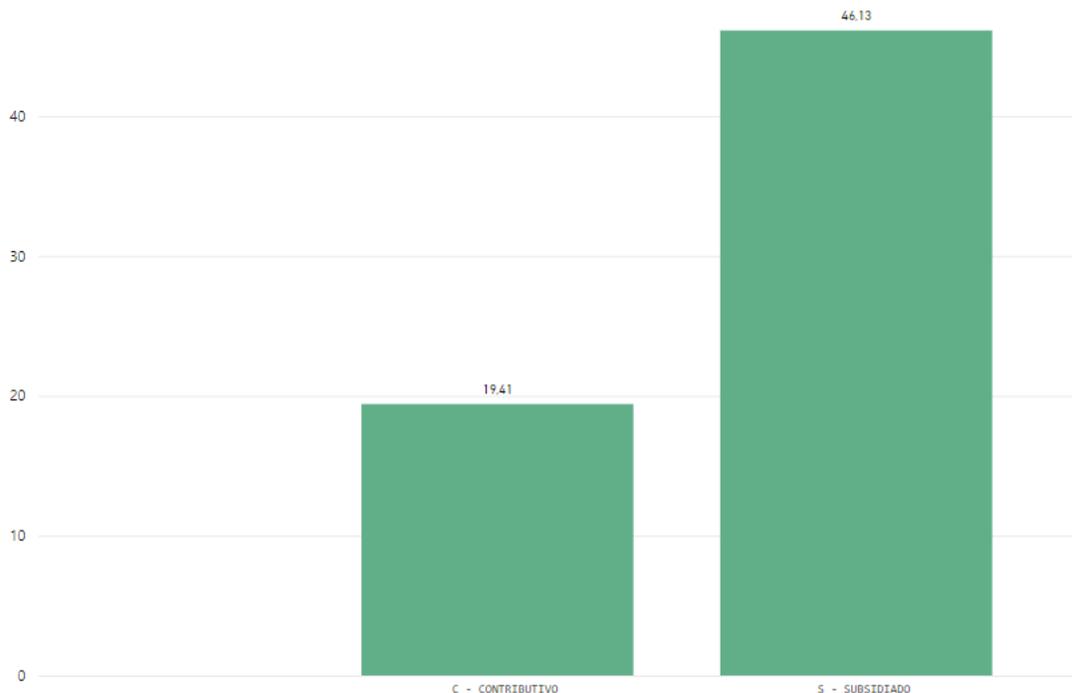
De hecho, el texto resalta el Pacto de Productividad de Colombia como una iniciativa en las que se pueden basar otros países y otras empresas, puesto que ésta *“ha capacitado a más de 170 centros de empleo, ha generado guías de inclusión laboral para empresarios, ha fomentado alianzas con varias organizaciones de personas en situación de discapacidad y ha capacitado a más de 1.195 funcionarios”* (unificar forma de transcripción, recordar que para las transcripciones textuales se debe colocar la página en la cita) (Baptista, Franco, & Rosas, 2021, pág. 1). En ese orden de ideas, en Colombia es necesario replicar las asociaciones privadas exitosas en pro de la población en situación de discapacidad. Además, basados en un programa de Estonia, estos Baptista, Franco y Rosas (2021) recomendaron capacitar continuamente a los consejeros de las empresas, capacitar a las empresas y mejorar, en incrementar la inclusión en, los programas de formación para las personas en situación de discapacidad.

A pesar de que el Pacto de Productividad sea un ejemplo de éxito en la región, los retos para la eliminación de las barreras de acceso son muy parecidos a los de hace doce años, según

este artículo. De esto puede dar cuenta una de las evaluaciones que hizo el DNP de la PPDIS. A propósito de las barreras de acceso, el DNP afirma que el 73% de las personas en situación de discapacidad que participaron en la evaluación “afirman que las barreras en el lugar de trabajo son iguales o mayores que cuando ingresó a su trabajo” (Departamento Nacional de Planeación, 2022). El documento muestra que el 22% de los participantes dijeron que perciben barreras físicas en sus lugares de trabajo, el 29% perciben barreras comunicativas y el 20% barreras actitudinales (Departamento Nacional de Planeación, 2022). Así las cosas, las cifras no han cambiado en gran medida desde el año 2018 y probablemente se vieron afectadas por la pandemia.

Lo anterior parecen confirmarlo los datos de afiliación al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) del RLCPD. El hecho de que el 46,13% de las personas en situación de discapacidad registradas estén en el régimen subsidiado y la suma de la afiliación a ambos regímenes no alcanza el 100% a nivel nacional, como lo muestra la Figura debajo, sugiere que persisten las mismas barreras identificadas en el año 2018 y que, probablemente, fueron agravadas por la pandemia.

Gráfica 14: Afiliación al SGSSS de las personas en situación de discapacidad en julio del 2020



Fuente: Observatorio de la discapacidad, 2020

En resumen, aunque la información disponible no permite profundizar en las barreras de acceso del mercado laboral de las personas en situación de discapacidad y su evolución durante la pandemia, la información disponible sugiere que aún persisten la mayoría de ellas. Entonces, el diagnóstico debe hacerse en un nivel de análisis más bajo, con enfoque en capacidades, territorial, de género, entre otros aspectos.

Las anteriores cifras, dan cuenta de que las barreras políticas de servicios y sistemas junto a las relacionadas con el mercado laboral, la clase social y el autoconcepto afectan completa o severamente casi todos los ámbitos de la vida diaria de las personas en condición de discapacidad circunstancia que se maximiza con la baja representación política que las personas con esa dificultad poseen y de las limitaciones e insuficiencia de los esfuerzos que se hacían por su inclusión. El estudio Alianza de las Naciones Unidas para promover los derechos de las personas con discapacidad - Fondo de Multidonante (UNPRPD), y con el liderazgo de ONU Mujeres Colombia, UNICEF y UNFPA (2021) concluye señalando que Colombia cuenta con una estructura normativa e institucionalidad muy favorable al desarrollo y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, adaptado a la Convención y al apego de sus artículos, lo cual se constituye en el primer paso esencial para avanzar hacia la implementación. No obstante lo anterior, la problemática se centra en la capacidad de hacer efectiva la normatividad en las prácticas y comportamientos socio culturales de mediano y largo plazo.

(Es necesario resumir o concluir cerca de todas las cifras que se colocaron, pues queda la impresión de tener una serie variada de cifras, pero no se hilan en argumentos o proposiciones centrales que soporten su importancia dentro del estado del arte y cómo se tratarán posteriormente).

Mercado laboral y discapacidad: el caso Cundinamarca

La Política Pública para la Discapacidad e Inclusión Social (PPDIS) se adoptó mediante la Ordenanza 266 del año 2015, para el periodo 2015-2025, con sus enfoques de derechos, desarrollo humano, en capacidades, poblacionales, territoriales y diferenciales (Gobernación de Cundinamarca, 2015). Las líneas de acción enunciadas en el primer eje, de garantía jurídica y participación son el reconocimiento legal, las garantías jurídicas y acceso a la justicia, y la participación real y efectiva en las actividades sociales, culturales o deportivas. Las construidas en el segundo eje, de acceso de las personas en situación de discapacidad, son la accesibilidad en el transporte, las tecnologías de la información y comunicaciones, el entorno construido, y servicios y bienes para todos.

El tercer eje, de desarrollo de capacidades e inclusión, tiene como líneas de acción la salud y rehabilitación integral, la educación y formación, emprendimiento e inclusión laboral, y la ruralidad y superación de la pobreza, cuya existencia puede ser la más relevante para pensar en que hay estrategias de inclusión en el mercado laboral. Por su parte, las líneas de acción del cuarto eje, de discapacidad reconocimiento de la diversidad, son encaminadas a aplicar el enfoque diferencial, así como las medidas antidiscriminación. Por último, la gobernanza y fortalecimiento institucional, la gestión del conocimiento e información, y el seguimiento y evaluación son las líneas de acción planteadas para el quinto eje, de transformación de lo público (Gobernación de Cundinamarca, 2015). Además, se ordena la implementación de la PPDIS de manera intersectorial, con la armonización de las políticas públicas municipales con ella, así como por medio de alianzas estratégicas, y la constitución de los Comités Municipales de Discapacidad.

A partir de este hito y en desarrollo de algunos hechos anteriores, el departamento ha incluido a la PPDIS en su presupuesto, desde la Gerencia para personas mayores y discapacidad y la Secretaría de Desarrollo Social. Adicionalmente, la PPDIS se incluyó en el Plan de Desarrollo Departamental, desde el año 2016 (Gobernación de Cundinamarca, s.f.). A continuación, se realizará el diagnóstico del mercado laboral con los datos del censo del año 2021 y los datos de julio del 2020 del RLCPD.

Esta sección busca dar cuenta de los principales indicadores disponibles asociados al mercado laboral de las personas en situación de discapacidad, en el departamento de Cundinamarca. Primero, se utilizarán los datos del censo del año 2018, para proveer información censal de variables relacionadas con el mercado laboral, diferenciadas por el tipo de discapacidad. Posteriormente, se explorarán algunas de las variables relevantes asociadas al mercado laboral, que produce el Ministerio de Salud y Protección Social, en el Observatorio de la Discapacidad (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020), que también son aproximadas, pero que son más actualizadas que las recolectadas por el censo.

Para caracterizar el mercado laboral de la personas en situación de discapacidad en el departamento Cundinamarca, se utilizará el visor del Censo del 2018 del DANE, para mostrar la distribución geográfica de cada una de las discapacidades en el territorio del departamento (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2019), junto con la información departamental acerca de la actividad realizada durante la semana anterior al censo. Más allá de eso, con el fin de generar una idea de la situación laboral de cada grupo, se calculará una aproximación a la tasa de desempleo, la cual no es útil para compararse con la tasa de

desempleo general, más sí como indicador de referencia para hacer comparaciones entre las situaciones a las que lleva la presencia de cada discapacidad.

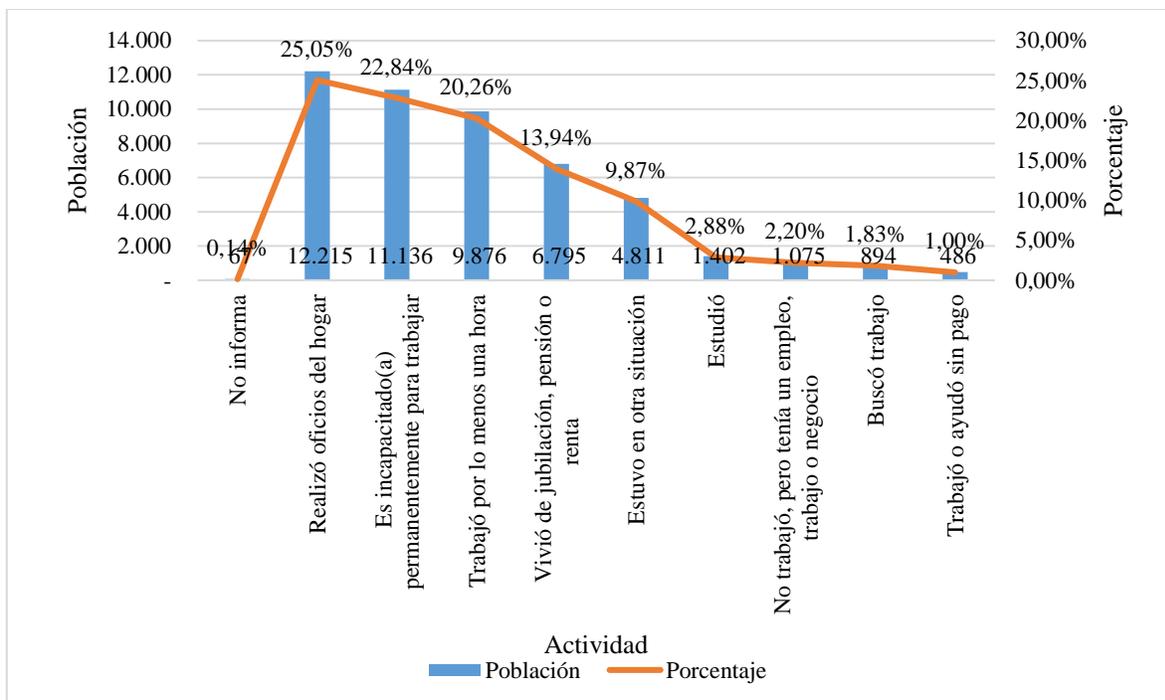
La tasa teórica de desempleo se calculará como el ratio entre la población con la discapacidad que buscó trabajo durante la semana anterior al censo o desempeñó alguna labor no remunerada afuera de su hogar, sobre todas las demás opciones, en las que hay algún desempeño de una actividad laboral o búsqueda de empleo (población económicamente activa teórica). Se excluyen la incapacidad permanente, los trabajos en el hogar, las personas que viven de la jubilación, pensión o renta, y el estudio (y son población económicamente inactiva teórica). Hay que tener en cuenta que este indicador no es exacto, porque una de las opciones de respuesta era “estuvo en otra situación” y porque la tasa de desempleo que calcula el DANE se realiza con otro criterio distinto a la semana inmediatamente anterior. Además, estos datos incluyen a personas que no están en edad de trabajar, por lo cual el indicador calculado subestima el peso de las personas que no están ocupadas.

Discapacidad auditiva

La Figura a continuación muestra la distribución geográfica de la población con dificultad para oír la voz o los sonidos. Los colores representan el porcentaje de la población que tiene esta dificultad, según los datos del censo del año 2018. Los municipios que tienen a más del 6% de su población con alguna discapacidad asociada son, en sentido contrario a las manecillas del reloj, Villagómez, Vergara, Chaguaní, Guayabal de Siquima, Quipile, Ubaque y Manta. Además, es posible observar una prevalencia de esta discapacidad en la provincia del Guavio.

El gráfico a continuación muestra, en el nivel departamental, la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad para oír la voz o sonidos durante la semana anterior al censo:

Gráfica 16: Ocupación de las personas con dificultad para oír



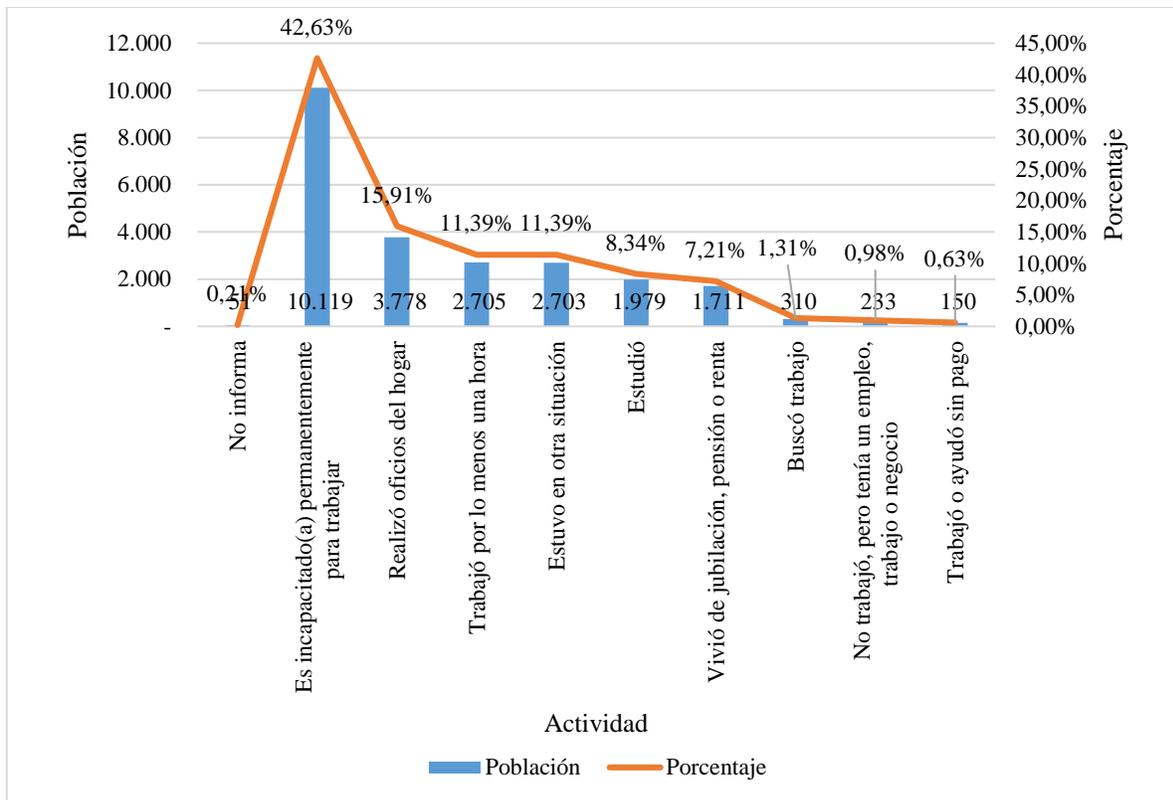
Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Es posible observar que la mayor parte de las personas con esta dificultad realizaron trabajos en el hogar o están incapacitadas, permanentemente, para trabajar (el 47,89% de ellos) y, por ende, ellos no hacen parte de la población económicamente activa del departamento. Además, solamente el 2,83% buscaron trabajo o realizaron labores no remuneradas. La tasa teórica de desempleo calculada fue del 8.05%.

Discapacidad para hablar

Al igual que en la anterior subsección, se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad de hablar o conversar durante la semana anterior al censo:

Gráfica 18: Ocupación de las personas con dificultad para hablar



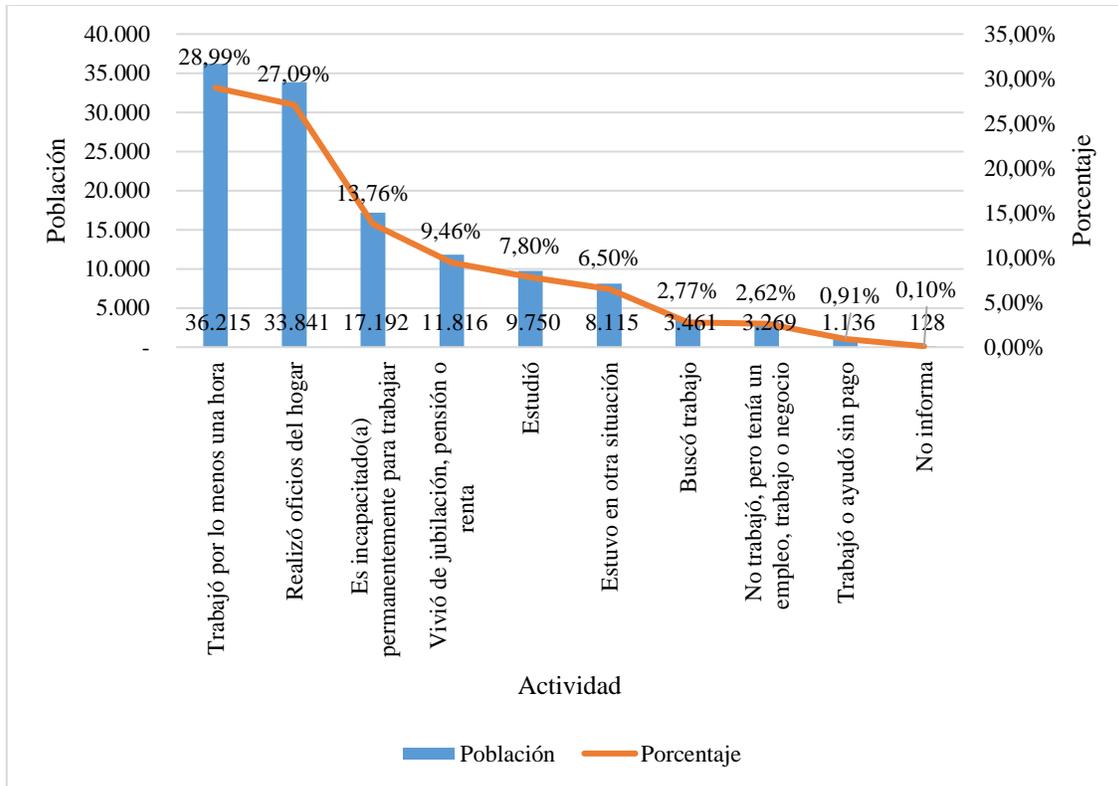
Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

En este caso, el 42,63% de las personas con dificultades para hablar o conversar están incapacitadas permanentemente para trabajar y el 15,91% realizó únicamente oficios del hogar. Por lo tanto, el 58,54% de las personas con esta dificultad quedan excluidos de la población económicamente activas, así como del sistema educativo. Con los datos restantes, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 7,54%.

Discapacidad visual

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad de ver de cerca, de lejos o alrededor, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 20: Ocupación de las personas con dificultad para ver



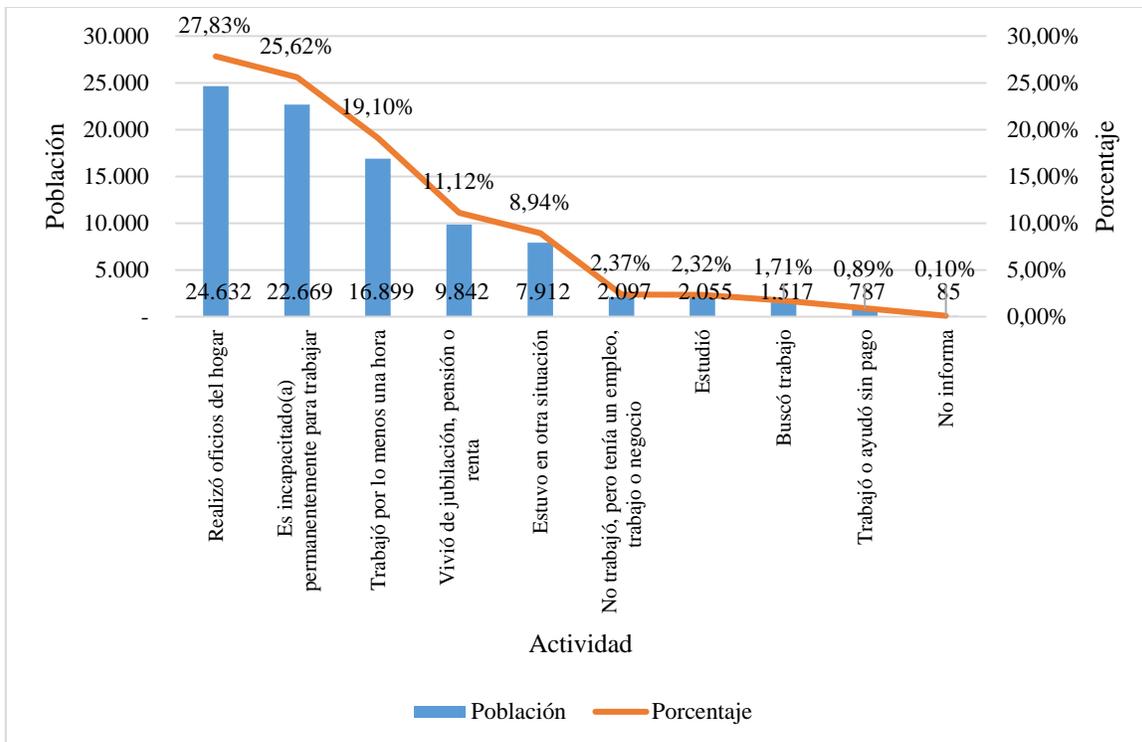
Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

A diferencia de los dos casos anteriores, solamente el 13,76% de las personas con dificultades para hablar o conversar están incapacitadas permanentemente para trabajar. Sin embargo, el 27,09% realizó únicamente oficios del hogar, indicador que aumentó. Por lo tanto, el 40,85% de las personas con esta dificultad quedan excluidos de la población económicamente activas, así como del sistema educativo. Este dato es menor que los dos anteriores, pero con la salvedad de que se incluyen más dificultades. Con los datos restantes, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 8,81%.

Discapacidad física

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con para mover el cuerpo, caminar o subir y bajar escaleras, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 22: Ocupación de las personas con dificultad en la locomoción

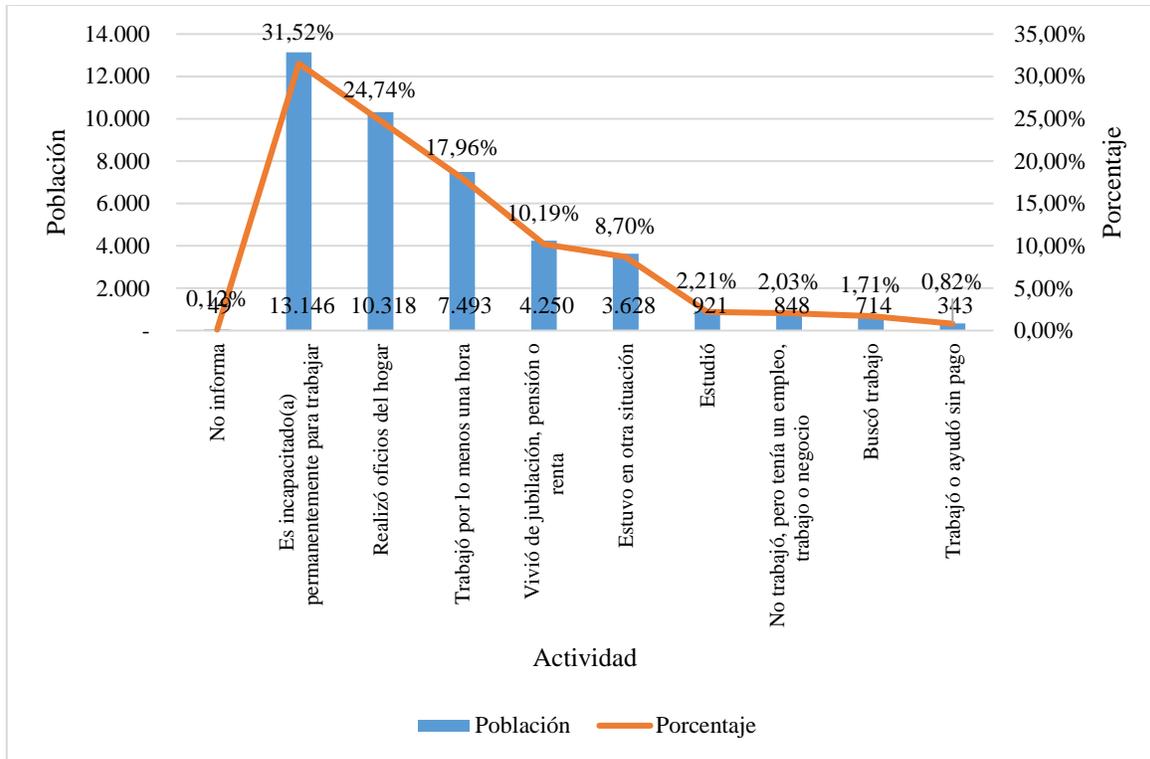


Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Según el gráfico, el 25,62% de las personas con dificultades de locomoción están incapacitadas permanentemente para trabajar. Además, el 27,83% realizó únicamente oficios del hogar, por lo que el 53,45% de las personas con esta dificultad quedaron excluidos de la población económicamente activa, así como del sistema educativo. Con los datos restantes, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 9,25%, la más alta hasta ahora. Una posible razón puede ser la falta de infraestructura accesible para estas personas.

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas en situación de discapacidad para mover el cuerpo, caminar o subir y bajar escaleras, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 24: Ocupación de las personas con dificultad en las manos

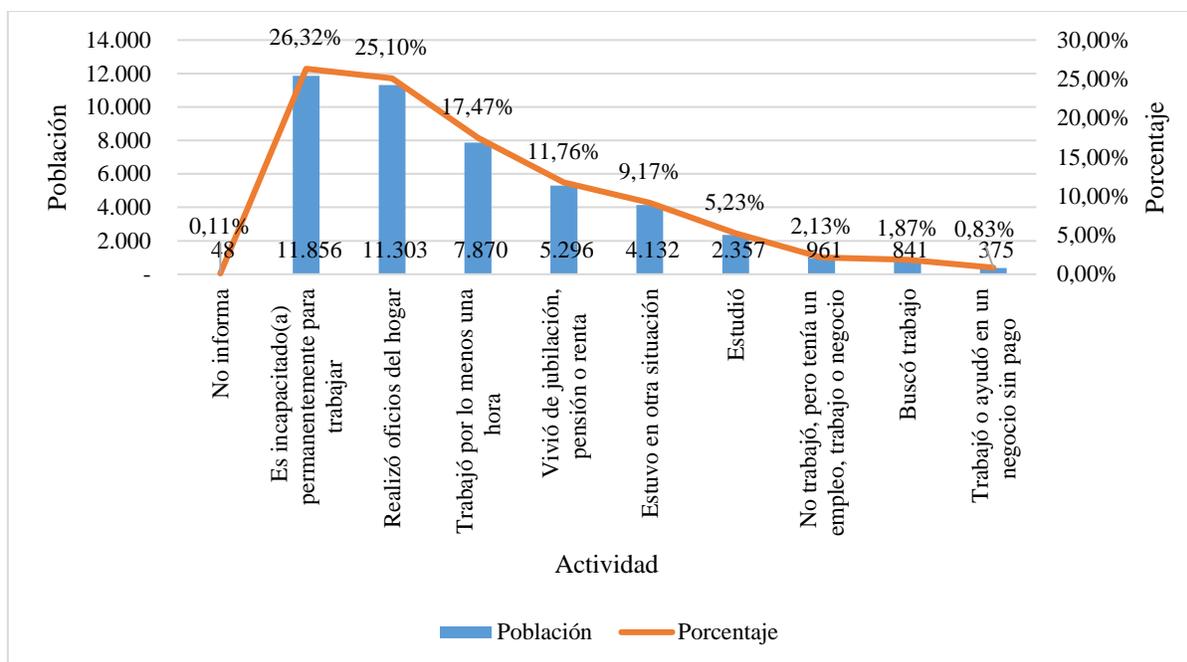


Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Según el gráfico, el 31,52% de las personas con dificultades en las manos están incapacitadas permanentemente para trabajar. Además, el 24,74% realizó únicamente oficios del hogar, por lo que el 56,26% de las personas con esta dificultad quedaron excluidos de la población económicamente activa, así como del sistema educativo. Con los datos restantes, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 8,08%.

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad por problemas cardiorrespiratorios, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 26: Ocupación de las personas con dificultades cardiorrespiratorias



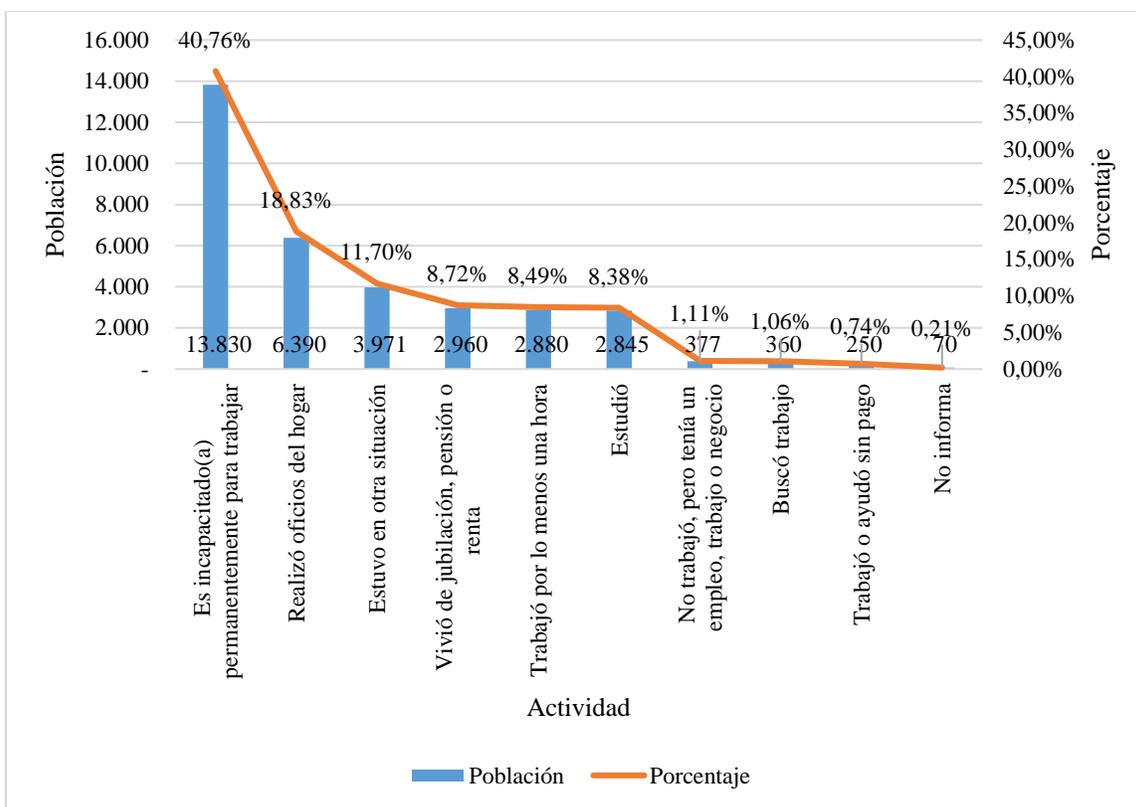
Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Según el gráfico, el 26,32% de las personas con dificultades para interactuar están incapacitadas permanentemente para trabajar y el 25,10% realizó únicamente oficios del hogar, por lo que el 51,42% de las personas con esta dificultad quedaron excluidos de la población económicamente activa, así como del sistema educativo. Además, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 8,55%, que es alta, en comparación con población económicamente activa teórica.

Discapacidad intelectual

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad para entender, aprender, recordar o tomar decisiones por sí mismo, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 28: Ocupación de las personas con dificultad intelectual

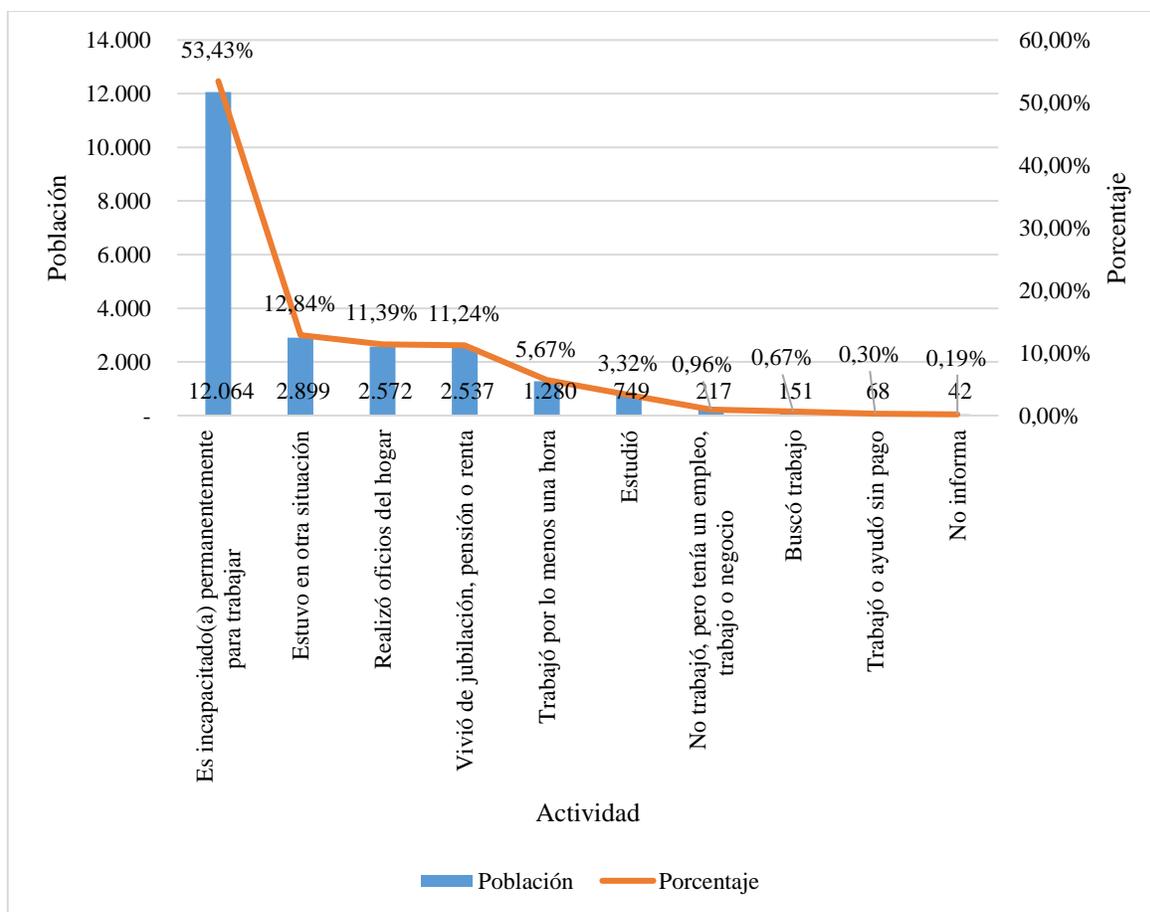


Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Según el gráfico, el 40,76% de las personas con dificultades intelectuales están incapacitadas permanentemente para trabajar, cifra que es similar a la de las personas con dificultad para oír. Además, el 18,83% realizó únicamente oficios del hogar, por lo que el 59,59% de las personas con esta dificultad quedaron excluidos de la población económicamente activa, así como del sistema educativo. Con los datos restantes, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 7,71%, una de las más bajas, probablemente causada por el menor tamaño de la población económicamente activa teórica.

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad para comer, vestirse o bañarse por sí mismo, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 30: Ocupación de las personas con dificultad para hacer labores diarias



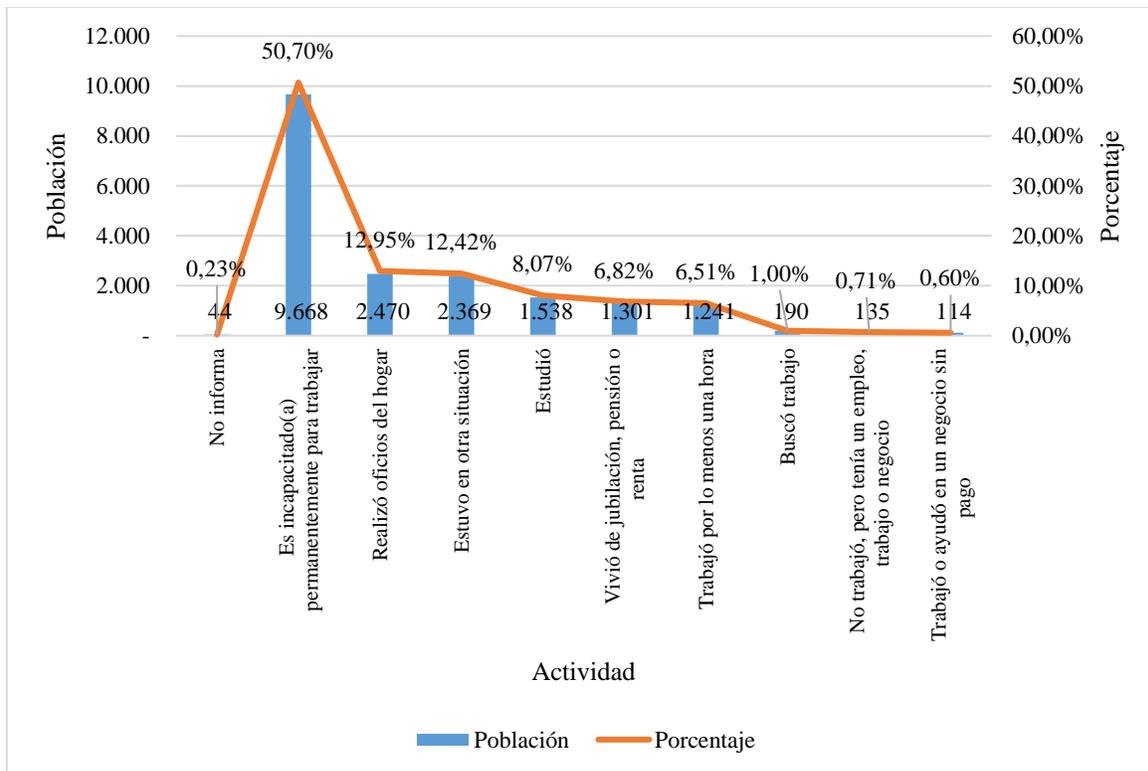
Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Según el gráfico, el 53,43% de las personas con dificultades intelectual están incapacitadas permanentemente para trabajar, que es la mayor incidencia en este indicador. Además, el 12,84% realizó únicamente oficios del hogar, por lo que el 66,27% de las personas con esta dificultad quedaron excluidos de la población económicamente activa, así como del sistema educativo; la mayor cantidad de todas. Con los datos restantes, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 4,7%, la más baja, probablemente por el menor tamaño de la población económicamente activa teórica.

Discapacidad psicosocial

Se muestra la actividad que se encontraban realizando las personas con dificultad para relacionarse o interactuar con las demás personas, durante la semana anterior al censo:

Gráfica 32: Ocupación de las personas con dificultad para interactuar



Fuente: Elaboración propia, con datos del DANE, 2019

Según el gráfico, el 50,7% de las personas con dificultades para interactuar están incapacitadas permanentemente para trabajar. Además, el 12,95% realizó únicamente oficios del hogar, por lo que el 63,65% de las personas con esta dificultad quedaron excluidos de la población económicamente activa, así como del sistema educativo; cifras similares al caso de las personas con dificultades intelectuales. También, se calculó la tasa teórica de desempleo, que fue del 7,43%, que es alta, en comparación con población económicamente activa teórica.

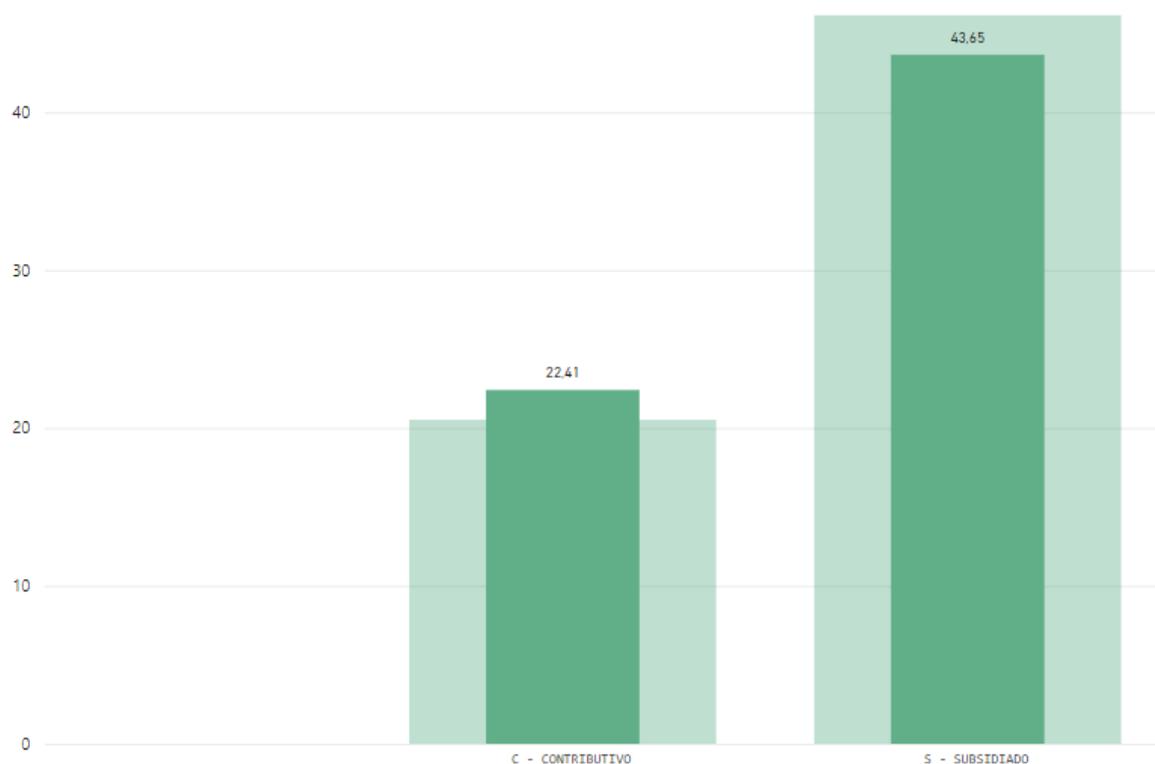
Entonces, es posible concluir que las personas en situación de discapacidad, por lo general, quedan excluidas del mercado laboral y su participación puede ser limitada, según el tipo de discapacidad. Además, parece haber sistemáticamente una concentración de las discapacidades en las provincias de Guavio y Oriente, así como en las de Gualivá, Magdalena Centro y Tequendama. La siguiente sección utiliza algunos datos más actualizados y resalta otras dimensiones del mercado laboral, como es el nivel de informalidad, el tipo de actividad realizado y los ingresos reportados.

La discapacidad en Cundinamarca durante la pandemia

Los datos del Ministerio de Salud y Protección Social tampoco fueron recopilados con la intención de evaluar el mercado laboral, sino como parte de la estrategia de caracterización y transparencia de la PPDIS, a través del RLCPD. Sin embargo, éstos sí contienen algunas dimensiones que sí reflejan el comportamiento del mercado laboral. El problema de esta fuente es que estos datos no se pueden extrapolar, pues fueron tomados durante el mes de julio del año 2020, cuando el país estaba atravesando el segundo piso de la pandemia. Entonces, la situación reflejada es totalmente atípica. No obstante, se identificaron tres variables que ayudan a complementar el diagnóstico realizado en la sección anterior.

El primero de ellos es el tipo de afiliación de las personas al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Este indicador es un indicio del nivel de informalidad laboral que hay en esta población, al definirla como el no cotizar a salud y pensión (margen intensivo). Si bien ninguna de las personas que no tiene, ni busca, trabajo, que desempeña únicamente labores en el hogar o que estudia y no trabaja, que está afiliada al régimen subsidiado se debería incluir en el mercado laboral, el estar afiliado al régimen contributivo sí es indicador de que la persona, o un familiar, está cotizando. Otro problema con esta manera de medirlo es que las personas que cotizan al régimen contributivo no necesariamente cotizan al sistema pensional. La siguiente Figura ilustra el porcentaje de personas en situación de discapacidad afiliadas a cada régimen de salud, en el departamento de Cundinamarca.

Gráfica 33: Porcentaje de personas afiliadas a cada régimen de salud



Fuente: Observatorio de la discapacidad, 2020

Esto quiere decir que el 22,41% de las personas en situación de discapacidad están afiliados al régimen contributivo de salud y es probable que estén en la formalidad. El 43,65% de las personas están en la informalidad, según esta proxy, porcentaje que es más bajo que el indicador observado en el año 2019, de más del 50% (Ministerio del Trabajo, 2021). Es, quizás, es por la misma razón sugerida anteriormente: la población económicamente activa puede ser sistemáticamente menor en las personas en situación de discapacidad.

El segundo indicador es la caracterización los trabajos en los que están las personas en situación de discapacidad y es útil para conocer, de manera general, las condiciones laborales de las personas en situación de discapacidad. Primero, en el visor de datos se encuentra la población dedicada a trabajar en la industrial (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Se trata del 5,86% de las personas en situación de discapacidad. Los municipios en los que más se observa este fenómeno son Tausa, Nemocón, Sopó, Funza y Cogua, que tienen al 15% o más de la población en situación de discapacidad trabajando en este tipo de actividades. La segunda categoría encontrada son las actividades de comercio, en las que trabajaban el 15,25% de las personas en situación de discapacidad. Los municipios en los que este indicador prevalece son Suesca, Gachancipá, Tabio y Soacha, con más del 30% de la población en

situación de discapacidad laborando en ese sector. Tercero, se encuentra el porcentaje de personas en situación de discapacidad en actividades agrícolas. El 36% de las personas en condición de discapacidad del departamento trabajan en este sector, con los municipios como Cabrera, El Peñón, Jerusalén, La Peña, Paime, Nimaima, Quebradanegra, Guayabal de Siquima, Vianí, Caparrapí y Topaipí con más del 80% de sus trabajadores en este sector.

Cuarto, se encuentra la cifra de las personas en el sector pecuario, que es en el que menos población en situación de discapacidad está ocupada. El 0,89% de ellos trabajan en este sector, pero hay municipios en los que la importancia es más marcada. Particularmente, en Ubalá y en Fúquene la población dedicada a esta labor supera el 10% de la población, con el 16,67% y del 11,11%, respectivamente (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Por último, se encuentra el dato de la población en situación de discapacidad ocupada en actividades del sector de los servicios. Sin embargo, el visor de datos no está funcionando adecuadamente, porque éste muestra exactamente las mismas cifras que para el anterior sector. De lo anterior, es posible conjeturar que los sectores en los que las personas en situación de discapacidad pueden desempeñarse adecuadamente, en este momento, son las actividades de comercio y las agrícolas, en los municipios en los que esta actividad es importante.

Por último, el otro dato relevante que ofrece el Observatorio de Discapacidad es el de los ingresos de estas personas. El 65,45% de las personas en situación de discapacidad no tiene ingresos, cifra que es similar a las cifras de la población económicamente inactiva teórica de la anterior sección. El indicador de las poblaciones de Ubalá, Gachalá, Albán, Pandi, Gama, Junín y Choachí supera el 80% de la población en situación de discapacidad. Adicionalmente, se encuentra un indicador del porcentaje de la población que ganaba, en julio del 2020, más o menos de \$500.000 colombianos en promedio mensualmente, que fue, respectivamente, del 3,78% (esta cifra fue de más del 10% únicamente en Agua de Dios, Sopó, Gachancipá y Funza) y del 17,51% (la cual fue de más del 40% en Jerusalén, Supatá y Guayabetal) (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). El lector podrá evidenciar que los porcentajes no suman el 100%. Lo anterior es por la ausencia de los datos restantes. Es posible que ésta se deba a que en la herramienta no se grafican los formularios vacíos o las respuestas como “otras”. Aún con esta limitación, las cifras indican que una proporción relevante de la población en situación de discapacidad, en el departamento de Cundinamarca, no tiene ingresos o tiene ingresos precarios.

1.4. Sobre la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta

El derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en la garantía que tienen algunos trabajadores a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del empleador, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Esta figura se ha aplicado en situaciones que involucran derechos de mujeres embarazadas, trabajadores aforados, prepensionados, personas limitadas físicamente u otras personas en estado de debilidad manifiesta. Esta última hace referencia a los casos de aquellos trabajadores que aunque no necesariamente se encuentren incapacitados o con una pérdida de capacidad dictaminada, presentan quebrantos de salud, puesto que en varios casos los jueces a través de fallos de tutela, han declarado la ineficacia de la terminación de los contratos y ordenado el reintegro, aduciendo un deber de solidaridad del empleador que se ve obligado a brindar especial protección a su trabajador en virtud de la condición que presenta.

La debilidad manifiesta ha sido un tema de divergencia entre las posiciones de las altas cortes, principalmente sobre los criterios establecidos para determinar que un individuo se encuentre en condición de discapacidad: para la Corte Suprema de Justicia es claro que son aquellas personas que padecen una limitación moderada, severa o profunda superior al 15%; mientras que, para la Corte Constitucional el fuero de estabilidad por debilidad manifiesta es un derecho que se debe reconocer a todo aquel que experimente una afectación de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

La ley establece garantías a la población en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentra la integración y permanencia en el mercado laboral, buscando proteger a los trabajadores con limitaciones de salud, con la prohibición que sean despedidos sin justa causa o sin autorización del Ministerio de Trabajo, con la indemnización legal de 180 días de salario. Lo anterior, teniendo en cuenta que existe una presunción a favor del trabajador en estado de debilidad manifiesta, que supone que el despido se efectuó por causa de su limitación física y que obliga al empleador a desvirtuarla. No obstante, existen dudas respecto a ¿qué se entiende por afectación a la salud que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de un trabajador? y ¿cómo determinar objetivamente la afectación y cuándo se entiende que existe una dificultad sustancial?

Rodríguez (2018), señala que la discapacidad es el término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad, mientras que, a invalidez, es la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional igual o superior al 50 %. En ese sentido, puede afirmarse que la

discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.

En la Sentencia T-427 de 1992, la Corte Constitucional arguyó que los derechos de las personas que se encontraran afectadas en su salud física y mental debían ser protegidos de manera especial, ya que se encuentran en una posición de debilidad manifiesta, por lo que se les debe otorgar una protección real y efectiva de sus derechos.

Ahora, en lo que tiene que ver con la carga de la prueba, la referida Sentencia indicó:

7. La Constitución otorga protección jurídica a diversos sectores, grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (CP art. 13). Sectores de la población como los niños (CP art. 44), los ancianos (CP art. 46), los minusválidos (CP art. 47), las minorías étnicas (CP art. 7) etc., deben recibir una especial protección del Estado por voluntad del constituyente. De esta forma se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad.

La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (Se destaca)

En este caso, si bien es cierto, en principio, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte actora, también lo es que, la Corte en el pronunciamiento citado estableció que, como quiera que las personas minusválidas, en situación de desventaja o debilidad manifiesta, se requiere de una especial protección por parte del Estado, lo cual genera una inversión de la carga de la prueba, lo que significa que el empleador o administración (en caso de que se trate de un proceso en contra de una entidad pública), es la encargada de demostrar o probar que la circunstancia de desventaja de la persona protegida en ningún momento fue desconocida para tomar la decisión, ya sea de despido, desvinculación laboral, etc.

El anterior criterio ha sido reiterado en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, tales como los expuestos en las siguientes Sentencias. En Sentencia T-1040 de 2001 se hizo un análisis de las obligaciones y limitaciones que tienen los empleadores cuando tienen empleados con alguna afección en su salud, puesto que allí se establece que en virtud del respeto por la dignidad humana, el empleador debe reubicar a los trabajadores que sufren alguna disminución en su capacidad laboral, sin que implique que exista una calificación de la pérdida de esa capacidad para que sea un sujeto de especial protección y se confiera la garantía de la estabilidad laboral. En este caso, la carga de la prueba se transfirió en cabeza del empleador, puesto que debía desvirtuar que el despido había ocurrido por otras circunstancias diferentes a la pérdida de capacidad laboral del empleado. La diferencia de esta Sentencia con la T-472, radica que en ese pronunciamiento se negaron las pretensiones de la demanda ya que el actor no tenía una calificación de su pérdida laboral, mientras que, en la Sentencia del 2001, pese a ello, decidió que no era necesaria esa calificación para determinar que el actor era sujeto de especial protección y que, por ende, gozaba de una estabilidad laboral reforzada.

En Sentencias de la Corte Constitucional T-519 de 2003, T-309 de 2005, T-198 de 2006 y T-361 de 2008 (ojo incorporar citación adecuada de las decisiones judiciales), se destacó que no basta con que exista la condición de debilidad manifiesta, para que exista la protección de derechos vía acción de tutela, sino que se debe probar por la parte interesada el nexo causal entre la condición alegada y la desvinculación laboral, pues en caso de llegar a demostrarlo, en efecto se configura una discriminación negativa en contra de esa persona por ser un sujeto de especial protección. Adicionalmente, la protección no se da por el origen de la enfermedad, es decir, si es origen común o profesional. Igualmente, se confirma la posición que se plantea desde el año 2001, en cuanto a la protección establecida en la Ley 361 de 1997, precisándose que existe una protección laboral reforzada positiva y negativa, frente a la primera se da cuando una persona no puede ser limitada en su vinculación laboral con ocasión de su enfermedad y la segunda, respecto de la prohibición de dar por terminado un contrato laboral con fundamento en la limitación de salud que tiene el empleado, sin que medie autorización previa para ello.

En Sentencia T-111 de 2012. Tratándose de una persona en circunstancias de debilidad, y el empleador tenga conocimiento de dicha situación, cuando éste sea despedido sin la autorización de la oficina del trabajo, tiene aquél el deber de probar que la razón del despido no tiene ninguna conexión con las limitaciones del trabajador, pues de lo contrario se

configuraría un trato discriminatorio injustificado. Y la carga de la prueba está en cabeza del empleador, porque es él quien toma la decisión de no renovar el contrato o de terminarlo anticipadamente, y tiene conocimiento de las circunstancias en que se desarrolla la actividad productiva y de las motivaciones de la decisión, pero, además, porque el trabajador se halla en estado de debilidad respecto de la relación laboral y cuenta con la especial protección constitucional descrita.

En Sentencias T-320 de 2016 y T-041/19 se precisó que “(...) *en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Y, en la segunda se indicó: “*Así pues, toda vez que la presunción de desvinculación injusta invierte la carga de la prueba y la radica en la parte demandada, en este caso no bastaba con afirmar (sin ningún sustento probatorio) los hechos mencionados en la causal de terminación del contrato; en otras palabras, el empleador debía probar (por ejemplo con testimonios, minutas de ingreso y/o egreso; etc.) que el peticionario no se presentó a laborar los días 14 y 15 de febrero de 2018.*”

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también ha manejado una línea jurisprudencial respecto de la carga de la prueba en casos de estabilidad laboral reforzada por discapacidad, a través de los siguientes pronunciamientos:

En Sentencia Radicado 25130 del 7 de febrero de 2006 se planteó que la discapacidad física no se podía probar solo con un diagnóstico médico, pues debía probarse con una herramienta más precisa con el fin de determinar que una persona era discapacitada y por ende, beneficiaria de la protección especial de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En Sentencia radicado 32532 del 15 de julio de 2008 se indicó que la protección establecida en la Ley 361 de 1997, aplica para algunas limitaciones y no para todas, sin que se estableciera una categoría en concreto en dicha norma, por ello la Corte teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, complementó las disposiciones allí contenidas en cuanto a la calificación de las limitaciones y concluyó, que ninguna persona en situación de

discapacidad podía ser despedida con ocasión de su enfermedad sin previa autorización de la autoridad competente.

En Sentencia radicado 35606 del 25 de marzo de 2009, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo como sustento la Sentencia T-1040 de 2001 de la Corte Constitucional, para afirmar que la protección a los trabajadores en condiciones de discapacidad, no se encuentra atada a una calificación previa que determine la pérdida de la capacidad laboral, ya que se deben probar las condiciones mediante las cuales se impidió el desarrollo normal de su labor. Así mismo, se establecieron unos criterios para dar la aplicación prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así: 1. Que la limitación se encuentre dentro de las categorías protegidas. 2. Que el empleador conozca el estado de salud del empleado. 3. Que se termine la relación laboral con ocasión de las dificultades de salud y se haya realizado el despido sin autorización de la autoridad competente.

En Sentencias radicados 41867 del 30 de enero de 2013 y 53083 del 14 de octubre de 2015 (ojo verificar la forma de las citaciones de decisiones judiciales), la Corte consideró que la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, procede únicamente para las personas que presentan limitaciones en un grado severo, pero no procede para las personas que padezcan cualquier tipo de limitación o quienes tengan una incapacidad temporal, es decir que el Juez no puede extender dicha protección a las personas que se encuentren en los eventos que no estén contemplados en la norma.

En Sentencia SL1360-2018 se analizó la causal objetiva para terminación de contratos de obra o labor, en tanto se indica que no está prohibido el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que por el contrario lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio en tanto se podría relevar la autorización ante el ministerio. Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador.

Más recientemente en Sentencia SL306 de 2021, la Corte indicó:

“En la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad, si el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume

discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas.

Lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.”

En este caso, precisó que el estado de debilidad manifiesta no depende solo de porcentajes de calificación, sino que por el contrario se debe efectuar la valoración conjunta de los elementos probatorios entre ellos lo manifestado por la demandada la cual aceptó conocía el estado de salud de la demandante, quien alegó creer que la demandante ya se encontraba recuperada, en tanto no atiende las finalidades constitucionales de la disposición, de lograr un trato especial para aquellas personas puestas en condiciones de debilidad manifiesta, por su condición física, sensorial o mental, etc.

Dentro de los criterios de autorización por parte del mMinisterio de tTrabajo para despidos al trabajador en debilidad manifiesta, se han diferenciado tres situaciones: 1. Cuando el empleador manifieste que existe una causal objetiva; 2. Cuando el empleador solicita la terminación del contrato con base en una justa causa y 3. Cuando la condición del trabajador es incompatible e insuperable con el cargo desempeñado.

En la jurisprudencia nacional hay diferencias en torno a si la estabilidad ocupacional reforzada protege solo a quienes tienen determinado rango de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, o si por el contrario su ámbito de cobertura es más amplio y no requiere una calificación de esta naturaleza. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la Ley 361 de 1997, en cuyos preceptos, a su juicio, se dispone que sólo se aplica a quienes tienen la “condición de limitados por su grado de discapacidad”, lo cual implica que para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección. Esta posición se ha reiterado entre otras, en las Sentencias Radicado 32532-08, 35606-09, 38992-10 y 39207-12.

Más recientemente, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que no es suficiente por sí solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15% (SL-10538-16 y SL-11411-17)

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado a quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, incluyendo:

- Personas que trabajan al aire libre o en socavones de minería y son desvinculadas al presentar problemas respiratorios (T-594.15 y T-106-15);
- que en su trabajo deben levantar o trasladar objetos pesados y pierden el vínculo tras sufrir hernias o dolencias al levantar pesos significativos (T-251-16);
- que operan artículos, productos o máquinas con sus extremidades y resultan sin vínculo tras perder completamente miembros o extensiones de su cuerpo o únicamente su funcionalidad (T-351-15, T-057-16 y T-405-15);
- que recolectan objetos depositados en el suelo y deben agacharse y levantarse con suma frecuencia y son desvinculadas luego de sufrir problemas en las articulaciones, dolores generalizados y afectaciones en la espalda y las rodillas (T-691-15);

- que en su trabajo deben desplazarse largas distancias y son despedidas tras presentar dolores inusuales atribuibles al esfuerzo físico extenso (T-141-16).

En Sentencia SU-049-17, la Corte decidió unificar la interpretación constitucional al señalar que derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53); en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).

El anterior precedente, ha sido acogido parcialmente por la Corte Suprema de Justicia, quien mediante Sentencia SL 1360-18 modificó su criterio frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

La Corte Suprema de Justicia estableció que no habrá obligación de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato laboral de un empleado en situación de discapacidad, cuando exista una justa causa legal que lo fundamente, siendo ésta una razón objetiva para ello. Clarificó, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, por lo que la invocación de una justa causa permitiría no acudir al

Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido.

En Sentencia T-118-19 la Corte Constitucional señaló que el Derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta tiene las siguientes sub-reglas jurisprudenciales: (i) que el peticionario pueda considerarse como una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor.

La estabilidad laboral es un principio en virtud del cual el trabajador debe contar con la certidumbre de que mientras de su parte haya cumplimiento de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo, por lo que, como condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización de perjuicios que comprende el lucro cesante y el daño emergente.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la finalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que prohíbe la terminación del contrato laboral de una persona en razón a su limitación sin que medie autorización de la Oficina del Trabajo, es que un tercero objetivo intervenga en aquella decisión para establecer si la disminución física del empleado es la causa de la misma, más no por un motivo de discriminación, sino de incompatibilidad de aquél con su cargo o con cualquier otro cargo de la empresa, con lo cual resalta que “nadie está obligado a lo imposible”.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, sino que

a partir de su fundamento constitucional es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho.

En este punto se puede observar un importante fundamento epistemológico basado en el principio de la solidaridad puesto que la protección especial debe en primer término fundarse en los principios de solidaridad e integración social (CP arts. 1, 43 y 95). La solidaridad supone asumir como propias causas en principio ajenas, cuando el titular de ellas no puede por razones objetivas ejercer su defensa y protección individualmente de forma integral. El máximo tribunal constitucional entendió que, en virtud de la solidaridad, las cargas ajenas pueden ser adjudicadas por las instituciones del Estado entre distintos individuos, grupos o entidades.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, , situación que es la que da lugar a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

1.5. El Juez y la aplicación de principios

Guillermo Cabanellas (1981, p. 55) define la jurisprudencia como: “La ciencia del derecho (...) la interpretación de la ley hecha por los jueces (...) Conjunto de Sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro de los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. II La interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce. II La práctica judicial constante.”

Por su parte, Torres Vásquez (2008) señala que la jurisprudencia, denominada también precedente judicial, *stare decises*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos

los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo.

Para Messineo (1970, p. 120) "La jurisprudencia viene a ser el reflejo de la vida del derecho, teniendo, sobre la actividad del jurista puro, la ventaja de interpretar la norma, en vista de la solución de una controversia y por consiguiente, el inmediato contacto con la práctica del derecho."

La Corte Constitucional en Sentencia C-104 de 1993 indica que la jurisprudencia ha "sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme. En el derecho comparado se distinguen dos grandes sistemas en función del papel atribuido a la jurisprudencia como fuente de derecho. De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar Sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de Sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de "precedente". La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario."

"No consiste simplemente en el conocimiento teórico y en la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, sino también, y sobre todo, "en el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales". En este sentido amplio, la jurisprudencia ha de considerarse la "Ciencia del Derecho"

Díaz Roca (1997) en un sentido menos amplio, entiende la jurisprudencia como la doctrina que establecen los jueces y las magistraturas al resolver una cuestión que se les plantee o serviría para designar la doctrina y criterios de interpretación de las normas establecidos por los tribunales ordinarios de justicia, cualquiera sea su clase o la jurisdicción a la que pertenezcan, mientras que en el sentido más estricto es el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las resoluciones del Tribunal Supremo, que es el máximo órgano jurisdiccional de todos los órdenes, y en consecuencia, aquel al que corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho hecha por los tribunales de justicia, mediante la unificación de los criterios de interpretación de las normas utilizadas por los mismos. La

jurisprudencia sería aquella norma contenida en el fallo de un juez o tribunal o en el conjunto de ellos; en un sentido material, es el fallo mismo o conjunto de ellos; en sentido formal, es el modo de juzgar, el hábito o criterio de apreciación, interpretación y subsunción que en el fallo o conjunto de fallos se contienen.

Para Eduardo García Maynez (1989, p. 68) la jurisprudencia es "el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales"; el civilista español Luis Díez-Picazo (1979, p. 2) la define como "un complejo de afirmaciones y de decisiones pronunciadas en sus Sentencias por los órganos del Estado y contenidos en ellas"; José Castán Tobeñas (2007, p. 511), entiende que la jurisprudencia es "la doctrina sentada por los tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos"; Ezequiel Guerrero Lara (1989, p. 1892) sostiene que la jurisprudencia es "la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos de conflicto que se someten a su conocimiento"; y para Ignacio Burgos (1992, p. 821), la jurisprudencia "se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen de un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley."

Bobbio (1938) explica que la jurisprudencia es la actividad teórica de subir de la realidad de los hechos jurídicos al concepto y al sistema conceptual; es la actividad técnica de descender desde la solidificación de los conceptos y del sistema, que es el ordenamiento de las leyes, a los hechos; y, a la vez es la expresión en su complejidad de la actividad del jurista, por medio de la primera se constituye en ciencia, mediante la segunda en técnica.

Filippi, (p. 261-269) analiza que para Bobbio esta actividad fundamental se resume y se manifiesta en el ejercicio de la interpretación jurídica la cual, en vez de ser elevada a los niveles especulativos o sumergida en la problemática de un conflicto práctico, viene considerada en su naturaleza, es decir, observada en su funcionamiento, o en su mecanismo.

Si la actividad legislativa genera los actos legislativos o constitucionales y las leyes, y el conjunto de éstas, conforma la legislación; y la actividad administrativa de la rama ejecutiva del poder público, y, en general, el conjunto de autoridades burocráticas en el manejo del gobierno

son fuente de los actos administrativos, la actividad judicial da lugar a Sentencias y el conjunto de las Sentencias forma la jurisprudencia (Prieto, 2008)

La importancia de la labor de la jurisprudencia judicial radica en la dictación de Sentencias en los casos concretos. Las decisiones de casos análogos o idénticos tienden a modelarse, hasta fijarse en determinada cuestión. Para Colin y Capitant (1952) a partir de ese instante fijador, es como una disposición nueva de un derecho consuetudinario y práctico que brota a la vida.

“El derecho judicial adquiere reconocimiento ante la repetición de sus Sentencias, y siendo una forma consuetudinaria de derecho tendrá características particulares. No se llamará jurisprudencia, sino a aquella aplicación del derecho repetida y constante, uniforme y coherente, por tal modo que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y de aplicar las normas jurídicas.” (Clemente de Diego, 1925, p. 120)

Para Puig (1950), el derecho es eminentemente un derecho de jueces, una fuente del derecho, son los órganos que dan la visión intelectual de la realidad misma, que solucionan e intervienen en el caso concreto señalando el criterio al que deben someterse los tribunales inferiores.

Para Schiele (2011), la creación del derecho quedaría fuera de la competencia de los tribunales y los jueces, ya que de no ser así se infringe el principio de la separación de los poderes que es la base de nuestro orden constitucional. Lo que constituye una regla jurídica es no la solución dada a un litigio aislado, sino la práctica que se deriva de la serie de decisiones que recaen sobre casos idénticos o análogos.

En la teoría normativista de Kelsen (2009), cuyo objeto de estudio es la validez del derecho y la facultad del juez para crear derecho cuando no haya norma preexistente, el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva el juez se torna en un auténtico creador de derecho, de tal manera que la Sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Tal como acontece en la premisa mayor, integrada por dos hechos concatenados, condición y consecuencia, los cuales van unidos por la ley en el dominio de lo general, en el mismo sentido cuando se avanza a la segunda premisa, en lo concreto tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las Sentencia judicial que se transforma en norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual.

Dworkin (1984) señala que el derecho tiene como función la interpretación de las prácticas sociales desde un plano basado en principios y valores, donde los principios ofrecen la mejor justificación posible de la justicia y la actividad judicial a través de la interpretación y aplicación de los principios constitucionales, debe tender a proteger y garantizar derechos concretos de los individuos y grupos, por lo que se deposita la confianza en el juez para que tomen las mejores decisiones; si no con la única respuesta correcta, sí la más correcta posible.

Se denominan “reglas de adjudicación” a las que regulan la forma en que ejerce la función de lo judicial. En *“El imperio de la ley”*, Dworkin presentó el desarrollo del postulado de integridad, el cual persigue que los jueces entiendan el derecho como un sistema de fidelidad a las decisiones precedentes, bajo una estructura de principios de equidad, justicia y debido proceso, que deben aplicarse a todos los casos similares.

La integridad en la decisión judicial buscará que el juez, al momento de adjudicar, proceda con coherencia frente a los principios identificando todos los casos judiciales en observancia de patrones comunes, con relación a derechos y deberes cuya legitimidad deriva de la fraternidad y aceptación, justificado así el ejercicio del poder judicial, respecto de los miembros de una comunidad política. (Dworkin, 2012)

“La integridad de la concepción de debido proceso insiste en que los procedimientos utilizados en los juicios que logran el equilibrio adecuado entre exactitud y eficiencia al hacer cumplir una parte de la ley sean reconocidos en todos, tomando en cuenta las diferencias de tipo y grado de daño moral que impone un veredicto inadecuado. Estos distintos reclamos justifican un compromiso con la coherencia en principio valorada por sí misma. Sugieren lo que argumentaré a continuación: que la integridad es la vida del derecho tal como lo conocemos y no una superstición de elegancia.” (Dworkin, 2012, p. 125)

A su vez, en “Los derechos en serio” señala que *“Nos resultará útil dividir los reclamos de integridad en dos principios más prácticos. El primero es el principio de integridad en la legislación, que pide de aquellos que crean leyes por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de integridad en la adjudicación: pide a aquellos responsables de decidir qué es la ley que la entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación. El segundo principio explica cómo y por qué se le debe otorgar al pasado un poder propio, especial, en la Corte, contrariamente a lo que sostiene el pragmatismo. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o*

enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto.” (Dworkin, 1984, p. 125).

Dworkin (2007) propone un método de la decisión judicial en el que un Juez Hércules dotado de habilidades extraordinarias, tendría como finalidad tomar decisiones basadas en principios que proveerían la mejor justificación moral para los casos difíciles, alejándose de esta manera de la toma de la decisión discrecional. Asigna el peso de los principios bajo el criterio de la equidad de los precedentes a través la mejor justificación, precedida de una comprensión histórica, psicológica y sociológica de la decisión, teniendo en cuenta que estos principios nacen de la historia institucional y cambian de acuerdo con el derecho consuetudinario, esta evolución no permite concebir principios inmutables en la decisión judicial, confía en que es su deber institucional es no inclinarse por ninguna posición y comprender a la comunidad en su lenguaje, en sus creencias, en sus actitudes para poder identificar la naturaleza de sus conceptos y a partir de allí conocer la moralidad institucional sobre la cual tomará la decisión.

Por lo anterior, para Dworkin la corrección de las normas injustas es un trabajo que deben hacer los jueces.

La Corte Constitucional ha señalado algunos criterios para distinguir la función jurisdiccional de otras funciones estatales, así:

“El sentido de la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional. “11- Para responder a esa pregunta, la Corte debe estudiar qué sentido tiene que la ley atribuya a un acto singular de un determinado órgano estatal una naturaleza administrativa. Ahora bien, esa caracterización tiene como consecuencia, entre otras cosas, que éste, por oposición a los actos jurisdiccionales, no tiene la fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, como es obvio, dentro de ciertas condiciones, sino que, además, puede ser revisado por las autoridades judiciales, en virtud del principio de legalidad. Por el contrario, el acto jurisdiccional, una vez ejecutoriado, es definitivo, pues tiene la virtud de la cosa juzgada. Por eso, amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando

ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza del sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no sólo debe estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos” Sentencia C-189 de 1998.

En ocasión posterior señaló:

“(…) existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial¹⁹. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial”. (Corte Constitucional, Sentencia C-1038,2002).

Couture (2010), distingue tres elementos del acto jurisdiccional: la forma, el contenido y la función. La forma de la jurisdicción es su aspecto externo, es decir, son los elementos que se ven, y ellos son la presencia de las partes, de jueces y procedimientos establecidos en la ley; el contenido de la jurisdicción, por su parte, es la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser resuelto por los órganos de la jurisdicción mediante decisiones factibles de cosa juzgada; y la función, es el cometido de la jurisdicción,

o sea, el aseguramiento de los valores jurídicos, (axiológicos) la justicia, la paz social, la seguridad jurídica, mediante la aplicación eventualmente coercible del Derecho.

En su exposición sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Schmitt (1996) señalaba que una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no puede tampoco por sí sola -o de lo contrario dejaría de ser una norma- nombrar o designar a las personas concretas que debe interpretar o manejar la ley. De igual forma el concepto de Juez independiente que esta solamente sometido a la ley es normativista, un concepto de orden, una instancia competente. Lo que hace que una persona en concreto sea Juez competente es simplemente la organización de justicia.

Precisamente, dentro de las críticas que Schmitt hacía directamente a Bentham e indirectamente a Kelsen en el intento por presentar una teoría pura del derecho que sustentara su cientificidad, era que en la fundamentación jurídica que ofrecía el positivismo, este conducía a un pensamiento individualista del interés por la seguridad jurídica, y se basaba en que sería injusto defraudar la expectativa del gremio de los juristas, la *expectation*, la *confianza* suscitada por la ley, es decir la justicia de la positividad. Es decir, se coloca el interés de la seguridad jurídica en lugar de la justicia. Una regla general debe ser independiente de la situación particular y elevarse por encima del caso concreto. No obstante, la regla sólo puede elevarse en una medida muy limitada entre un determinado marco y sólo hasta cierta altura sobre la situación concreta. La regla sigue la situación cambiante para la cual fue formulada. De igual forma una norma pura sin referencia a una situación sería un absurdo jurídico.

Por su parte, Hart (1995) plantea la existencia de tres problemas recurrentes al tratar de conceptualizar el derecho: 1) La existencia del derecho implica la resolución de ciertos tipos de conducta humana a través de mandatos que no son optativos sino obligatorios, 2) la existencia del derecho implica la resolución de ciertos tipos de conducta humana a través de mandatos que son obligatorios y de no cumplirse implican sanciones y 3) un sistema jurídico es un sistema de reglas ciertas, aun cuando se tenga dificultad en su aplicación. El derecho, entendido como conjunto de órdenes coercitivas, es cuestionable porque la norma puede imponer deberes tanto a quien la dicta como a los demás, porque la norma puede además de conferir deberes conferir potestades y porque sancionar una ley es algo análogo a dar una orden. La existencia y reconocimiento de estar sometido a una obligación implica la existencia y reconocimiento de una regla: la regla impone obligaciones. En ese sentido, la moralidad y el sistema valorativo

social, incluida la costumbre, son conjuntos de usos y prácticas que se encuentran o bien al margen del sistema de normas que encierran al derecho o bien no lo soportan.

Desde esta óptica puede constituir un error intentar buscar uniformidad en las reglas debido a que una característica más distintiva de aquellas consiste en la fusión de diferentes tipos de reglas, como la que otorga potestades a los individuos para realizar actividades sociales como actos y contratos, las que otorgan potestades legislativas para imponer o no sanciones y las que llevan implícita una sanción. Se considera que algunas características distintivas de un sistema jurídico consisten en que, a través de las reglas de primer tipo, se otorgan potestades jurídicas privadas y públicas a los individuos y a las instituciones, sin las cuales no sería viable concebir algunos conceptos familiares de la vida social como las que se confieren para celebrar actos jurídicos como testar, celebrar un matrimonio, donar vender, etc. Si no existiera un ordenamiento penal que impusiera sanciones a ciertas conductas de los individuos, no existiría el delito de homicidio o de hurto, es decir, si no hubiera normas penales de tipo imperativo. En ambos casos las reglas pueden ser criticadas o valoradas como correctas o incorrectas, pues ambas constituyen patrones o reglas de conducta que deben ser observadas por los ciudadanos so pena de una sanción.

En ese sentido a través del concepto de regla última, Hart deposita la función de establecer la validez, concepto, eficacia y clasificación de todas las demás reglas que componen el ordenamiento jurídico y que, como tal, no se encuentra sometida a este mismo tipo de reglas de validez concepto y eficacia, pues representa la piedra angular del ordenamiento y el punto de origen desde el cual, se atribuye la facultad de interpretación y aplicación de todas las demás y cuyo método de identificación es el llamado supremo, según el cual, debe identificarse por referencia el reconocimiento y pertenencia de las reglas de un ordenamiento, dirigiendo inevitablemente todo mandato jurídico a esta regla por analogía lógica y fundamentación. La regla de reconocimiento se caracteriza porque no hace falta un ejercicio de análisis jurídico, control de legalidad que evalúe su validez dentro del sistema jurídico, sino que la misma, se presume admitida, adecuada e irrefutable, y proporciona la referencia para abordar la validez de las demás reglas constituidas en el ordenamiento.

Hart se refiere a las calidades morales que rigen un ordenamiento jurídico y la subjetividad de su percepción como parte de la carga motivacional tanto de la constitución de leyes, como de su aplicación y obediencia por parte de los ciudadanos con base en su percepción de que las

mismas son justas. Al respecto, aboga por aplicar un análisis de la norma en términos de equidad abordándolo a partir de los conceptos de distribución, según la cual se aplican las normas en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos y el concepto de compensación, respecto a quien demanda una remuneración por los daños ocasionados, y que en la medida en que se logre satisfacer, habrá de generalizar la percepción de equidad de la norma y por tanto, de justicia. Propone entonces fórmulas de análisis del concepto moral como la inmunidad al cambio deliberado, que no puede crearse por vía legislativa, sino que en aplicación de las normas se pueden decretar o derogar comportamientos morales, y da paso a la costumbre que de la práctica jurídica continuada se deviene. Plantea el carácter voluntario de las transgresiones morales como un requisito para la imposición de una sanción a quien quebrante voluntariamente un principio moralmente constituido dentro de la sociedad, es decir, la necesidad de demostrar que se vulneró con negligencia y falta de apego un principio moral, para cometer una conducta, que, en un momento, estuvo bajo control y voluntad del individuo.

Frente a lo anterior, Dworkin (2014) señala que los principios determinan la conducta del Juez, mucho más que las normas, las cuales se tienen que interpretar u aplicar una vez han pasado por el tamiz de sus propios principios o sistema de valores. El sistema de normas existe, pero no actúa ni se ejecuta al margen del intérprete ni al margen de sus principios y sistema valorativo. Los jueces cambian normas e introducen nuevas normas (sentido fuerte de la discrecionalidad), lo que indicará que el sistema de reglas que es el concepto de derecho se sostiene tanto en la costumbre como el sistema de creencias del Juez; ese cambio siempre se da dentro de un sistema normativo.

Dworkin (2012) afirma explícitamente que los jueces no deben ver expresadas sus propias convicciones en las cláusulas de la Constitución, ni tampoco deben leer dichas cláusulas como si ellas expresaran un juicio moral particular, salvo que consideren que es coherente, en principio, con el diseño estructural de la Carta, así como también con la sucesión de interpretaciones constitucionales adoptadas por los jueces en el pasado.

Al respecto, Ferrajoli (2011) explica que la superación de las aporías procedimentales de la democracia exige un papel activo del Juez a partir de la redefinición de la democracia desde la noción de soberanía popular que postula que existe opresión donde cualquier elemento o miembro del cuerpo social es oprimido. La democracia constitucional es la respuesta y la garante para nulificar la opresión, pues ella incluye la democracia formal y sustancial que

garantiza la realización de la autonomía formal y de los derechos fundamentales como su sustancia. El fundamento de la teoría jurídica de la democracia constitucional es la “validez de las normas”, en particular de las garantías jurídicas. La democracia jurídica se soporta en los derechos primarios, humanos y públicos, cuya finalidad es su propia satisfacción, esto es, derechos finales; y los derechos secundarios o de autonomía, consistentes en derechos-poder, esto es derechos instrumentales. A su vez, la democracia política se funda en el ejercicio de los derechos políticos y la democracia civil que se funda en el ejercicio de los derechos civiles. Por su parte, la democracia sustancial, distingue la democracia liberal, soportada en el respeto de los derechos individuales de libertad y autonomía, de la democracia social soportada en la realización de los derechos sociales.

La mayor conflictividad se encuentra entre la tensión dada entre los derechos políticos y los derechos civiles (Estado vs. mercado), y entre los derechos individuales y los derechos sociales. El tránsito de la democracia política a la teoría jurídica de la democracia es la teoría constitucional de los límites y los vínculos jurídicos internos impuestos a cualquier otro poder normativo por los derechos constitucionalmente establecidos lo cual es otra forma de definir la prevalencia de las normas constitucionales en un Estado de Derecho. La universalidad del principio de igualdad y de los derechos fundamentales son la única salvaguarda, protección y tutela del pluralismo cultural y serán más eficaces cuanto mejor estén constitucionalizados.

Siguiendo a Ferrajoli (2001), toda conquista de derechos fundamentales es el fruto de luchas colectivas que ponen fin al sentido de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión y generan con ello cohesión, solidaridad e identidad común entre cuantos se animan con su reivindicación, siendo los derechos del trabajo y la seguridad social su ejemplo más histriónico cuya incorporación en la vida civil y política claramente no ha sido pacífica.

Los derechos fundamentales deben ser garantía de desarrollo social, y ante la existencia de conflictos puestos en conocimiento del Juez derivados de intentos de mercantilizar el trabajo o poner precio a cualquiera de los derechos en la democracia constitucional, exige que los derechos fundamentales se resuelvan entre la discrecionalidad y su jerarquización circunstancial y casuística. Esas garantías de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos solo tienen posibilidad de emanciparse del papel y constituirse en garantías reales a través del activismo judicial.

Retomando a Dworkin (1997) en *los derechos en serio*, se representa la actividad judicial como una fuente de creación y aplicación de principios jurídicos de manera que exista dentro del mismo modelo, la posibilidad de adaptarlos a la realidad de cada sociedad conforme a la implementación del precedente judicial en un sentido liberal de la actividad judicial, por lo que ningún objetivo social puede ser justificado si en su búsqueda se vulneran derechos fundamentales.

El jurista se enfrenta diariamente a problemas de conceptualización, interpretación y argumentación técnica de conceptos jurídicos, que generalmente son abordados a través del estudio de la jurisprudencia analítica como método de estudio que profundiza en el sentido moral de las definiciones contenido en las decisiones de los tribunales, el cual puede ser atribuido por parte del fallador con base en sus preceptos morales, lo que ha generado un amplio desinterés en los últimos tiempos por conceptualizar los aspectos más simples y comunes de la filosofía del derecho, por cuanto se estima que son conceptos dispares y cuya interpretación por parte de los juristas no afecta en sentido estricto las decisiones finalmente concebidas en la práctica judicial. La cuestión radica en saber que tan implicadas se encuentran las convicciones morales e ideológicas del Juez en la decisión final de un proceso por lo que hace falta un análisis interdisciplinario del derecho, partiendo de definiciones morales, políticas y jurídicas para atribuir una aplicación socialmente aceptable de la normativa jurídica.

Dworkin establece entonces un enfoque en cuanto a las libertades doctrinarias que deben tener en cuenta los jueces en el momento de fallar, así como la responsabilidad que esta labor acarrea, por lo que la concepción de principios jurídicos a partir de su aplicación en la jurisprudencia puede verse como una fuente de derecho consagrada según el sistema jurídico que la adopta y es a través de la jurisprudencia que estas prerrogativas quedan plasmadas y son de obligatorio análisis para los casos posteriores, en especial, aquellos que presentan un conflicto irreconciliable, o *casos difíciles*.

Al referirse al modelo de las normas, Dworkin crítica al positivismo jurídico por su limitada percepción de la labor judicial, por cuanto se presenta a los jueces como auténticos operadores jurídicos cuya responsabilidad no se extiende más allá de la aplicación de las normas jurídicas y la regla de reconocimiento presentada por Hart, para dar solución a casos complejos. Propone entonces la teoría de la interpretación jurídica con la prevalencia de los principios por encima de las normas en el ámbito de la argumentación jurídica, que las decisiones judiciales no se

basan únicamente en principios, sino que estos influyen en el criterio del juez para aplicar la norma a través de un proceso de reflexión en un sentido o en otro.

Así las cosas, se plantea la posibilidad de análisis de los casos difíciles como la existencia de lagunas normativas que se presentan para la decisión de un proceso sin antecedentes judiciales y del cual no hay una regulación establecida, acudiendo a la discrecionalidad del juez para decidir conforme a los principios generales del derecho y a los derechos y obligaciones ostentadas por las partes en ese momento. De esta manera, en el evento de conflicto entre dos normas jurídicas preestablecidas se plantea una oportunidad de unificación de criterios más que de choque entre el ordenamiento jurídico, a partir del análisis conjunto de las diferentes posturas y de los hechos que coinciden en el proceso.

Se plantean entonces dos conceptos vitales en la concepción y análisis de los sistemas jurídicos y la aplicación de las normas dentro de los mismos, el primero, los Principios, concebidos como pautas de justicia y autodeterminación jurídica de una sociedad, los cuales determinan la validez de una norma en el tiempo y su interpretación en casos de conflicto entre derechos para la adecuación misma de las decisiones judiciales conforme a un mismo criterio, lo que desemboca en el segundo concepto a incluir en el sistema, que son las directrices políticas como fines preestablecidos en la sociedad y de las cuales se plantea su búsqueda y correcta ejecución en cada proceso judicial.

Esa dualidad en la clasificación de los derechos se traduce también en una dualidad en la concepción sobre el ejercicio de la jurisdicción en el Estado de Derecho, que Bayón (1996) aborda a partir de la noción de "*activismo judicial*" y la percepción que se tenga de esta figura dentro de cada sistema. En la primera, se trata de evitar la atribución de los jueces de intervenir y ejercer sus funciones más allá de la jurisdicción conferida, por el presunto hecho de adoptar posturas políticas o legislativas ajenas a su actuar, aplicando juicios de valor propios. La segunda noción considera al juez un garante de los derechos de los ciudadanos frente a cualquier ejercicio del poder público, incluso si el mismo proviene de entidades de gobierno ajenos a la rama judicial, por lo que su intervención sería necesaria, constituyendo al activismo judicial como una herramienta propia de la democracia representativa que funciona y opera aún sobre las demás ramas del poder público. Si se parte de una definición clásica del Estado de Derecho como aquel que basa su institucionalidad en el imperio de la ley y la necesidad de ésta para delimitar el alcance de los derechos de los ciudadanos y las facultades de las

autoridades, las leyes deben ser lo más claras y precisas posibles a fin de que no haya un campo muy amplio de interpretación para el Juez en ejercicio de la jurisdicción, evitando su intervención subjetiva.

Pero Zagrebelski (1995) va mucho más allá, al indicar que el positivismo jurídico es inadecuado para dar cuenta del Estado constitucional contemporáneo, principalmente porque deriva la identificación del derecho con la ley, que implica que los derechos subjetivos sólo pueden encontrar reconocimiento en la ley y por tanto tales derechos pueden ser protegidos por la ley, pero no contra la ley ; y por la reducción de la justicia a la ley que implica que la ley no podrá ser injusta en ningún caso.

Sobre este asunto, García de Enterría (1985) señala que la Constitución es de aplicación directa como norma de decisión de cualquier clase de proceso, cuando ha derogado a las leyes anteriores contrarias a sus regulaciones y se ha convertido en una regla de aplicación directa y primaria. En estos casos el juez ordinario está obligado a aplicar directamente el precepto constitucional, sin necesidad de que el tribunal constitucional declare previamente inconstitucionales las leyes en contradicción con dicho precepto, lo cual se puede dar en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, la aplicación directa de la parte orgánica y habilitante de los poderes constitucionales, materia en la que tradicionalmente se ha reconocido valor normativo directo a la Constitución y por último, aquellas materias de contenido no directamente político reguladas por leyes anteriores a la Constitución que estén en contradicción con ésta, caso en el cual requiere precisar el alcance de la cláusula derogatoria de la Constitución.

A su vez, para el enfoque de la interpretación evolutiva o progresista, se debe aplicar la *Constitución viviente*, construida en cada momento, con base al texto normativo, integrado por sus contextos sociales, conteniendo los intereses del *status quo* presente al momento de su promulgación y así mismo las metas sociopolíticas del momento, lo que se lograría a través de las normas de finalidad que debe contener la Constitución, siendo un instrumento cuya flexibilidad y generalidad le permiten adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, por lo cual debe interpretarse teniendo en cuenta, no solamente las condiciones sociales, económicas y políticas al momento de su sanción, sino también las mismas condiciones que existen al tiempo de su aplicación, como consecuencia de la evolución, transformación y el progreso de la sociedad, de manera que, además de la cualidad de permanencia de la Constitución, ésta debe ser flexible (Wolfe, 1991).

La ductilidad del derecho se puede ver también a nivel constitucional a través del bloque de constitucionalidad que le permite a la constitución ser más dinámica, convirtiéndose entonces en documentos vivos, adaptándose a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia. Hacen parte del bloque en sentido estricto el preámbulo, el articulado constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, incluyendo específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Uprimny (2005) también agrega las leyes estatutarias y las leyes orgánicas, en lo pertinente.

En Colombia ha tenido especial desarrollo la doctrina del derecho vivo mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cual subraya la importancia de la doctrina probable definida por la jurisdicción ordinaria insistiendo en hallar la interpretación judicial efectiva que de la norma ha hecho el juez o la administración por encima de otras posibles interpretaciones de la norma acusada, con lo cual, analiza López (2000) se evitan dos males: por un lado que la Corte se pronuncie sobre el significado meramente hipotético que la interpretación judicial o administrativa no le ha dado a la norma; por otro, permitir que la Corte controle y las interpretaciones que efectivas que del texto de la norma hacen sus organismos de aplicación. De esta manera la Corte ha buscado evitar el fenómeno de vaciamiento constitucional en los casos en los que la ley textualmente no contraria la Constitución, pero no así el derecho vivo.

De esta manera ha considerado la Corte Constitucional (C-371,1994) que el juicio de constitucionalidad requiere de una debida y cabal interpretación tanto de la preceptiva constitucional concernida, como de la norma que con ella se confronta indicando que el intérprete no puede hacer decir a las normas lo que no dicen, menos todavía si ello conduce a la declaración de inconstitucionalidad del precepto, pues, guardadas proporciones, ello sería tan grave como condenar a una persona por un delito en el cual no incurrió, debido a una errónea identificación de la conducta real del sujeto con el tipo penal correspondiente, así como

las normas de la ley deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convenga a los mandatos constitucionales.

Igualmente, en Sentencia C-557 de 2001 precisó que el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla pues el cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético, pues de lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocho el control, o por el contrario al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones.

En ese sentido ha señalado la Corte Constitucional que para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada, sino que se deben ciertos requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, como son 1) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme 2) debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y 3) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

Por todo lo anterior, se hace entonces necesaria la motivación de las providencias dentro del proceso y propender por aplicar la ley de la manera más exegética para ejercer en la menor medida posible, su propia interpretación de la norma. En ese sentido, Calamandrei (2006) describe que hay ciertas épocas en que los jueces prefieren las cuestiones difíciles, y cuantas más veces plantee una causa, tanto más la prefieren, teniendo – como las anguilas – instintos a merced de las estaciones prefiriendo normalmente el agua dulce de las causas estancadas. No obstante, la atribución semántica de probabilidades y repercusiones de los términos contenidos en la ley habrán de delimitar el actuar del Juez frente a los casos que son de su conocimiento e inevitablemente surgirán casos en los cuales el Juez debe hacer uso de un

margen de interpretación cognoscitiva de los hechos y la norma a aplicar, por lo que los sistemas jurídicos actuales no se construyen única y exclusivamente a partir de apartados normativos, sino que tienen múltiples fuentes y mecanismos que requieren de una intervención activa del Juez para solucionar los casos que se le presenten, por lo que, pese a estar sometidos a sistemas basados en el imperio de la ley, ha de tenerse en cuenta que son los seres humanos quienes estipulan la ley por las cuales habrán de ser regidos y el método de aplicación e interpretación de la misma, acudiendo a herramientas como la costumbre, los principios, la jurisprudencia y en este caso, al llamado activismo judicial.

Sobre este punto, García Amado (2004) señala que la actividad de la interpretación se basa en explicar, aclarar o precisar el contenido, así como establecer el concreto y preciso sentido de *algo*. La actividad interpretativa esta revestida de caracteres distintos propugnando concepciones, métodos y modos de proceder, con el fin de averiguar el sentido o contenido correcto o verdadero de tales normas. Aunado a ello, en el mejor de los casos, cada norma nace de la necesidad, sentida por el legislador, de solucionar un problema, el eje central de la interpretación pasa a ser el fin de la norma que puede ser temporal y el intérprete debe comenzar por hallar cual es para que siga como medio de consecución de dicha finalidad. Es por anterior que se da cabida a la jurisprudencia en dos sentidos, el primero a jurisprudencia de intereses, la cual asume que toda norma está al servicio de un fin, dado en un conflicto de intereses contrapuestos, el proceder del legislador es optar por cada uno de esos intereses. Por otra parte, la jurisprudencia de valoraciones asume que toda norma responde a un fin y ese fin es siempre dirimir un conflicto de intereses estableciendo una preferencia de ellos y llevado a cabo por un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia de valores desdobra el ordenamiento jurídico en un conjunto de enunciados legales dividido en un sistema jurídico superficial y un sistema jurídico profundo que a su vez están conectadas con las teorías de la interpretación no excluyentes entre sí.

Así, las teorías modernas de la interpretación constitucional, se plantean un esfuerzo por lograr la coexistencia plural de principios, lo cual es una negación al absolutismo, y por ende a la tiranía de cualquier valor. La idea central de esta forma de argumentación es admitir la existencia de conflictos entre distintos derechos y principios constitucionales, sin que esas oposiciones lleven a anular, a nivel abstracto, algunos de los derechos o de los principios, puesto que todos siguen siendo válidos e importantes para la preservación de la democracia y la protección de la dignidad humana, por lo cual el contenido esencial de los derechos concurrentes debe ser protegido. En ese sentido el Juez debe entonces intentar resolver el

caso, satisfaciendo las exigencias normativas derivadas de los derechos en conflicto, en virtud del principio de armonización concreta o concordancia práctica, pero si ello no es posible, debe establecer, teniendo en cuenta las características del caso concreto, cuál derecho tiene precedencia sobre los otros, por lo que la decisión con base en uno de los principios no depende de su primacía en todos los eventos de conflicto, sino de su mayor peso relativo en el caso concreto. (Uprimny, 2005)

Se trata entonces de encontrar un equilibrio adecuado en el alcance de los poderes del Juez. Al respecto, Almonacid señala que *“tan dañino es el positivismo ingenuo que niega las restricciones del sistema normativo como el utópico y exacerbado neoiusnaturalismo antiformalista que tácita e inconscientemente está dispuesto a canjear una mínima seguridad jurídica por las imprevisibles consecuencias de las promesas del relativismo moral de los jueces y demás aplicadores del derecho. Peligroso es el candor de la creencia de que el juez inanimado del positivismo legislativo decimonónico es capaz de encontrar siempre la norma aplicable y la respuesta correcta. Pero igual de arriesgada es la cándida convicción de que, sin libertad para crear derecho retroactivamente, pero aprisionado y determinado por los principios, el omnisciente juez-Hércules del vanguardismo teórico norteamericano del siglo XX está debidamente legitimado, autorizado y hasta obligado a construir teorías que demuestren una decisión consistente con la teoría creada.”* (2018, p. 20)

Corresponde al juez analizar el alcance de las normas relevantes que sirven de base a su argumentación, con el fin de alcanzar una decisión que sea adecuada a las normas, pero también al caso específico, en la búsqueda de un equilibrio entre el sentido de las normas y la justicia en el caso concreto.

Sobre los derechos fundamentales, Alexy (1993) señala la existencia de diversas teorías, las cuales de forma independiente difícilmente pueden hacer entender su concepto, naturaleza, contenido y estructura, sin embargo, integradas pueden alcanzar el fin de una teoría estructural. En ese marco, el Juez debe responder a la pregunta ¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales?; y en desarrollo de la jurisprudencia debe dar solución desde la dimensión analítica del razonamiento sistemático conceptual, la dimensión empírica de la praxis judicial y la dimensión normativa. Los derechos fundamentales se introducen al derecho positivo, para otorgarle a los derechos humanos una dimensión positiva, surgiendo el problema interpretativo

acerca, no del contenido *prima facie*, sino del contenido definitivo del derecho en un caso concreto.

De esta manera, los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos porque, son esencialmente posiciones jurídicas establecidas en una norma jurídica que incorporan obligaciones o deberes jurídicos, y son derechos de especial calibre, rango y relevancia, en la medida en que consisten en posiciones jurídicas fundamentales dotadas de razones válidas, suficientes y cuyo reconocimiento injustificado ocasiona un daño real al titular del mismo. Pero ante todo, y por ello derechos fundamentales son derechos subjetivos con el grado de relevancia más alto que existe pues su desconocimiento o violación lesionan gravemente la dignidad humana que es el centro y la raíz del Estado y de la misma función de la Sociedad y de la Administración pública, y lo que los que distingue de otros derechos fundamentales es que requieren acciones fácticas de la iniciativa social o del Estado, es decir, son derechos fundamentales de prestación en sentido estricto. Pueden estar explícitamente establecidos en disposiciones de derechos fundamentales o pueden adscribirse a una posición de derecho fundamental, que puedan derivarse de obligaciones jurídicas constitucionales indirectas y que, por lo menos uno de esos derechos pueda justificarse correctamente en el plano constitucional, que alcanzan su estatuto jurídico constitucional en conexión con otras normas jurídicas y se basan en normas cuyas condiciones de aplicación no se encuentran en una sola norma fundamental, sino que se construyen a partir del texto constitucional entendido como un todo coherente a partir de una interpretación sistemática (Arango, 2005).

La ponderación implica la existencia de una colisión de principios que puede solucionarse mediante la relación de precedencia entre uno y otro y según la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, con lo cual se busca que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas preexistentes. A su vez la ponderación también se puede entender como una especie de técnica argumentación a la cual se recurre cuando no es posible solucionar un caso a partir de las reglas de la subsunción. (Alexy, 2002).

El ejercicio de la ponderación está compuesto de tres aspectos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación indicada en el párrafo anterior implica que la relación de restricción protección de un principio es inversamente

proporcional pues cuanto mayor sea la protección de un principio, el principio conflicto protegido debe ser más importante.

En segundo lugar, la fórmula del peso que constituye la aplicación práctica que permite apreciar la forma en que opera la ley de la ponderación mediante la utilización de tres variables: el grado de afectación en principio frente a otro, la importancia de protección de un principio con respecto a otro y si la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación del otro.

El grado de afectación de los principios puede establecerse a través de una escala triádica en la que afectación puede ser leve, media o intensa. A su vez el peso abstracto indica que si bien los principios pueden tener un mismo peso dada la jerarquía que pueden ostentar dentro del ordenamiento jurídico, puede suceder que en este acto y ante un determinado caso uno de ellos puede tener una mayor importancia, de conformidad con los valores que posea una sociedad. Y respecto a la seguridad de las apreciaciones empíricas, ésta se relaciona con el grado de certeza de que, si no se protegen más un principio que el otro, no podrá satisfacerse ninguno de los dos adecuadamente. (Alexy, 2007)

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es el de las cargas de la argumentación que operan cuando por alguna razón sea un empate entre los principios sometidos a la fórmula del peso, casera igual empate se puede resolver a favor de los principios que mejor garanticen la igualdad y la seguridad jurídica y en segundo lugar a favor del legislador en aquellos casos en los cuales enjuicia un principio consagrado en una ley frente a un principio constitucional. En ese sentido se observa que la ponderación no es un procedimiento que conduzca a la objetividad o certeza de única respuesta que un caso difícil ofrecerá colisión de principios pues como es evidente comporta un alto grado discreción en el que el juzgador puede aplicar tanto sus propios criterios sobre la prevalencia de principio sobre otro como sus posturas ideológicas. No obstante, su utilidad es palpable en cuanto a dedicar un marco en el que es posible establecer el espacio sobre cuáles iba mover la subjetividad siendo un instrumento valioso para argumentar las decisiones judiciales reduciendo los costos de transacción para los interesados en tales decisiones puesto que brinda cierta predictibilidad que las valoraciones que pueda hacerse al momento decidir el caso (Medellín, 2013)

Para Luis Prieto Sanchís la ponderación es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. (Sanchís., 2002, P.

212) Así mismo, indica que "...Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor Sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor (Sanchís, 2002- Pag. 212)".

Este autor explica que se pondera cuando hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, derivado de normas que suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión.

En el ámbito jurídico, no implica necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; por el contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. Agrega: —*donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues, de otro modo, no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor*" (Prieto, p. 128-129)

Vigo (2000), explica que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de Derecho comparado se han reconocido diferentes teorías para la solución de las colisiones de principios constitucionales, entre ellas la teoría del balanceo o de la ponderación la cual consiste en que, en lugar de la referida "jerarquización" apriorística, se confía en el juicio, para que resuelva en cada caso cuál es el peso, importancia o prevalecencia que cabe reconocer a los principios o derechos a ser tenidos en cuenta para la solución del mismo.

Esta técnica del balanceo (*balancing test*) o de la ponderación de bienes (*Güterabwägung*) se apoya en la capacidad del jurista que ha asumido la resolución del agravio para que, sobre la base de las peculiares y concretas circunstancias del problema, establezca una cierta preferencia o desplazamiento de alguno de los principios en juego. La idea central de este punto de vista es que no hay orden ni tabla ni categorías diferenciadas entre los derechos o los principios, sino que, por el contrario, todos ellos valen igual, por lo que el intérprete tiene el deber de intentar la conciliación o armonización, sin perjuicio de escoger uno de ellos en razón de las exigencias y modalidades que ofrece el caso que resuelven por la Sentencia o la norma que dictan.

Por su parte, Estrada (2010) señala que la ponderación se puede describir, en términos generales, como un procedimiento dirigido a determinar, en caso de conflicto entre principios o entre derechos fundamentales, y dadas unas circunstancias específicas, el mayor peso de un principio frente a otro, esto es, las condiciones de precedencia que permiten hablar de la mayor jerarquía dinámica (en el sentido de que es sólo un estudio a partir de casos o problemas jurídicos concretos) de un principio sobre otro. (p. 8)

Este autor considera la ponderación como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental. Es (o trata de ser) un medio de concreción o demostración de la razonabilidad de una interpretación y de confrontación entre medios y fines que se desarrolla a través de tres pasos: (Estrada, 2010, p. 8)

- 1) Adecuación: busca definir todos los medios que resulten aptos o idóneos para la promoción o protección del derecho.
- 2) Necesidad: busca definir, entre los medios adecuados, el que mejor proteja el fin que se busca promover.
- 3) Proporcionalidad en sentido estricto. busca determinar que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico (Estrada, 2010, p. 8)

Estos pasos también son considerados en el derecho constitucional alemán, ya que la ponderación es una parte que exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. (Alexy, p. 75)

Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto más sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. (Alexy, p. 6)

Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb.

Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. (Alexy, p. 6)

La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. (Alexy, p. 6)

La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla denominada “ley de ponderación”, la cual señala:

Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar.

En este mismo sentido, establece que en observancia de unos sub-principios que conlleva la ponderación misma: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La “idoneidad”, toda vez que un principio no debe sacrificarse si dicho sacrificio no es idóneo para el fin que persigue y la “necesidad” o “certeza” de que no existen otros mecanismos menos costosos para el principio o derecho que se decide restringir o afectar y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (Charria. 2013, p. 2)

“Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del *óptimo* de Pareto” (Pareto. 1848-1923). Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas” (Alexy y Bernal. 2008. p.5).

La ley de ponderación establece que ésta puede descomponerse en tres pasos:

1. Debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio
2. La comprobación de la importancia de la realización del principio contrario.

3. Debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.

Ahora bien, la ponderación ha sido caracterizada por ser un método encaminado a la aplicación de los principios -entendidos como normas- cuya estructura contiene mandatos de optimización. Es por ello que cuando el juez se encuentra frente a un caso en el cual las posibilidades jurídicas se encuentran limitadas, por la aplicación de normas que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy. 1997. P 86-87), debe este realizar un juicio de ponderación que “si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones” (Bernal. 2003. p. 225-238).

Si bien este concepto se rige por cierta estructura y reglas lógicas, que permiten una aplicación a lo menos racional, la subjetividad del juez siempre está presente en su recorrido argumentativo, de tal modo que tanto el grado de afectación de los principios, como su peso abstracto y la proporcionalidad en sentido estricto, a través de la argumentación del caso concreto, hacen parte de lo que es en sí la propia subjetividad del juzgador. (Charria. 2013. P.2)

Como se observa, lo anterior comprende un ejercicio mental por parte del juez para instituir entre los dos principios en conflicto lo que la doctrina ha denominado una “jerarquía axiológica móvil”, en la que de una parte, exista una jerarquía axiológica como una relación de valor realizada por el intérprete, a través de un juicio de valor subjetivo, prevaleciendo el principio de mayor valor axiológico (lo cual no significa que se invalide o abrogue el otro principio, sino que se deja de lado para el caso particular), y de otra, la jerarquía móvil que representa el valor mutable que es pertinente para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso diverso. (Charria. 2013. P.2)

En efecto, cuando aparecen conflictos de principios, en numerosas ocasiones se deben a conflictos de reglas que están impregnadas de principios y, por tanto, al ser excluyentes, el juez sacrifica una en beneficio de la otra, teniendo siempre en cuenta que a veces las reglas también son excluyentes, en la medida en que desarrollan principios que se contradicen en un caso concreto.

En conclusión, el conflicto de principios y su correspondiente ponderación se presenta en dos casos:

- a) Cuando el legislador, al momento de desarrollar legalmente un principio se ve en la necesidad de sacrificar en mayor o menor medida ese u otro principio...y
- b) Cuando el juez al fallar un caso concreto, se encuentra frente a todas las normas constitucionales que sin embargo no se pueden aplicar al mismo tiempo porque contienen principios contradictorios, debiendo el juez sacrificar una de las dos en favor de la otra” (Tamayo.2011, p. 1060)

La primera, la “ley de la ponderación”, ha sido formulada de la siguiente manera: “La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro” (Alexy. p.149).

La aplicación de dicha ley exige un despliegue de razonamientos por parte del juzgador en los cuales en primer lugar se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los dos principios, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y la definición final en la que se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica o no la afectación del otro.

Para Charria (2013), se tiene que, tanto la “no satisfacción” y la “afectación o intervención”, conforman un doble concepto objeto de valoración a través del segundo elemento estructural constituido por la fórmula del peso: esta fórmula establece que el peso concreto de un principio en relación a otro, frente a determinado caso específico, proviene del cociente entre los productos del peso abstracto de cada principio y “la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia”, lo cual determina si la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Lo anterior, a través de la atribución metafórica de un valor numérico a dichas variables por medio de la llamada escala triádica, que dividirá el peso concreto en leve, medio o intenso, y las apreciaciones empíricas en seguro, plausible y evidentemente falso.

Para cerrar la estructura de la ponderación, se cuenta con la carga de la argumentación, que se presenta en el caso en el que la aplicación de la fórmula del peso da como resultado que el

peso concreto de los principios en colisión es idéntico, caso en cual debe descartarse cualquier principio opuesto a la libertad jurídica y a la igualdad jurídica. (Charria.2013. p.99).

Por su parte, Robert Alexy en el epílogo a su Teoría de los derechos fundamentales, consideró que cuando se presenta esta situación, la decisión tomada se entiende como no desproporcionada por encontrarse en el margen de acción que la Constitución misma prevé para el legislador. Es de vital importancia destacar que la operación argumentativa efectuada, a través de la estructura de la ponderación, comprende una doble discrecionalidad, en tanto que instituye un valor jerárquico a los principios en conflicto y cambia su valor relativo de acuerdo con el caso concreto. No obstante, se presentan tres problemas a resolver en cuanto a la estructura, la racionalidad y la legitimidad. De su legitimidad, depende su racionalidad y cuanto más racional, se torna más legítima; todo lo anterior, seguido de una estructura fundamental para su racionalidad. (Charria.2013. p.99).

Siendo innegables los márgenes de discrecionalidad y subjetividad que comporta el juicio de ponderación, puede concluirse que el establecimiento de la jerarquía axiológica móvil descansa -de manera insalvable- en un juicio de valor:

“Es una operación que se pretende controlable y ajustada a ciertos cánones, pero es una operación que, quizás en su parte esencial, se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo. La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decide que el sacrificio circunstancial de uno de ellos “merece la pena” desde la perspectiva de la satisfacción pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que -aunque no se quiera- pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto” (Alexy, Bernal y Prieto. p.113). (Charria.2013. p.99).

Ahora bien, tal como lo señala Charria (2013) la metodología de la ponderación en América Latina, ha atravesado por un amplio proceso de democratización que trajo consigo cambios trascendentales de índole constitucional en el último siglo, sigue la tendencia a contener amplios catálogos de derechos fundamentales, principios y valores en sus constituciones. Pese a que la región se encuentra fuertemente influenciada por el constitucionalismo europeo, el proceso de implantación de las ideas liberales y sus rasgos característicos han llevado a numerosos

autores a referirse a un “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Rolla. 2005) en razón a las particularidades de su establecimiento. (Charria.2013. p.100).

Esto ha sucedido con las tesis alemanas de la ponderación, las que -en la actualidad- no se consideran para nada lejanas a los sistemas constitucionales latinoamericanos. “De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos” (Alexy, Bernal y Prieto. p.113).

Para Charria (2013), como consecuencia de la implantación de este modelo constitucional en la región, los jueces constitucionales y los demás administradores de justicia han tenido que cambiar su perspectiva funcional, encaminándola hacia parámetros interpretativos nuevos que los llevan a operaciones de razonamiento más complejo, en las que las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, hacen cada vez más frecuente el uso jurisprudencial de conceptos de aplicación constitucional como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, y la proyección horizontal de los derechos fundamentales (*drittwirkung*). (Charria.2013. p.100).

Por ejemplo, la jurisprudencia de Perú a través del Tribunal Constitucional, en materia laboral ha asumido desde su Sentencia 045-2004-AI que el principio de proporcionalidad en sentido estricto se reduce a la denominada “ley de la ponderación” alexiana. Dicha providencia se trata de un estudio de constitucionalidad frente a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público. En tal sentido, se conceptuó a través del fallo en mención que, en sede de igualdad de oportunidades, para “el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad”. Lo anterior evidencia su forma de aplicación, que para el Tribunal Constitucional peruano comporta la siguiente secuencia lógica: (Charria.2013. p.100).

“Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad – el trato diferenciado– no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado –la intervención– fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio,

corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.

En el caso chileno, se ha expandido el uso de este juicio en materia laboral desde el año 2006, año en el que fue instituido el procedimiento de tutela laboral con el fin de proteger los derechos fundamentales del trabajador. Un ejemplo de su aplicación lo constituye el caso del acceso indebido al correo electrónico del trabajador por parte del empleador. Cabe resaltar que, frente al tema, ya se habían resuelto casos por parte de la Dirección de Trabajo chilena. Sin embargo, en la Sentencia del Juzgado del Trabajo de Copiapó de 15 de septiembre de 2008, R.U.C. 08-4-0001305-6/ R.I.T. T-1-2008, confirmada por C.S. Rol 52- 2009, se hace una completa aplicación del principio de proporcionalidad, lo que evidencia de manera consistente, dentro de la jurisprudencia chilena, una aplicación de las reglas, o alguna de las reglas de la proporcionalidad: (i) adecuación, (ii) idoneidad y (iii) ponderación. En dicha providencia se considera que: (Charria.2013. p.101).

“En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales. Esta ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, opera a través de tres sub juicios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto”.

Por su parte, la Corte Constitucional de Ecuador desde sus inicios buscó introducir la ponderación en sus decisiones, fue así que en Sentencia N.- 002-09-SAN-CC de 8 de marzo de 2009, la Juez Constitucional Sustanciadora Ruth Seni Pnioargote, luego de un amplio recuento doctrinario acerca de la ponderación intenta aplicarla a través de la estructura planteada por Alexy, estableciendo el alto tribunal ecuatoriano que para la solución del caso “compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto”. Dicha providencia trata el tema de la

restricción a la importación libre de impuestos de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada. (Charria.2013. p.102).

La jurisprudencia mexicana, a través del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y su jurisprudencia 130/2007, establece con pleno carácter vinculante para todos los jueces y tribunales de la federación la obligación de la observancia de dicho principio, fundamentado en el artículo 16 de la Constitución: (Charria.2013. p.102).

Por su parte, en Brasil los tribunales en cuanto a la aplicación de la ponderación reconocen que “la Constitución federal no lo reconoce expresamente, pero en la doctrina se entiende que “o bien es una norma constitucional no escrita inherente al aparato jurídico del Estado democrático de derecho” o bien deriva de otros principios, como el del debido proceso legal o el de igualdad” (Arnold. 2012. 65-116). (Charria.2013. p.102).

La Corte Constitucional Colombiana desde su creación con la Constitución Política de 1991, ha entendido el método de la ponderación como un principio constitucional. Así lo manifiesta en las Sentencias T- 426 de 1992 y T-047 de 1995: “El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio”.

Frente al principio de ponderación la Corte Constitucional en Sentencia T-425 de 1995 señala: *En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la autocontención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.*

Ahora bien, respecto a la ponderación de derechos fundamentales la Corte en Sentencia T-027 de 2018 señaló:

Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la ponderación para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales. Esta metodología debe ser utilizada por el juez constitucional para resolver casos relacionados con la faceta prestacional de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad. También para estos casos, la ponderación se ofrece como un criterio metodológico racional que permite analizar la relación entre las libertades fundamentales y sus posibles limitaciones. (Sentencia T-027 de 2018)

Analizar la faceta prestacional de los derechos, por lo general, implica la existencia de una posición jurídica, en la que el titular del derecho exige que el obligado realice una determinada acción, a efectos de alcanzar un determinado nivel de satisfacción del derecho (*nivel de satisfacción pretendido*). En estos términos, la ponderación no se puede estudiar, simplemente, como una colisión de derechos, sino que implica que el juez constitucional deba ponderar entre distintos *niveles razonables de satisfacción de los derechos*. (Sentencia T-027 de 2018)

Ahora bien, al ponderar la faceta prestacional de los derechos fundamentales, el juez debe realizar una interpretación de la Constitución de manera sistemática y armónica, la cual debe atender a las características propias del Estado social de derecho. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las autoridades tienen el deber de “*esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance*”. Asimismo, ha reconocido que “*primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo*”. (Sentencia T-027 de 2018)

En tales términos, la finalidad que persigue la aplicación de la ponderación a la faceta prestacional de los derechos fundamentales consiste en determinar cuál debe ser el nivel razonable de satisfacción del derecho, el cual corresponde al contenido razonable atribuible al mismo. Este puede coincidir, o no, (i) con el nivel de satisfacción pretendido, (ii) con el nivel de satisfacción provisto por el obligado, o, de ser el caso, (iii) un nivel de satisfacción distinto. La conclusión a la que se llegue dependerá de las circunstancias del caso concreto. (Sentencia T-027 de 2018)

De la mano de la ponderación, surgen en la jurisprudencia colombiana ciertos interrogantes que determinan y restringen la aplicación de los derechos constitucionales. El administrador de justicia debe preguntarse: ¿cuál derecho constitucional ha de protegerse?, ¿cómo reprochar a una autoridad por violar la Constitución cuando, precisamente, lo que motiva su acción es garantizar el goce efectivo de la misma, aunque en otro de sus ámbitos de protección? Para Charria (2013) son estos interrogantes los que evidencian que los derechos constitucionales no son absolutos en la medida en que no pueden ser aplicados de forma inconsulta, como si no tuvieran límites, pues la protección y el goce efectivos de un derecho constitucional, puede entrar en conflicto con el ejercicio o con la protección de algún otro derecho o garantía constitucional.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se consideró que el análisis que debe ser realizado por parte del juez de tutela:

“No es de naturaleza legal, ni termina en la verificación de las reglas que en cierta materia haya consagrado el legislador. El poder de éste es constituido, sometido al Estatuto Fundamental del Estado, subalterno, sujeto al examen constitucional; la tarea del fallador, por eso mismo, es lograr la plena efectividad de la Constitución frente a la misma ley y en relación con las acciones u omisiones de las autoridades públicas (no sólo las legislativas sino también las ejecutivas y jurisdiccionales) y, eventualmente, respecto de aquellas provenientes de los particulares que se aparten de la preceptiva suprema o que la desobedezcan o quebranten”.

La misma corporación en Sentencia C-475 de 1997 manifestó:

“En ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales. Para ello, se ha elaborado un arsenal hermenéutico que vincula al funcionario judicial con criterios de decisión como sus propios precedentes, el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, la aplicación del principio de concordancia práctica o armonización concreta, que surgen de las fuentes del derecho y que deben ser expuestos de manera clara en los motivos que fundamentan una determinada decisión judicial”.

La Corte ha explicado que en el caso colombiano opera el juicio integrado de proporcionalidad, el cual comprende dos grandes enfoques para el examen de la razonabilidad de las medidas que limitan derechos fundamentales u otros principios constitucionales: uno de origen europeo, que se desprende del juicio de proporcionalidad, y otro de origen estadounidense, que diferencia distintos niveles de intensidad dependiendo de la materia sometida a control (test de intensidad):

“El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de ‘adecuación’ tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y ‘proporcionalidad en estricto sentido’”.

Por otra parte, conforme lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C- 673 de 2001, se da aplicación a un test estricto de razonabilidad cuando, por ejemplo:

- I. Está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución;
- II. Cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías;
- III. Cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental;
- IV. Cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Considera la Corte Constitucional que, por el contrario, conforme a Robert Alexy que, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

Para Jaime Araújo Rentería, exmagistrado y expresidente de la Corte Constitucional, la técnica apropiada para resolver los conflictos entre principios constitucionales es la ponderación: “La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil” (Araujo. 2006. p.13).

Cabe resaltar que en el caso colombiano la técnica de la ponderación se ha usado en la mayoría de las ramas de derecho, preponderantemente en sede de igualdad. Por ejemplo, la Sentencia 2000-1940 de junio 7 de 2012 de la sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa afirma que se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad.

En esa oportunidad el Consejo de Estado considera que el juicio de imputación de responsabilidad, “obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia con rad. N° 28547 del 8 de abril de 2008 consideró en materia de Seguridad Social, específicamente en relación a la pensión de sobrevivientes que:

“El resultado denegatorio de una pensión de sobrevivientes, perteneciente al mismo, por un faltante de 0.29 centésimas de una cifra, ciertamente que habilitaban al juzgador para ponderar adecuadamente la tensión resultante de la literalidad normativa con la equidad como criterio auxiliar, dentro del marco de la calidad de Estado Social de Derecho insuflado a Colombia por la Carta de 1991. Y esa ponderación se torna imperativa porque, a diferencia de lo expuesto por la censura sobre la presunta actitud del conglomerado social respecto de las previas reglas fijadas para dispensar las prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social Integral, una solución denegatoria, en el caso de la pensión de sobrevivientes, con compañera permanente e hijo involucrados, bajo el adusto y lapidario argumento de la aplicación ad litteram de la preceptiva en cuestión, lo que genera es un sentimiento de reprobación social ante el

despropósito al que se llega, ya que es ostensible la vastísima desproporción entre los perjuicios trascendentes generados para quienes son excluidos de los beneficios del sistema por el írrito guarismo, con los presuntos que recibe el sistema al dispensar la prestación bajo las especialísimas circunstancias del sub lite”.

Un ejemplo claro de la aplicación del test de ponderación puede apreciarse en Sentencia C-022 por medio de la cual la Corte Constitucional estudia la inconstitucionalidad del artículo 40, literal B de la Ley 48 de 1993:

“Artículo 40-. Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos: b. A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en Centros de Educación Superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación”. (Sentencia C-022, 1996).

En dicha Sentencia la Corte Constitucional realiza un estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad tomando como punto de apoyo del mismo el juicio de ponderación entre derechos fundamentales y utilizando la Ley de Ponderación de Alexy al indicar que: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado e indica que:

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, 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), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.(Sentencia C-022 de 1996).

En la providencia la Corte realiza el estudio del derecho fundamental a la Igualdad establecido en el artículo 13 de C.N. según la filosofía de Aristóteles, en la cual la justicia consiste en igualdad y la igualdad para ser justa debe consistir en igualdad para los iguales, mientras que

a su vez la desigualdad será justa para los iguales, de lo cual se puede concluir que se trata de tratar valga la redundancia igual a los iguales y desigual a los desiguales.

La Corte Indica que, en el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es:

1. Adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido;
2. Necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin;
3. Proporcionalizado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

Frente al último punto, ha dicho la Corte en la Sentencia T-422 de 1992:

“Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.” (Sentencia T-422 de 1992)

Finalmente, realiza el examen de proporcionalidad en del trato desigual en el caso concreto partiendo de que el objetivo perseguido por el beneficio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar es estimular la incorporación de los Jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar la interrupción de los estudios que significa la prestación de ese servicio. Indica que el objetivo perseguido es válido desde el punto de vista constitucional, no sólo porque la misma Constitución establece, en su artículo 216, la posibilidad de establecer prerrogativas por la prestación del servicio militar, sino también porque está destinado a satisfacer valores y principios constitucionales (mantenimiento del orden público, la convivencia, la independencia nacional, etc.), establecidos en el Preámbulo de la Carta y en varios de sus artículos (cf., entre otros, los artículos 1, 2, 217 y 218).

Asegura la Corte que el trato desigual establecido por la norma acusada carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad. En efecto, si bien el privilegio otorgado en materia del puntaje en las pruebas del ICFES a los bachilleres que prestan el servicio militar es adecuado para estimular la

prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación para quienes se han incorporado a las Fuerzas Armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior.

Concluye que no es necesario el trato desigual establecido por la norma demandada porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que, sin implicar el sacrificio exagerado de los derechos de otras personas, logren eficazmente ese fin por lo cual se declara la inexecutable del artículo 40, literal b.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha utilizado el principio de proporcionalidad y el test de ponderación, tal es el caso de la Sentencia de fecha 19 de mayo de 2014, en la cual se resolvió negando una medida cautelar de la suspensión provisional de un acto administrativo utilizando el principio de proporcionalidad y test de ponderación, indicando que las medidas deben ser proporcionadas, idóneas y necesarias, de la siguiente manera:

“...en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad a efectos de adoptar la medida solicitada, así como de modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez abordarlo teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, lo da a entender, además de las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela, en el artículo 231 CPAyCA que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”.

Como se observa, tal como lo manifiesta el Consejo de Estado en Sentencia 00075 de 2018, el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o

perjuicio de la mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones.

Como lo establece Santofimio Gamboa (2014) la discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Adicionalmente, el Consejo de Estado en sentencia de mayo de 2012, con Radicado Interno 22366, mediante la cual se decide un recurso de apelación dentro de un proceso de reparación directa, respecto del principio de proporcionalidad y tomando como referencia la Sentencia C-916 de 2002 indicó:

“De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la

proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo. Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002.” (Sentencia Consejo de Estado, 2012)

Por otro lado, sobre la razonabilidad, etimológicamente, esa palabra proviene del latín *rationabilis*, que significa arreglado, justo, conforme a razón. Por su parte, el diccionario de la Real Academia Española, establece que la razón es la facultad de discurrir. Con lo anterior, para Maraniello (2005) el examen de razonabilidad es todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo.

El profesor Bernal Pulido señala que la razonabilidad “se erige como un concepto ambiguo (...) De esta manera, no puede hablarse de un significado unívoco y constante del concepto de razonabilidad” (Bernal Pulido, 2008, p. 68).

El profesor Martínez Tapia ha dicho que “*la racionalidad entendida como razonabilidad es (...) el concepto eje alrededor del cual gira la discusión moderna acerca de la igualdad en la ley, hasta el punto que el juicio de la razonabilidad de la desigualdad y juicio de constitucionalidad, sólo la desigualdad razonable es constitucional*” (Martínez Tapia, 2000, pág. 99).

Por su parte, Bidart Campos sostiene que “lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad”. Así entendido, el principio es una exigencia de justicia jurídica. El mismo doctrinario apunta, precisamente, a la equivalencia del concepto a la garantía del *debido proceso sustantivo*, de lo que se sigue que su finalidad es “resguardar al valor justicia en el contenido de todos los actos de poder, y también de los particulares” (Bidart Campos, 2008, pág. 71) de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquella sea razonable, justo y válido. El mismo autor ha manifestado, en otro de sus escritos, que “*la razonabilidad y lo razonable superan las formalidades para internarse en un contenido sustancia que no es “puesto” discrecionalmente por quien dicta la norma y adopta las medidas “razonables”, sino que se anuda a patrones axiológicos superiores y objetivos*” (Bidart Campos, 2007, pág. 54); o, lo que es lo mismo, que el derecho válido se supone razonable por cuanto se arregla a ciertos valores y principios.

Maraniello (2005) señala que la reglamentación de los derechos persigue fines, y para alcanzarlos se vale de medios que deben resultar proporcionales a aquel fin. Debe existir siempre una adecuada relación entre fines y medios, una equivalencia entre las finalidades que propongan una norma y los mecanismos, procedimientos o caminos que establezcan para llegar a ellas. Es así que toda norma jurídica debe ser razonablemente justa, tanto en su aspecto formal como material, para tener fuerza ordenatoria y ejemplificadora y ser cumplida por todos nosotros, sumado a que, si además se pretende reglamentar un derecho, se debe desarrollar sobre la base de un fin social sin destruir ningún derecho amparo en nuestra Constitución, pero

para llegar a esos fines los medios que se utilicen debe tener una razonable adecuación con ellos. Este autor entiende que si la razonabilidad de las leyes es la adecuación de todos sus factores con el sentido constitucional, esto significa que tanto las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el legislador, como los medios elegidos y los fines propuestos, deben guardar una proporción entre sí (razonabilidad interna del acto) y, además, las leyes deben ajustarse al sentido constitucional formado por los motivos tenidos en cuenta por el constituyente, por los fines propuestos, por los valores jurídicos fundamentales y por los medios previstos (razonabilidad externa del acto).

Ahora bien, la razonabilidad jurídica adicionalmente presenta tres modalidades (Maraniello, 2005):

- Razonabilidad de la ponderación: se presenta en las leyes cuyas prestaciones guardan una relación de equivalencia con la sanción prevista para el caso de incumplimiento.
- Razonabilidad de la selección: se da en las leyes que respetan la igualdad, de forma tal que, frente a circunstancias equivalentes, la prestación y la sanción es la misma, y sólo cuando las circunstancias son diferentes es razonable que las prestaciones o las sanciones sean diferentes.
- Razonabilidad en los fines: se establece cuando los fines de la ley o las medidas dispuestas por ella no violan los fines previstos en la Constitución. Por ejemplo, no es razonable que una ley impositiva grave la propiedad en una proporción tal que implique la confiscación del bien, pues ello está expresamente prohibido en la Constitución Nacional.

La interpretación que de la razonabilidad surge es, asimismo, una consecuencia de la razón media; no de las posturas a priori concebidas. En ese sentido, el profesor Mercader Uguina, siguiendo al profesor Zagreblesky, ha señalado que “[l]a razonabilidad alude, en todo caso, a la capacidad de «adaptación» de alguien respecto de algo, con el fin de evitar conflictos mediante soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Se trata, pues, “no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (unas y otras a la ez, en la medida que sea posible)” (Mercader Uguina, 2008, p. 133).

En Colombia, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-230 de 1994, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad manifestando:

La vinculación entre los supuestos de hecho diferentes y el "patrón de la igualdad", debe ser tal, que el trato diferenciado se encuentre justificado. Para lograr este propósito la doctrina

internacional ha señalado los siguientes aspectos constitutivos de la justificación. (Sentencia T-230 de 1994)

1. Diferencia de los supuestos de hecho.
2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato.
3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto
4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin.
5. Proporcionalidad de la relación de eficacia.

Para la Corte, el "test" tiene la ventaja de mostrar la complejidad del juicio hermenéutico, al separar elementos que usualmente quedan confundidos en una perspectiva general. Sin embargo, esta perspectiva es víctima del efecto contrario al que desea evitar: la falta de unidad. En efecto, al considerar que cada uno de los cinco pasos representa una variable autónoma, se tiene la impresión de un análisis puramente lógico y mecánico que desconoce el verdadero problema de ponderación que está en juego y que no es otro que el de la interpretación razonable. (Sentencia T-230 de 1994)

Así mismo, de los pasos previstos en el "test", el primero, referido a los hechos distintos, más que un elemento de análisis es un dato, comprobable empíricamente (desigualdad de los supuestos de hecho). Los dos siguientes puntos pueden ser reunidos en un sólo estudio normativo referido al fin (finalidad) válido (razonabilidad) como justificación de la decisión que introduce la diferencia. La eficacia de la relación entre el medio normativo y el fin o valor constitucional (racionalidad), así como la adecuación (proporcionalidad) pueden unirse en un solo momento, que es sin duda, el punto decisivo y de mayor complejidad. (Sentencia T-230 de 1994)

De acuerdo con esto, la lógica predominante en el examen de la igualdad es aquella de la razonabilidad, fundada en la ponderación y sopesación de valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos. Aristóteles ya había previsto esta característica cuando expuso el ideal de la prudencia - lograda a partir de una larga experiencia del funcionamiento de las instituciones sociales - como método para tomar decisiones justas. Cuando se trata de la acción humana, no se puede juzgar con base en la demostración incontestable. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador sólo dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos. Igual le sucede al legislador; sus decisiones sólo tienen en cuenta lo ordinario y lo circunstancial. Por eso, cuando una situación se aleja de lo corriente, el juez debe inspirarse en la idea de

equidad. A la justicia entendida como conformidad con la ley, Aristóteles opone, cuando ello es necesario, una justicia superior fundada en la equidad. (Sentencia T-230 de 1994)

El carácter normativo de todos los enunciados constitucionales y el principio de la efectividad de los derechos, imponen, hoy más que nunca, este tipo de razonamiento. Si la Carta de derechos demanda del juez constitucional decisiones en derecho que sean a la vez justas, en las cuales los valores y principios esenciales del ordenamiento encuentren realización, forzoso es entonces concluir que los procedimientos formales de validez no siempre serán el camino para el descubrimiento de la solución ideal. Dicho en otros términos, la primacía constitucional de los postulados axiológicos fundamentales, condiciona el seguimiento de los criterios positivos de validez normativa al respeto de los valores y principios. (Sentencia T-230 de 1994)

Posteriormente, mediante Sentencia C-022 de 1996 la Corte Constitucional trae a colación la teoría jurídica alemana, señaló que, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

En dicha providencia, la Corte frente al principio de igualdad aplica el “test de razonabilidad” entendida como una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual. (Sentencia C-022 de 1996).

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c) La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. (Sentencia C-022 de 1996).

Para la Corte, el orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior.

1. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que pueda llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual.
2. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste.
3. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido. (Sentencia C-022 de 1996).

Conforme lo establece la Corte, la teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de *proporcionalidad*. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. (Sentencia C-022 de 1996).

Ahora bien, tal como lo establece Valbuena (2006) el principio de igualdad es un límite a la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y que este, cuando pretenda realizar una diferenciación de trato o afectar alguno de los mandatos de igualdad, deberá hacerlo teniendo como base unos fundamentos amplios y suficientes, es decir, como lo ha anotado la Corte Constitucional, el problema se concentra en la justificación del trato desigual. De ahí la importancia de establecer un procedimiento elaborado, que permita la evaluación de tales motivos de manera racional por parte del juez constitucional, de modo que se permita disponer de cierto grado de certeza para poder establecer hasta dónde llegan las posibilidades de realización de la igualdad en cada situación.

Frente a esta cuestión, la jurisprudencia y doctrina alemana ha sostenido que sí existe un método racional para establecer la legitimidad en las intervenciones sobre el principio de igualdad. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha dicho que del principio general de igualdad surgen diferentes límites para el legislador, dependiendo del objeto y de las propiedades de regulación, límites que varían desde la mera interdicción de la arbitrariedad hasta una estricta vinculación a las exigencias de la proporcionalidad. (Valbuena 2006)

Por otro lado, tal como lo establece Bernal (2002), la Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas.

La primera versión del juicio, el juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde adopta los elementos básicos del juicio de igualdad que es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional Alemán y que se estructura con base en el principio de proporcionalidad. Conforme lo señala Bernal (2002) la Corte Constitucional se ha referido a este enjuiciamiento con los conceptos de juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, a pesar de que ellos, no pueden ser considerados sinónimos.

En la Sentencia C-022 de 1996 se presenta una primera versión del juicio de igualdad, cuando la Corte Constitucional debía decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, que otorgaba a todos aquellos que hubieren prestado el servicio militar, un aumento del 10% del puntaje en los exámenes estatales, que los bachilleres deben presentar con miras a acceder a la Universidad, frente a lo cual la Corte sostuvo que el privilegio a favor de estos bachilleres sólo sería admisible constitucionalmente, de existir una razón suficiente que lo justificara. (Bernal, 2002)

De acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un test de razonabilidad, compuesto por tres etapas: a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato

y el fin perseguido epata se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (Bernal, 2002)

Bernal (2002) destaca las deficiencias de la aplicación del test: por una parte, la Corte incluye a la propia razonabilidad como una de las etapas del test, haciendo que lo definido se incluya parcialmente en la definición; y, por otra, la Corte parece equiparar a esta etapa con el principio de proporcionalidad; adicionalmente, la Corte incurre en una redundancia, pues al definir el principio de proporcionalidad, incluye dentro del subprincipio de idoneidad las dos primeras exigencias de la razonabilidad: que el trato diferente tenga un objetivo y que éste sea válido:

Tal como lo indica la Corte, en la sentencia antes citada, en el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

Más adelante, en la Sentencia C-741 de 2003, la Corte señaló que el llamado "test de igualdad", es un método de análisis constitucional, que se ha empleado por esta Corporación para examinar tratamientos distintos establecidos por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del cual se hacen explícitas las principales cuestiones que estudia la Corte para decidir cuándo un tratamiento diferente es incompatible con el principio de igualdad.

En la Sentencia C-055 de 2010, la Corte hizo un recuento en torno a los elementos que integran el juicio de igualdad y señaló que su estructura analítica, tal como fue establecida en la Sentencia C-841 de 2003, es la siguiente:

- I. En primer término, el juez constitucional debe establecer si en relación con el criterio de comparación o tertiumcomparationis, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de hallarlas notoriamente distintas, el test no procede;
- II. Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma

censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines.

Ahora bien, frente a la segunda versión del juicio, el juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios, de acuerdo con la Corte Constitucional, la segunda de sus líneas jurisprudenciales sobre el principio de igualdad, “con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos” —toma los elementos de la más reciente jurisprudencia norteamericana sobre la aplicación de la cláusula equal protection, prevista por la decimocuarta enmienda—, “se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los escrutinios o tests de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)”. (Sentencia C-093 de 2001)

Al respecto, en Sentencia C-520 de 2016 la Corte señala, que el test de igualdad prevé, precisamente, la posibilidad de realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad, lo que permite que el Tribunal Constitucional tenga en cuenta la importancia del principio democrático efectuando un análisis inversamente proporcional a la facultad de configuración del legislador en cada ámbito del orden jurídico. Así mismo señaló que el test integrado implica una aplicación del juicio de proporcionalidad con distintas intensidades, de acuerdo con el ámbito en el que se haya adoptado la decisión controvertida, y concretamente, propone mantener una relación inversamente proporcional entre la facultad de configuración del legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de proteger al máximo el principio democrático. (Corte Constitucional, Sentencia C- 530 de 2016)

Los escrutinios se tratan de una escala de intensidades para la aplicación del principio de la igualdad, cuyos elementos se definen de la siguiente manera:

- Escrutinio débil, según el cual, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que establezca sea una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”. (Sentencia C-93 de 2001).

El escrutinio débil, consta de dos exigencias:

- a. Que el trato diferente tenga un objetivo legítimo
- b. Que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo. (Sentencia C-445 de 1995)

- Escrutinio estricto: debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamente en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. En la versión del escrutinio estricto adoptada por la jurisprudencia de la Corte colombiana, los criterios sospechosos de diferenciación o criterios “potencialmente discriminatorios” son aquellos que (1) aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución —el mandato genérico del artículo 13 o los mandatos específicos de los artículos 19, 42, 43 y 53—; (2) aquellos que restringen derechos fundamentales, y (3) aquellos que afectan de manera desfavorable a “minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta”, cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los artículos 7o. y 13 de la Constitución. (Sentencia C-445 de 1995)

Más recientemente, (Sentencia C-371 de 2000 y C-93 de 2001) la Corte ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que: (1) se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y (3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (Bernal, 2002)

En los casos de escrutinio estricto, para que el tratamiento diferente de un destinatario o de un grupo esté justificado, “debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”. (Sentencia C-93 de 2001). Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes, al cumplimiento de dos exigencias:

1. Que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (Sentencia C-445 de 1995) (un compelling interest)
2. Que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea. (Bernal, 2002)

La aplicación de estas dos exigencias estrictas hace que el escrutinio estricto deba ser sólo una excepción, aplicable a los ámbitos mencionados, en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión. Asimismo, en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la medida sub examine no reciba una justificación atendible, “se mantiene la presunción de trato inequitativo” (Sentencia T-230 de 1994).

- Escrutinio intermedio: se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. (Bernal, 2002)

Tal como señala Bernal (2002), la aplicación del escrutinio débil en estos casos no resulta admisible, por cuanto la diferencia es fundamentada en un criterio sospechoso. No obstante, tampoco resulta ser acertado aplicar el escrutinio estricto, toda vez que la diferencia no perjudica, sino favorece al grupo históricamente discriminado.

Para el autor, el escrutinio intermedio además somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento de dos exigencias. Las cuales han sido expuestas por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”. (Sentencia C-445 de 1995) Es decir, (1) que el objetivo del trato diferente sea importante y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad sustantiva.

En ese tipo de escrutinios únicamente resulta ser relevante la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación. Según Bernal, estos escrutinios no tienen en cuenta que dicho objetivo también podría ser alcanzado por un medio igual o más idóneo y que a la vez no implicara una diferenciación (principio de necesidad), y que la legitimidad de las diferenciaciones debe depender también de la relación que existe entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidad en que se afecta el derecho de igualdad y los demás derechos fundamentales de los afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Ahora bien, como lo referencio Bernal frente a la tercera versión del juicio, la Corte Constitucional en Sentencia C-93 de 2001, intentó construir un juicio integrado de igualdad, que

incluyera tanto las ventajas del juicio de igualdad de índole europea —estructurado alrededor del principio de proporcionalidad—, como aquellas del juicio norteamericano. Lo anterior, con el objetivo de armonizar el procedimiento de la proporcionalidad característico por la mayor claridad analítica que ofrece, con la posibilidad de que cada uno de sus subprincipios fuese aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el legislador o la administración tenga en la materia que sea relevante.

Conviene reconocer, sin embargo, que la Sentencia C-93 sólo lleva a cabo una descripción muy somera y poco refinada de este juicio integrado de igualdad. La Corte Constitucional se refiere solamente a las siguientes tres etapas de este enjuiciamiento:

- **Determinación del tipo de escrutinio.** El primer paso dentro del juicio consiste en determinar “según la naturaleza del caso”, “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad”. Esta determinación es una actuación previa a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la naturaleza del caso, apunta a la materia o el ámbito en que se incluya la medida sub examine. Para Bernal, si en el caso concreto está en juego una materia que depare al legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del legislador es restringido.
- **Juicio de adecuación.** La segunda etapa que señala la Corte, se presenta cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad “no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto”. Conforme lo afirma Bernal, será necesario que la medida “sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”. Por el contrario, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida sub examine tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.
- **Juicio de indispensabilidad.** Como última etapa, cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, “la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”. Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, “basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”. (Bernal, 2002)

Al analizar las etapas presentadas por la Corte y la reconstrucción de este juicio de la igualdad que efectúa la corporación, se evidencian algunas deficiencias. Según lo indicado por Bernal,

la Corte dentro de la reconstrucción no desarrolla completamente la estructura de cada subprincipio de la proporcionalidad. Adicionalmente, la Corte realmente copia con otro nombre el modelo norteamericano, en el que únicamente es relevante la determinación del tipo de escrutinio, la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación.

En la versión y combinación que realizó la Corte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto solo aparece mencionado, y el subprincipio de necesidad —indispensabilidad— no observa relación con el subprincipio que integra la proporcionalidad —que no exista un medio alternativo al trato diferente, mediante el cual se pueda alcanzar el objetivo con igual o mayor idoneidad, sin afectar tanto al derecho a la igualdad—, sino que se trata de una mera reiteración del subprincipio de idoneidad, aunado a la exigencia de que no existan restricciones menos gravosas.

De esta manera, en los términos de Bernal, la Corte Constitucional parece acoger irreflexivamente la graduación de las intensidades en el juicio de la igualdad, más por imitación de la doctrina norteamericana, que por satisfacer la necesidad de distinguir entre las premisas más o menos seguras, que se aplican dentro de la estructura de la proporcionalidad, y de tener en cuenta la mayor o menor medida en que el principio de igualdad se ve afectado con los variados tipos de diferenciaciones establecidas por los poderes públicos y los particulares.

Al respecto, la Corte toma el efecto por la causa, afirmando que mientras la existencia de un mayor ámbito de apreciación legislativa implica la práctica de un escrutinio estricto, el reconocimiento al legislador de un ámbito más reducido exige la aplicación del escrutinio débil.

Para Bernal, entre estos dos fenómenos existe una relación de correlatividad y no de causalidad —cuanto más débil sea el escrutinio, mayor será el ámbito de apreciación legislativa—. La verdadera causa del escrutinio débil y del estricto reside en la seguridad de las premisas relevantes en cada etapa del juicio de proporcionalidad y en la intensidad de la restricción del principio de igualdad: cuanto más seguras sean las premisas y cuanto más intensa sea la restricción del principio de igualdad, más intenso debe ser el escrutinio y menor ámbito de apreciación debe ser reconocido al legislador, a la administración y a los particulares.

Ahora bien, en relación al principio de proporcionalidad, Martínez (2017) presenta una breve reseña indicando que tuvo origen en los Estados Unidos a partir del *due process of law* o debido proceso legal, expresión que tiene como antecedente histórico la Carta Magna expedida por el rey Juan Sin Tierra, explicado por Cianciardo (2000), en su capítulo 39.

Según el autor, ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectado; ni iremos sobre él, ni enviaremos a nadie sobre él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de la tierra (p.290).

Este “debido proceso legal” fue incluido en la Constitución Estadounidense en la enmienda V de 1791, en los siguientes términos: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin el debido proceso legal.”

Más adelante, en el año 1868 con la enmienda XIV, se buscó que la norma constitucional señalada se extendiera a los demás estados federados, así: Ningún Estado podrá hacer (...); ni privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin debido proceso legal, ni degenerar a cualquier persona la igual protección de la ley.

Para Martínez el denominado debido proceso legal surgió como una garantía constitucional a la no restricción del derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad sin un debido proceso, pero con una fuerte aplicación en el Derecho procesal penal o en los asuntos criminales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia fue ampliando su uso hasta establecer en ella el principio de razonabilidad como criterio general para el control de la constitucionalidad de las leyes que afectan derechos constitucionales.

Por su parte, Alemania instauro el principio de proporcionalidad a través del Derecho Administrativo, donde fue creado como un límite a la actuación de la administración frente a los administrados. Más adelante, una vez instaurada la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional Alemán lo amplió como límites a todos los poderes públicos. En palabras de Sapag (2008) el Tribunal Federal alemán consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo tenían una connotación de carácter constitucional, y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad nace como una herramienta para estudiar y valorar la constitucionalidad de las decisiones de los diferentes actores del Estado y especialmente aquellas tomadas por el legislador con el objetivo que no se presente un abuso de poder. (Martínez, 2017)

Conforme a lo anterior, es preciso aclarar que en el sistema jurídico alemán el principio de proporcionalidad no posee un sustento constitucional o normativo alguno, es decir, no se encuentra reconocido de forma expresa en la Constitución de Alemania. A pesar de esto, según

lo señala Bernal (2007. p.536) el Tribunal Constitucional Federal lo ha aplicado en un sin número de fallos. Dándole una sólida fuerza vinculante para él y demás autoridades judiciales, lo que ha permitido convertir este principio en un criterio metodológico para revisar o evaluar la constitucionalidad de las leyes y demás decisiones normativas, en especial aquellas en donde se encuentran involucrados derechos fundamentales. (Martínez, 2017)

Por su parte, González (2003) afirma que: “El principio de proporcionalidad constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto a otras técnicas ha venido a compensar parcialmente las insuficiencias que los métodos de interpretación clásicos plantean en el ámbito constitucional” (p. 15-18). Principio que para Villaseñor (2011, p.105) constituye una herramienta intrínsecamente atada a la estructura de no pocas normas constitucionales y, por lo tanto, al actual concepto de Constitución, integrada en gran parte por bienes jurídicos que no son absolutos, y que señalan límites a la actuación de los poderes públicos. La autora considera el principio como un método de interpretación constitucional, es decir, una técnica interpretativa que tiene el juez constitucional para evaluar la actuación de los poderes públicos, en relación con su extralimitación o no.

Por su parte, Martínez señala que a pesar de que el principio de proporcionalidad suele ser llamado de esta manera, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto, pues la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan frente a algo diferente ya que no se trata de que algunas veces tengan precedencia y otras no. Por el contrario, lo que resulta ser un interrogante es si se satisfacen las exigencias de estos subprincipios o no, y si su falta de satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad (p.92).

Para reforzar esta idea, Bernal (2007) considera que:

El principio de proporcionalidad no se entiende como una norma jurídica que tenga como objetivo imponer un mandato de optimización, como son definidos los principios por Robert Alexy, sino que debe ser entendido como un conjunto de reglas, las cuales deben ser aplicadas cuando el caso lo amerite, es decir, cuando deban evaluarse leyes que regulen derechos fundamentales (p.597).

De igual forma, vale precisar que existen algunos autores que consideran el principio de proporcionalidad como una estructura argumentativa que permite solucionar las colisiones o choques que puedan presentarse entre principios constitucionales o derechos fundamentales. En ese sentido, como es citado Lopera (2010) en Martínez (2017. pp. 203-247): En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal

(y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de los que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales.

Por su parte, Barnes(1994) quien es citado en Martínez (2017.p.500) complementa la anterior definición del principio de proporcionalidad, señalando:

Se entiende por «proporcionalidad» en sentido amplio —también denominada «prohibición de exceso» (el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal —en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial) — debe ser *útil, necesaria y proporcionada*.

Así, como afirma Lopera (2006, p.214) mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el subprincipio de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, frente a otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio o afectación posible de otros principios en juego.

Para esto según Bernal (2007. P.740) es necesario que el legislador cuando intervenga un derecho fundamental opte por la medida más apacible para el derecho fundamental intervenido, y que de esta forma pueda contribuir a alcanzar el objetivo propuesto con su implementación.

Una vez superados los subprincipios de adecuación y necesidad, se pasa a evaluar si la norma en cuestión es proporcionada en sentido estricto. Con este criterio o subprincipio se busca obtener un equilibrio entre la finalidad que se persigue con la medida que se adopta, y que esta a su vez, sea la que menos lesione o restrinja el derecho regulado.

Al respecto, Villaseñor (2011, p. 146) señala que, en la estructura del principio de proporcionalidad, para poder llegar a este criterio, primero deben fundamentarse la adecuación y la necesidad, lo que significa que no se pueden omitir como tampoco se puede iniciar por este el examen de proporcionalidad de una medida. Los tres criterios deben fundamentarse. Resulta ser una evaluación de costos y beneficios, es por eso que este criterio también se conozca como ponderación.

Es así como, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto tiene como objetivo acreditar que existe cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que se originan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor (Barnés, 2014). Por lo que una medida entre más beneficios genere sin que eso signifique restringir al máximo un derecho, se dice que es proporcional. (Martínez, 2017)

Así mismo, Bernal (2007) considera que el criterio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: “Es una regla jurídica según la cual, toda ley que favorezca el objetivo que persigue, con una intensidad menor que los sacrificios que origina para el titular de derecho fundamental que restringe, debe ser declarada inconstitucional” (p.599). (Martínez, 2017)

Analizados aspectos generales del principio de constitucionalidad, a continuación se revisará su aplicación en el caso colombiano, en donde la Corte Constitucional Colombiana dentro del ejercicio del control constitucional ordenado por la Constitución de 1991 en el artículo 241 acude al uso de un método denominado “test de proporcionalidad”, herramienta que no había sido utilizado en Colombia por alguna corte, y puntualmente, por la Corte Suprema de Justicia cuando tuvo a su cargo el ejercicio de dicho control. (González, 2014)

Como lo señala Gonzalez (2016) la razón de aplicar este nuevo instrumento tuvo como propósito implementar una herramienta hermenéutica que le permitiese realizar el control constitucional (abstracto y concreto), del modo más razonable posible teniendo en cuenta la relevancia socio jurídico que representa el ejercicio de dicha función. En ese orden de ideas, el propósito de la Corte Constitucional se encaminó a realizar el control constitucional mediante el uso de un instrumento que se destacara por ser lo más objetivo posible en el desarrollo de esta tarea, el cual como se indicó, no había sido utilizado por ninguna de las Cortes en Colombia, lo que en palabras de Vargas & Bracchi (2016) lo convierte per se una herramienta novedosa para el control constitucional.

En palabras de Encarnación Roca Trías (2017), la Corte Constitucional acudió desde sus inicios al denominado test de proporcionalidad, como la herramienta argumentativa en la cual (...) lo que se va a analizar es la utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, finalmente, su “proporcionalidad”, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. (Armenta, 2018)

Para el ejercicio del control constitucional (abstracto y concreto), la Corte Constitucional acogió desde su creación un trascendental principio, el cual previamente bajo el modelo constitucional de 1886 no había tenido gran relevancia, como lo es el de proporcionalidad, lo cual lo hizo además atendiendo al nuevo modelo propuesto en la Constitución Política de 1991. En este punto vale la pena recordar lo dicho por Aharon Barak (2012, p. 457) cuando afirmó “Vivimos en la era de la proporcionalidad”.

El principio de proporcionalidad impone entonces, actuar con ponderación, razonabilidad, igualdad material (trato igual a lo igual), medidas legislativas de intervención para garantizar la eficacia de los derechos; todos estos, entre otros, constituyen parámetros que se imponen en el ejercicio del control constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad a la luz del principio de constitucionalidad. (Armenta, 2018)

Con el fin de atender a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana, a partir del año 1992 acudió a la técnica del test de proporcionalidad como instrumento hermenéutico y argumentativo para cumplir con su función de control constitucional, y de esta manera garantizar el principio de supremacía constitucional. (Armenta, 2018)

Como señala Armenta (2018) el test de proporcionalidad implementado por la Corte Constitucional colombiana desde su creación, tiene influencia de los sistemas jurídicos tanto norteamericano como europeo; en el primer aspecto, en cuanto a los niveles de intensidad del test: leve, intermedio y estricto; y en el segundo, en cuanto a los subprincipios del test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Respecto al test, Rogelio López Sánchez, señala que (...) La visión que ofrecemos sitúa al principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino

de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea (...)

Por su parte, José Francisco García García, en defensa del test al interior de los tribunales constitucionales, señala que efectivamente se trata de un método de control objetivo y que da mayor margen de fundamentación a las Sentencias (...) es así que los beneficios al aplicar dicha metodología de control son diversos, entre los cuales, se resaltan: objetivista el control, eleva la fundamentación y calidad de las Sentencias y aumenta la certeza jurídica (...). L. Iván Díaz García, presenta las bondades de esta herramienta de control, y señala que se trata de un (...) procedimiento de decisión claro, relativamente sencillo e intersubjetivamente controlable (...)

Ahora bien, desde la experiencia americana la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó el principio de proporcionalidad en el año 2004, al analizar el Caso del señor Ricardo Canese vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, apoyándose en el principio de proporcionalidad. En dicho análisis, inicialmente la Corte relacionó la “necesidad” que mencionan diversas disposiciones del Pacto de San José con la idea de “proporcionalidad”. Posteriormente, la Corte estableció que la restricción a los derechos que reconoce ese instrumento debe satisfacer los criterios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, entendiendo esta última como una ponderación. (Puma, 2020)

Por su parte, conforme lo señala Puma (2020) la experiencia de los tribunales mexicanos también resulta útil para comprender y exponer los alcances del principio de proporcionalidad. Los tribunales invocaron por primera vez el principio de proporcionalidad en su jurisprudencia N° 130/2007 del Pleno de la Suprema Corte mexicana con la que se arraigó en dicho país el principio de proporcionalidad. Posteriormente, la Primera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011, t. I, tesis 10 de México, señaló que los derechos fundamentales deben tomarse por principios que exigen máxima efectividad, es decir, deben gozarse en los más amplios términos. Es así que, los derechos fundamentales oponen creciente resistencia a su menoscabo, y por consiguiente ésta sólo puede lograrse en la medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo, es decir, de una manera proporcional.

De igual forma, en el caso peruano, también existen referencias jurisprudenciales sobre la materia, a saber, con el Exp. N.º 579- 2008-PA/TC. Lambayeque, caso de César Augusto Becerra Leiva, el Tribunal Constitucional, se señala que el test de proporcionalidad incluye tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, el Tribunal ha

establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es en términos de Puma, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto para el autor supone verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador.

Como se observa, se trata del análisis de relación medio-medio, es decir, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien interviene en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Puma, 2020)

Hasta este punto, hemos presentado el conocimiento acumulado respecto de los avances de la informática jurídica tanto en el campo legislativo como en el jurisprudencial, sobre la gestión del riesgo legal, Sobre las barreras de acceso al mercado laboral para las personas en situación de discapacidad, Sobre la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta y sobre la manera en que los jueces aplican los principios, lo que nos permite asumir una postura crítica frente a lo que se ha hecho y lo que falta por hacer en torno al objeto de la investigación, para evitar duplicar esfuerzos y concentrarnos en adelante en la problematización a través del marco teórico y la comprobación de la hipótesis.

2. Marco teórico

En este capítulo se desarrolla el marco teórico sobre el concepto de daño en la discapacidad y la pérdida de capacidad laboral lo que nos permitirá abordar las implicaciones de estas situaciones jurídicas y los elementos de la responsabilidad que resultan esenciales para los análisis a desarrollar; se aborda el paradigma interpretativo necesario para entender la variedad de posturas frente al fenómeno en el ordenamiento jurídico; se desarrollan los postulados de la teoría neoinstitucional del derecho que sirve como enfoque desde el cual se analizan las relaciones jurídicas de la responsabilidad social.

También se traen a colación los discursos sobre el principio de solidaridad atendiendo a su profundo desarrollo histórico y siendo el pilar conceptual de esta tesis, para finalizar el capítulo con el abordaje de la limitación de la autonomía de la voluntad y los alcances de la libertad de empresa frente al derecho al trabajo, bajo el entendido de que son estos los derechos constitucionales que se encuentran en tensión y que deben ser ponderados frente a la asignación de riesgos y cargas por el principio de solidaridad.

2.1. El daño en la discapacidad y la pérdida de capacidad laboral

El daño es un concepto que debe su importancia a su relación con la responsabilidad y la obligación que se genera, en términos legales, desencadenando el pago de un valor económico a modo de compensación.

No hay una definición unívoca del daño, cada jurisdicción cuenta con una definición propia de sus elementos. Así, por ejemplo, en el derecho administrativo, para que sea indemnizable se precisa que sea antijurídico, que se lesione un bien jurídico protegido y que sea cierto:

Es necesario precisar que, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no

tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura (Consejo de Estado, 2011, Radicado: 20001-23-31-000-1998-03813-01(184).

La responsabilidad del Estado se sustenta en el artículo 90 de la Constitución, en virtud del cual el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En palabras del Consejo de Estado, son dos los fundamentos de esta responsabilidad del Estado:

El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración (...) la Corte Constitucional ha dicho que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable (Consejo de Estado, 2011, Radicación número: 18001-23-31-000-1996-09831-01(19388).

En ese orden, la responsabilidad del Estado se configura cuando el daño es antijurídico, es decir, cuando quien sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo (Consejo de Estado, 2011, - Radicación: 23001233100019970893401). De esa afirmación se desprende, que también existen daños sin que corresponda una indemnización, es decir cuando el Estado no incumple con alguna de sus obligaciones.

Por otro lado, en materia civil el daño debe ser directo, cierto y legítimo (Ternera Barrios, 2008, Pág. 102).

Valencia Zea (2015, p. 228), señala que "*es preciso no reducir el empobrecimiento a la disminución de los derechos patrimoniales, ya que también se empobrece quien sufre una merma o disminución de cualquiera de los derechos no patrimoniales, es decir, los extrapatrimoniales*".

La doctrina clasifica los daños en función de diversos criterios principalmente a en dos grandes grupos: el de los daños patrimoniales o materiales y los daños extrapatrimoniales o morales.

Los daños patrimoniales, también denominados daños materiales, son aquellos que afectan al patrimonio del perjudicado, los cuales son cuantificables y de carácter objetivo, mientras que los daños morales hacen referencia a la percepción del dolor o el perjuicio psicológico.

El daño emergente es la disminución de los valores patrimoniales del perjudicado que incluye tanto los daños directos e inmediatos que experimenta el patrimonio de la víctima como consecuencia del suceso dañino.

La responsabilidad civil ocurre cuando a raíz de una acción u omisión, se genera un daño a una persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción u omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima, es decir, de quien experimentó esas consecuencias dañosas. La responsabilidad civil puede variar, según la fuente de donde provenga: puede ser legal, contractual o extracontractual; ésta a su vez, puede ser objetiva o subjetiva.

La responsabilidad contractual no es solo la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos. (Ordoqui y Olivera, 2003)

El profesor Fernando Hinestrosa (2005) menciona la distinción entre responsabilidad abstracta y concreta, distinción que viene a reemplazar la clásica división entre responsabilidad contractual y extracontractual, considerando que cuando entre víctima y agresor no existía nexo concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad abstracta, y en el caso de que el hecho se produzca con ocasión y en desarrollo de un vínculo previo entre las partes, responsabilidad concreta.

Para Marty (2000) se estará en presencia de responsabilidad contractual siempre que el deudor contractual no cumpla por su culpa las obligaciones que el contrato le impone y que ese incumplimiento culpable causa daño al acreedor.

Cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, surge la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés individual, el del acreedor, que puede pedir al deudor incumplido el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó; en

estos casos existe, por tanto, un deber previamente pactado, una relación jurídica previa y el sistema de responsabilidad derivado del contrato que tiene como finalidad asegurar al perjudicado la obtención del beneficio que se buscó con la obligación estipulada. (Roca, 2002)

Por otro lado, para Josserand (1999), se está en presencia de responsabilidad delictual cuando un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente. Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida. Para Marty (2000) la responsabilidad delictual o la proveniente del delito se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por ningún contrato, entre terceros.

A su vez, la responsabilidad subjetiva sustenta que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño. Para establecer la responsabilidad basados en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño.

Los hermanos Mazeaud (1965) sostenían que la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil, señalando que establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia.

Por su parte, los expositores de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el daño, sin que sea necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad laboral, ésta hace referencia a aquella que se deriva de la realización de una labor por parte de un trabajador, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre una acción u omisión y el daño.

Así, en el marco del derecho del trabajo y de la seguridad social, y más concretamente en el derecho de las relaciones laborales dependientes, es decir en aquellas donde existe un contrato de trabajo entre un empleador y un trabajador, se han establecido indemnizaciones y prestaciones dirigidas a resarcir el trabajador por los perjuicios ocasionados por distintas circunstancias, tales como el despido sin justa causa, la mora en el pago de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, la disminución de pérdida de capacidad laboral, la invalidez, el despido en estado de embarazo o lactancia o con fuero sindical, el incumplimiento de descanso remunerado durante la lactancia, e incluso la muerte del trabajador, algunas de las cuales fueron asumidas progresivamente por la Seguridad Social al trasladarse parte del riesgo laboral, por ejemplo de accidente de trabajo o enfermedad laboral, a través de la afiliación y cotización de aportes a la respectivas administradoras.

El riesgo laboral, es la probabilidad que cualquier trabajador sufra una enfermedad laboral o un accidente de trabajo; en otras palabras, la posibilidad que tiene de enfermarse o accidentarse por motivo del trabajo. *“El accidente es un daño, físico o psíquico, sufrido por el cuerpo del accidentado”* (Fernández, ,2006, p 54) y son *“son consecuencia de la actividad humana y que la intervención del hombre puede evitar que se produzca esa cadena de sucesos”* (Naruse, y Galindo,2005, p. 139).

La mayoría de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad laboral, son tarifadas, es decir, su tasación se encuentra plenamente definida en una norma, que en el caso colombiano puede ser el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 50 de 1990, la Ley 100 de 1993, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002, la Ley 1562 de 2012, entre otras.

En materia de riesgos laborales, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciada: una objetiva, que obliga a las administradoras de riesgos laborales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema General de Riesgos Laborales ante la existencia de una enfermedad profesional o un accidente de trabajo, siempre y cuando el empleador haya realizado la afiliación y cotización respectiva, con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.

Adicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico, también consagra la responsabilidad laboral ordinaria de perjuicios, de carácter subjetivo, prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, derivada de la *“culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del*

accidente de trabajo o de la enfermedad profesional”, que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia.

“Con respecto al derecho a la reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, nuestra legislación tiene prevista dos maneras de reparación identificables jurídicamente así: una, la denominada reparación tarifada de riesgos, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstos en la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas reglamentarias según el caso a cargo de las Administradoras del Riesgo Profesional; y otra, la reparación plena de perjuicios que tiene que ver con la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T.

Estas dos formas de reparación tienen distinta finalidad, habida consideración que la que está a cargo de la ARP busca proteger de manera objetiva al afiliado o a sus causahabientes señalados en la ley, siendo de naturaleza prestacional perteneciente al Sistema de Seguridad Social Integral; mientras que la indemnización plena de que trata el artículo 216 del C. S. del T., persigue la indemnización completa de los daños sufridos al producirse un accidente de trabajo por culpa del empleador, en la modalidad de subjetiva, el cual hace parte de un riesgo propio del régimen del Derecho Laboral.

Otra de las diferencias entre las reparaciones a que se ha hecho mención, consiste en que el empleador siendo el llamado a asumir las consecuencias de la culpa comprobada frente a un accidente de trabajo que se produzca, no le es dable como responsable directo del perjuicio descontar suma alguna de las prestaciones dinerarias pagadas por la entidades del sistema de seguridad social, a menos que el empleador responsable por culpa haya sufragado gastos que le correspondían a estas entidades, por virtud del riesgo asegurado, evento en el cual sí puede hacer el descuento de lo que tenga que pagar por indemnización conforme lo consagra la norma, por razón de que tales entidades de previsión social, como se dijo, lo que cubren es el riesgo laboral propio de la denominada “responsabilidad

objetiva del patrono” en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, pero en ningún momento la responsabilidad derivada de la culpa del empleador, que es de naturaleza subjetiva.

[...]

Adicionalmente, es de anotar, que la Sala en decisión del 7 de marzo de 2003 radicación 18515, que reiteró la sentencia que data del 25 de julio de 2002 radicado 18520, al referirse a esta temática había adocinado que aún con la expedición del artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, al colocarlo en relación con el artículo 216 del C. S. del T., mantiene invariable la tesis según la cual las entidades de seguridad social no asumen las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por culpa suficientemente comprobada del empleador, y por tanto no es posible que le aminoren esa carga patrimonial al patrono encontrado culpable, quien tiene toda la responsabilidad ordinaria por mandato del citado precepto sustantivo laboral.

[...]

Las anteriores directrices jurisprudenciales permiten inferir, que los beneficiarios o causahabientes del trabajador fallecido que reciban una reparación integral de los perjuicios sufridos derivados de un accidente de trabajo por culpa patronal, y simultáneamente un beneficio prestacional del ISS o de la ARP, no están accediendo a un doble beneficio por un mismo perjuicio, en la medida que como se explicó su origen es disímil y obedecen a causas diferentes, sin olvidar que para estos casos la culpa y el dolo no son asegurables”.

Sentencia de esta Sala del 3 de junio de 2009, radicación 35121, reiterada entre otras, en la del 1 de marzo de 2011, radicación 36815.

Para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe existir la culpa suficientemente comprobada del empleador, responsabilidad que tiene una naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que

se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del operario con ocasión o como consecuencia de trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes u obligaciones de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales de la labor desempeñada, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo:

Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes u obligaciones derivadas del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador o a sus beneficiarios que sufren las consecuencias del infortunio laboral o la enfermedad profesional, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la omisión en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el citado precepto legal.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 1565-2020 M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero

En cuanto a la seguridad del trabajador, se trata de una responsabilidad compartida entre el empleador y el trabajador: *“orientada a que estos sean conscientes de que, haciendo un uso adecuado de los medios de seguridad propios de sus trabajos, en condiciones normales y siguiendo las instrucciones relativas al mismo, minimizarán casos de riesgo para su salud o integridad física”* (Barrientos, 2012, p. 88).

Un factor para tener en cuenta al atribuir la responsabilidad es el de la previsibilidad del daño, que se configura, *“cuando el deber de conducta no se ha materializado en la prevención de las consecuencias del accidente y se causa un perjuicio a causa de un accidente”*. (Barrientos, 2012, p. 88). Un concepto ligado al de riesgo laboral. De igual forma, como sostiene Barrientos (2012), *“para construir la imputación objetiva de las omisiones del empleador frente al deber de seguridad pasa por la finalidad protectora de la norma”* (Barrientos, 2012, p. 98).

Las consecuencias desde el punto de vista del juicio de responsabilidad son diferentes. Si no hay previsibilidad del hecho, se determinará la culpa como factor de atribución del responsable. Barrientos, 2012, p. 88).

Las obligaciones de los empleadores se encuentran consagradas en los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código, según las cuales estos deben poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.

Asimismo, el artículo 348 del mismo Código señala que toda empresa está obligada a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual se relaciona con las normas sobre salud ocupacional y seguridad y salud en el trabajo.

El artículo 84 de la Ley 9 de 1979, estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; implementar métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; observar y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los empleados mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

E incluso, trayendo a colación el Convenio 167 de la OIT, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que sus obligaciones van más allá, al punto que se convierte en un imperativo suyo exigir el cumplimiento de las normas de seguridad en el desarrollo de la labor y, de ser el caso, prohibir o suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adopten las medidas correctivas, lo cual implica incluso interrumpir las actividades que comprometan la seguridad de los operarios, dado que en el ámbito laboral debe prevalecer la vida y la seguridad de los trabajadores sobre otras consideraciones (sentencia CSJ SL9355-2017, reiterada en la decisión CSJ SL-12862-2017, rad. 50978).

Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo- OIT- se da la connotación de discapacidad a:

“...un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...” (Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad- Manual de Instituciones, 2015)

Por su parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) también ha conceptualizado al respecto indicando que la discapacidad es:

“Es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.” (Organización Mundial de la Salud, 2019)

A su vez el Ministerio del Trabajo indican que la discapacidad corresponde a:

“De acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Salud (CIF), una PcD es aquella que presenta una alteración en sus funciones y estructuras corporales que le genera una limitación en la actividad y una restricción en la participación, donde intervienen factores ambientales que facilitan u obstaculizan su desempeño.” (Ministerio de Trabajo, 2015)

Palacios (2008) señala que en el desarrollo del tratamiento de la discapacidad se han presentado varios modelos: el primero de ellos es el Modelo de Prescindencia, desde el cual se considera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y que las personas en situación de discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones, teniendo como consecuencia que la sociedad haya decidido prescindir de las personas en situación de discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases

pobres; el segundo modelo es el rehabilitador, modo de pensar situado en los inicios del siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial, donde se veía la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual; el tercero el modelo Social o de Derechos Humanos donde la discapacidad es entendida como un fenómeno social y una cuestión de derechos humanos en tanto señala que las limitaciones que padecen las personas en situación de discapacidad provienen de la sociedad, la cual falla en prestar servicios adecuados y en asegurar que se cumplan los derechos de todas las personas por igual.

Según la Guía para la contratación y capacitación de personas en situación de discapacidad herramientas de apoyo para la inclusión laboral (2015) se pueden clasificar los tipos de discapacidad. Se considera discapacidad física a un término global que hace referencia a las deficiencias en las funciones motoras, la postura o en la falta de algún miembro. Pueden evidenciarse con dificultades para moverse, caminar o mantener ciertas posturas, y para desarrollar habilidades como manipular objetos. Los apoyos personales como las sillas de ruedas, muletas o andaderas, facilitan la autonomía y la interacción de la persona con su entorno.

La actividad laboral o profesional de una persona en condición de discapacidad es fundamental ya que contribuye a configurar su identidad adulta según Díaz, M. P., & Bonjoch, M. R. (2007). No obstante, no todos los tipos de discapacidades tienen implícitas las mismas limitaciones, ya que las personas en situación de discapacidad motriz o sensorial pueden conseguir y mantener un empleo, por otro lado, la personas en situación de discapacidad intelectual requieren adaptaciones y cambios más profundos (Alba y Moreno, 2004), sin olvidar que los mismos envejecen prematuramente en comparación con la medida general, afectando así su desempeño laboral, en cuanto a ritmo laboral, fatiga, torpeza, motivación, pérdida de memoria y reflejos, trastornos de conducta, entre otros factores inherentes a la condición de discapacidad, como el acceso a una pensión por vejez, desarrollo laboral, entre otros. (Calenti, 2002).

Circunstancia que es reiterada por Villa (2015) quien indica que, una persona en condición de discapacidad al incursionar en el mundo laboral debe superar ciertas dificultades, tales como:

- Barreras sociales, que hacen de las diferencias entre las personas motivo para el rechazo, la limitación de oportunidades y la marginación social.
- Barreras del entorno físico, que limitan o impiden el acceso, la movilidad o la comunicación.
- Barreras psicosociales, tales como la excesiva protección familiar, las deficiencias educativas y formativas, la desmotivación, la falta de información y orientación profesional.
- Barreras mentales o las secuelas que todo ello genera en la persona, que alimenta su autoexclusión del mercado de trabajo y le hace en exceso dependiente de las políticas de protección (Fundación Encuentro, 2001:274-275)

El artículo 48 de la Constitución Política, señala que la seguridad social en Colombia es un servicio público de carácter obligatorio, el cual se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, un derecho irrenunciable, que podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política de Colombia, fijan en cabeza del Estado la obligación de adoptar medidas efectivas, mediante el desarrollo de políticas de integración social de personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, para lo cual, el Estado debe garantizar su derecho fundamental al trabajo.

En desarrollo de lo anterior, fue expedida la Ley 361 de 1997 en la cual, se establecen los mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad, ordenando el desarrollo de programas de prevención, educación, rehabilitación, integración laboral y bienestar social de las personas en condición de discapacidad.

A su vez la discapacidad también ha sido vista como un factor de inserción laboral, pues si bien es cierto la Ley establece que la limitación o discapacidad de una persona no podrá ser obstáculo para su vinculación o desvinculación laboral, la misma obedece a criterios de calificación de pérdida de capacidad laboral por una enfermedad de origen común o profesional, por lo cual, en primera medida se determinará de forma clara la diferencia entre discapacidad e invalidez y su protección constitucional, en segundo lugar se analizará las barreras e imposiciones que deben superar las personas en condiciones de discapacidad y el

daño que puede generar al acceder al mercado laboral, por último, se comparará la figura del principio de estabilidad reforzada del cual gozan no solo los trabajadores en condición de discapacidad, abordada desde las discrepancias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, la calificación y criterios adoptados para su determinación en atención a la realidad social.

Al interior de nuestro ordenamiento jurídico, el legislador creó la Ley 1618 de 2013, con el fin de prever lo relativo a garantizar el ejercicio pleno de personas que se encuentren en tal condición. Así pues, el art. 1° prevé que “las personas con y/o en situación de discapacidad, son aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En este sentido, se identifican dos elementos como parte de la discapacidad: deficiencia y barreras, la primera desde el punto de vista personal, al ser una insuficiencia de cualquier tipo y, la segunda, desde la perspectiva del desenvolvimiento en la sociedad.

Por otro lado, con la expedición del Decreto 1507 de 2014, se previó la definición de discapacidad como un término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad y alude que esta será valorada en el Título Segundo “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales”.

El Decreto 1507 de 2014 describe la Capacidad, como la aptitud que tienen todas las personas de realizar una tarea o una acción, a partir de este concepto se deriva la capacidad ocupacional que es descrito en el decreto como la calidad de ejecución que tiene una persona para llevar su vida cotidiana con las habilidades motoras, comunicativas e interactivas para el desarrollo cognitivo que se adquiere desde el crecimiento del embrión y durante todo el desarrollo hasta la adultez. cuando ya se adquiere la capacidad ocupacional, seguidamente se despliega la capacidad laboral que hace referencia al conjunto de habilidades, destrezas y aptitudes que son necesarias para el desarrollo de las diversas profesiones y trabajos a los que se pueden acceder.

El daño que se puede sufrir y sus consecuencias se enmarca como daño la alteración somática o psíquica que daña o perturba la salud de quien lo sufre, con esto trae una serie de consecuencias como lo son la deficiencia que hace referencia a las alteraciones de las

funciones fisiológicas lo que constituye una pérdida o daño, igualmente se debe exponer el concepto de discapacidad que enfatiza que es una limitación para la realización de una actividad profesional en específico.

En la Sentencia T-093/16, se expuso que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, violó el debido proceso en la evaluación del daño sufrido por el accionante, cuando en primer lugar la Junta realiza un análisis de la historia clínica, pero esta solo se hizo frente a ciertos parámetros, por lo que claramente en la inobservancia del médico perito se produjo la clara violación al debido proceso, el segundo parámetro que la sala analiza como violatorio hace referencia a que las Juntas emitieron sus dictámenes con historia clínica ilegible y que debieron hacer uso de las herramientas de petición para acceder a una historia clínica visible con la que se pudiera eventualmente calificar de forma correcta el daño causado y como tercer parámetro la Junta no analizó la idea respecto de los fundamentos de hecho, puesto que cuando por inferencia cuando una persona lleva incapacitada un año y 8 meses, esta persona debería evaluarse dentro del artículo 2° de la Ley 776 de 2002, la incapacidad temporal es definida como *“aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado”*, por lo que constituye para la sala una equivocada valoración del daño que produce en este caso el accidente y por lo tanto una violación a los derechos que deben protegidos.

La valoración del daño es fundamental para poder determinar la pérdida de capacidad laboral, cuyo porcentaje es fundamental para determinar los posibles derechos que pueden ser acreedores las personas que son calificadas y cuyo daño es valorado en derecho, bajo los parámetros que establece el manual de calificación promulgado y sancionado por Colombia.

Medina (2017) señala que todo daño corporal es un daño personal, mientras que no todo daño personal es un daño corporal, pues el daño personal que causa un accidente de circulación es corporal y el que causa a los bienes de la personalidad distintos de la vida y de la integridad psicofísica (salud) es personal pero extracorporal, esta magnitud de daño corporal dentro del sistema de seguridad social, es determinable a partir de tres elementos los cuales son la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía.

En el caso de la deficiencia es esa pérdida o inusual funcionamiento de alguna estructura o función tanto física como anatómica, en algún órgano, sistema o miembro, estas pueden ser de carácter temporal o permanente, y cuyo porcentaje que se le otorgará un puntaje máximo del 50%. (Ministerio del Trabajo, 2014)

Por su lado, la discapacidad es la restricción o ausencia de capacidad para realizar una actividad, esta puede ser temporal, transitoria o progresiva a la cual se le dará un porcentaje máximo del 20%, y por último, la minusvalía es la desventaja que tiene la persona en funciones de sus características propias como su edad o sexo, que es generada a consecuencia de una deficiencia o una discapacidad a la que se le otorga un porcentaje máximo del 30%.

2.2. Paradigma interpretativo

En este apartado se aborda el paradigma interpretativo necesario para entender la variedad de posturas epistemológicas frente a un mismo objeto de estudio lo que permitirá abordar las implicaciones de estas situaciones en el ordenamiento jurídico delineando el enfoque desde el cual se analizan las relaciones jurídicas de la responsabilidad social.

El abordaje sobre la posibilidad de la generación de un método a partir de cánones de interpretación y patrones de cumplimiento, hace necesario discutir sobre la forma de lograr una aproximación epistémica más general al objeto de estudio, formulando las condiciones que hacen posible cualquier modo de comprensión, por lo cual es necesario referirnos a la hermenéutica, entendida como una filosofía trascendental que señala los presupuestos necesarios para que una cosa pueda ser entendida conforme a su sentido (Kaufmann, 1996).

La hermenéutica comporta tres dimensiones (Mejía, 2014):

1) La intelección, que supone a su vez la distinción entre:

1.1. La Intelección básica, entendida como la operación inmediata de entender o el horizonte interno de nuestro conocimiento, determinado por los prejuicios o efectos de la historia sobre la conciencia.

1.2. La interpretación o intelección comparativa, que permite la aplicación total del fenómeno a través de una operación que supone un conocimiento más profundo del objeto por medio de

la desmembración, fundamentación y esclarecimiento de su estructura y sus relaciones contextuales, que esclarezcan los presupuestos y condicionamientos históricos que determinan la relación entre el sujeto y el objeto de estudio.

1.3. La aplicación, que constituye la evidencia de que la propia comprensión transforma lo comprendido, en virtud de lo cual la hermenéutica encuentra la realización de lo interpretado, demostrando que no se agota en un saber teórico, sino que también comporta un fin práctico.

2) El lenguaje, frente al cual se ha demostrado que la historia y el mundo del hombre vienen determinados por una constitución lingüística, que esquematiza previamente las posibilidades de conocimiento, que reconozcan la tradición y las circunstancias históricas que la rodean siendo a su vez fuente de la incompreensión. El hombre interpreta la historia a través del lenguaje, siendo este un vehículo neutral del conocimiento del que depende necesariamente la interpretación de la realidad.

3) La mediación, en virtud de lo cual el conocimiento histórico viene necesariamente mediado por un conjunto de factores que es imprescindible tener en cuenta para no reivindicar como ciertas conclusiones erradas. En ese sentido, la comprensión está mediada en primer lugar por el lenguaje a través del cual se transmiten esquemas que condicionan el conocimiento. En segundo lugar, por la cultura, pues las repercusiones de la historia en la consideración inconsciente de la misma configuran la intencionalidad hacia ella, generando el prejuicio o precomprensión que define el horizonte inicial del conocimiento histórico y cuya claridad debe permitir acceder a una comprensión más amplia y profunda del fenómeno histórico, evitando un choque irreconciliable de prejuicios.

Respecto al Derecho, la hermenéutica no se reduce a subsumir el caso bajo la ley, situándole completamente fuera, sino que cumple un papel activo de construcción en la denominada "aplicación del derecho", fundamentado en la tradición.

En ese sentido, dado que Derecho no es un mero acto pasivo de subsunción, sino una actividad de construcción en que el sujeto investigador interviene como parte, se deduce entonces que el Derecho pertenece al ámbito de las relaciones, porque consiste en relaciones de unos hombres con otros y con las cosas, lo cual deriva en que para el pensamiento jurídico, sólo existe un "sistema abierto", y, dentro de éste, sólo "intersubjetividad". (Kaufmann, 1996)

La captación del sentido consiste ante todo en un autoentendimiento del sujeto. Para hacer que el texto hable, el intérprete ha de acercarse a él disponiendo de una "noción previa" o "prejuicio" y solamente cuando él mismo entre a formar parte del horizonte del conocer a través de la

tradición, se hallará en condiciones de fundamentar argumentalmente la conclusión "provisional" a que había llegado ya, cumpliendo de este modo lo que se denomina "espiral" o "círculo hermenéutico". (Kaufmann, 1996)

La abducción precede a la inducción (la conclusión del caso por encima del resultado de la norma). Así ocurre, también, en el proceso de obtención del derecho. A la pre-comprensión hermenéutica sigue la formación de la premisa mayor y la premisa menor de la conclusión deductiva-subsumitiva: la premisa mayor a través de la inducción y la premisa menor por medio de la analogía lo cual sucede simultáneamente dando lugar al círculo hermenéutico. (Kaufmann, 2005)

La interpretación jurídica funcional normativa, parte del problema de la interpretación en general, que plantea la cuestión de si la comprensión es un control racional investigado por medio de un proceso intersubjetivo. (Betti, 1949)

La teoría general de la interpretación, el intérprete establece un vínculo entre la *ratio legis*³ y la *ratio juris*⁴, encargo que le corresponde asumir a su talento subjetivo, convirtiéndose en un árbitro para elegir entre las normas existentes y los posibles intereses tutelados. (Betti, 1990)

La teoría normativa del positivismo jurídico señala que el derecho se agota en el texto legislativo y exige una neutralidad hermenéutica que le prohíbe al intérprete, juez, o jurista teórico, remontarse a la instancia metajurídica, ética, social o económica, limitándolos a interpretar objetivamente las valoraciones normativas que determinan la disciplina positiva de las relaciones inmanentes al orden jurídico, donde la jurisprudencia se reduce finalmente a un análisis lingüístico y técnico dirigido a determinar el significado de la palabra empleada en la prescripción normativa individual o legislativo con la finalidad de reconstruir el concepto dogmático, que tienen condicionada su validez al grado de rigor lógico con que el jurista establece las reglas de uso. (Betti, 1949)

En la dialéctica del proceso interpretativo se parte de que la objetividad actúa por medio de la subjetividad y sensibilidad del intérprete, que tiene la capacidad de elevar a un nivel de conciencia el valor de la expresión que corresponde al sentido de la objetividad. (Aflén da Silva, 2006)

³ Por razón legal (*ratio legis*) se ha de colegir el fundamento teleológico de la disposición legal o la ley en su totalidad, su fin, esto es, el para qué de su regulación o prescripción. (Carrasco, 2017)

⁴ Por *ratio juris*, los fundamentos de validez sistemático-normativa (Neves, 2013)

La doctrina define distintos tipos de interpretación que en muchos casos compiten arrojando distintas interpretaciones sobre una misma norma y en otros casos complementándose entre sí. Al respecto, se ha intentado ordenar o preferir una interpretación sobre otra debido al peso colocado en un principio interpretativo sobre el otro (Rotolo et al., 2015) a través de los denominados cánones de interpretación.

Las interpretaciones pueden tomar muchas formas temáticas: el lingüístico podría tener un significado ordinario o técnico; la interpretación sistémica podría abogar por la armonización contextual, el precedente, la analogía, la lógica-conceptual, los principios relevantes o la historia; la teleológica podría argumentar con propósitos o razones sustantivas; y con la transcategorica, se buscaría la intención de entre los anteriores.

A continuación, se realiza una clasificación de los tipos de argumentos según los cánones de interpretación definidos a partir de los estudios de Araszkievicz [2013] y MacCormick y Summers [1991] aplicables al civil law:

Tabla 1: Clasificación de los tipos de argumentos según los cánones de interpretación

Tipo de Interpretación	Precisión	Tipo de argumento
Interpretación Lingüística Interpretación Sistemática	Argumento de sentido común. Tiene el objetivo de preservar la claridad y precisión en el lenguaje legislativo. Estos argumentos apelan esencialmente a un significado ordinario o palabras ordinarias, o a un significado técnico de ordinario o a	Argumento de significado ordinario: la interpretación parte del significado de las palabras ordinarias utilizadas en la sección específica del texto legal que se está interpretando. Donde hay más de un significado ordinario para una palabra utilizada en el texto, el contexto general de uso puede tomarse para indicar qué significado es lingüísticamente más apropiado. El argumento del significado técnico: estos son argumentos de un significado técnico de

	<p>palabras técnicas, ya sean legales o no legales.</p> <p>Todos los restantes tipos de argumentos que se numeran a continuación pueden:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Confirmar un significado ordinario o técnico de las palabras; 2. Apoyar un significado especial contrario en lugar de un significado ordinario 3. Aclarar y así determinar el significado legal donde exista ambigüedad sintáctica o vaguedad. 	<p>las palabras ordinarias, legales o no legales. La frase se usa con un significado técnico estándar que con frecuencia se puede determinar fácilmente del contexto general de uso en la sección del estatuto involucrado, del historial del uso de tales palabras previamente en la ley o de otra fuente técnica</p> <p>Los términos aquí incluyen términos legales técnicos, así como los términos técnicos de otras actividades especializadas.</p>
	<p>Enfatiza el principio de racionalidad basado en el valor de la coherencia e integridad en un sistema legal</p>	<p>Argumento de la armonización contextual: este argumento surge no solo del texto normativo en el que aparecen las palabras en cuestión, sino también del uso en otras partes de esa norma, o en normas relacionadas.</p> <p>Argumento de precedente: estos argumentos invocan precedentes judiciales que ya interpretación sobre las normas.</p> <p>El argumento de la analogía: el significado de una disposición legal es significativa análoga a disposiciones similares de otras normas. Puede interpretarse adecuadamente para asegurar la similitud de sentido con la disposición análoga, ya sea considerada en sí</p>

		<p>misma o considerada a la luz de las anteriores interpretaciones judiciales de las mismas. En general, este argumento no se puede utilizar para: 1. extender una prohibición penal 2. Extender una norma que establece un impuesto o 3. Ampliar una excepción legal explícita.</p>
		<p>Argumentos lógico-conceptuales: la idea que rige aquí es que, si se utiliza algún concepto legal general reconocido y doctrinalmente elaborado en la formulación de una ley disposición, debe interpretarse de modo que mantenga un uso consistente del concepto en todo el sistema, o una rama o ramas relevantes de él. Ej: términos tales como contrato o sociedad.</p>
		<p>El argumento de los principios relevantes del derecho: se refiere a esos principios aplicables dentro del campo en el que surge el problema de interpretación. Se distinguen tres sentidos de los 'principios del derecho': 1. normas morales sustantivas: previamente invocadas por los jueces al interpretar las normas; 2. Principios generales de derecho sustantivo ampliamente aplicables dentro de una rama particular del derecho. 3. Principios generales de derecho, constitucionales, sustantivos y procesales.</p>
		<p>Argumentación histórica: este argumento se refiere a la historia especial y específica de la reforma de la norma.</p>

<p>Interpretación teleológica - evaluativa</p>	<p>Este nivel de argumentación enfatiza la necesidad de razonamiento práctico en términos de los valores que subyacen en el ordenamiento jurídico.</p>	<p>El argumento de propósito: si un propósito particular se puede identificar al aplicar una disposición legal en un caso concreto, la interpretación dada debe ser compatible con tal propósito.</p> <p>Los propósitos identificados son evaluativos al menos en el sentido de que proporcionan una base para evaluar una interpretación más adecuada que otra.</p> <p>El argumento de razones sustantivas: estos argumentos buscan invocar consideraciones morales, políticas, económicas, u otras sociales.</p> <p>Se distinguen dos variedades de razones sustantivas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las particulares que informan el contenido o que son relevantes para la interpretación inmediata de una norma. 2. Las generales que establecen los fundamentos de las instituciones y procesos tales como la democracia, el debido proceso o el Estado de Derecho.
<p>Interpretación transcategorica</p>	<p>Interpretación que parten de la intención del legislador de que las palabras en cuestión tengan un significado dado.</p>	<p>El argumento de la intención: estos argumentos persiguen el efecto de que el legislador pretende que las palabras en cuestión tengan un significado dado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De acuerdo con alguna intención particular; y 2. Con respecto a algún elemento que sirve como objeto de intención. Ej: <ol style="list-style-type: none"> 1. El legislador conoce el idioma nacional y usa palabras ordinarias o técnicas.

		<p>2. El legislador pretende que sus promulgaciones sean constitucionalmente válidas;</p> <p>3. El legislador no pretende resultados absurdos o manifiestamente injustos;</p> <p>4. El legislador no pretende que un estatuto tenga efecto retroactivo;</p> <p>5. Todo tipo penal requiere de culpabilidad</p> <p>6. Los tratados no deben ser infringidos.</p> <p>Estas presunciones solo son refutadas por expresiones claras y expresas dentro de las normas.</p>
<p>Interpretación cuando existen vacíos normativos</p>	<p>Es necesario para remediar los vacíos intrínsecos y extrínsecos en la legislación resultante de nuevos hechos jurídicos. El marco puede ser limitado a generar los argumentos de intención que la legislatura o doctrina judicial utilicen para llenar los vacíos normativos</p>	<p>No aplica</p>

Fuente: elaboración propia a partir de Araszkievicz [2013] y MacCormick y Summers [1991]

2.3. Teoría Neoinstitucional del Derecho

Este aparte de la tesis se aborda desde el enfoque del análisis económico del derecho y las posturas que el jurista-economista tiene que asumir, frente a los fenómenos jurídicos, partiendo de la posibilidad del progreso de las instituciones jurídicas en una combinación de análisis y construcción. Esto quiere decir que un análisis - lógico y lingüístico -de las normas, conceptos

y razonamientos jurídicos, según el método de la jurisprudencia analítica, es necesario junto al análisis jurídico-económico positivo y a la proposición de conceptos más adecuados; lo que, a su vez, comporta tomar posición sobre fines y valores. Para los juristas-economistas no hay verdades absolutas, definitivas, que no estén sujetas al control de la razón y de la experiencia. (Chiassoni, 2013)

La teoría institucional concibe el derecho como institución, como se indica en el libro Filosofía y teoría del derecho de Jorge Luis Fabra Zamora en el acápite de teoría institucional del derecho, es una doctrina jurídica que encuentra en el concepto de la institución jurídica la explicación de todo fenómeno social de modo que el derecho mismo termina por identificarse con la institución que crea las normas según el adagio *ubi societas ibi ius*.

En esta teoría, los principales exponentes son Maurice Hauriou y Santi Romano y Carl Schmidt. (Bengoetxea, 2015)

Conforme a lo indica Romano en L'ordinamento giuridico (1917), el derecho es el cuerpo social que coincide con una organización concreta que funciona en una sociedad a través de la actividad jurisdiccional, las administraciones y los órganos estatales. Contra lo que pretenden los normativistas, el derecho alcanza mucho más allá del sistema de normas, ya que muchas de las normas identificables en el ordenamiento jurídico pueden considerarse irrelevantes o inexistentes. Para Romano, el derecho antes de ser norma y de regular una relación jurídica concreta, es organización, estructura de la sociedad, entidad unitaria autosuficiente. (Bengoetxea, 2015)

Por ejemplo, Romano considera a la mafia como una institución dado que lo que importa es que está organizada y desarrollada y que sea efectiva en lo que se propone, y en última instancia evita la discusión de la validez o aceptabilidad de las normas, que está también en la base de la sociabilidad jurídica. El derecho se va moldeando por la producción espontánea y está vigente toda vez que existen relaciones sociales que lo apoyan. (Bengoetxea, 2015)

Por su parte, Maurice Hauriou (1883- 1929) propuso una teoría de las instituciones que definía el Estado como institución corporativa diseñada para proteger la vida civil y la libertad. La institución a su vez es una idea o un proyecto de obra o de empresa que se realiza y perdura jurídicamente en un entorno social de modo que para realizar esta idea se va organizando un poder y se van creando unos órganos que se rigen por ciertos procedimientos y al mismo

tiempo los miembros del grupo social comparten esa idea, ese proyecto y lo reafirman. (Bengoetxea, 2015)

Para Carl Schmitt (1888-1895), la institución encarnaría, frente a la norma, un ámbito de la decisión adoptado por una comunidad orgánica que no se funda sobre una convención, donde distintas personas se encuentran agrupadas (y atrapadas) en una totalidad que no pueden trascender y cuya regulación es inherente o propia: el organismo se autorregula y no necesita dotarse ni dictar normas generales, abstractas y universales sino que se desarrolla a través de manifestaciones vitales y a través de las decisiones de los individuos que lo componen y que tienen una relación privilegiada con la comunidad. El institucionalismo se convierte en la ideología que justifica el decisionismo. (Bengoetxea, 2015)

Ahora bien, como bien explica Massimo La Torre (1993), existen versiones del institucionalismo jurídico posteriores a la teoría propuesta por Santi Romano (1977). Entre ellas la propuesta de MacCormick y Weinberger,

La Teoría institucional del Derecho es una teoría jurídica postpositivista recogida principalmente en las obras *An Institutional Theory of Law. New Approaches to legal Positivism* presentada por Neil McCormick y Ota Weinberger en 1986 y posteriormente desarrollada en *Institutions of Law: an essay in Legal Theory* del profesor McCormick publicado por la Universidad de Oxford en el año 2007.

Se trata de una teoría iuspositivista moderada para la que el derecho se concibe como producto voluntario de los seres humanos y no de entidades sustraídas a la consciente intervención del hombre, aunque admite la posibilidad de normas no expresamente establecidas por el legislador, pero afirmando que mientras el derecho es susceptible de conocimiento (una vez establecidas las normas), no puede decirse lo mismo para la moral, por lo que los separa como ámbito de estudio (La Torre, 2006).

Esta teoría concibe el derecho como institución, donde el concepto de "Institución", es cualquier ente o cuerpo social que tenga un orden estable y permanente y forme un cuerpo en sí, con vida propia. (Romano, 1983)

En la definición del concepto de Derecho deben tenerse en cuenta también otros elementos como los ámbitos de acción, hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal. Esta definición es "anti individualista" en el sentido de ser empleada teóricamente

contra la figura del individuo en pro de una concepción ontológica de la comunidad respecto del individuo y una separación entre derecho y moral, esta última reducida a una manifestación meramente subjetiva, individual. (La Torre, 2006).

La Torre (2006) señala que lo desarrollado por Ota Weinberger y Neil MacCormick, hace parte de una corriente realmente Neo-institucional, que parte no del antiformalismo como lo hicieron algunos de sus antecesores dentro de la teoría institucional como Santi Romano o Maurice Hauiou, sino más bien del lenguaje ordinario y de la idea de los “hechos Institucionales”, recuperando y en uso pleno de la noción de “norma”.

El neo-institucionalismo jurídico es la resultante de dos tradiciones de pensamiento convergentes entre sí: la *analytical jurisprudente* planteada por H. L. A Hart (del que MacCormick había sido discípulo) y la "teoría pura del Derecho" en la versión crítica y heterodoxa construida por el checo Franz Weyr, gran amigo de Kelsen (que le dedica el libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*) y docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Brno (donde desarrolla sus estudios Weinberger). (La Torre, 2006)

Por su parte, Maria Leonor Suárez Llanos indica que el neoinstitucionalismo propone una epistemología de imbricación ontológica. Esto le orienta a una concepción analítica que se enriquece pragmáticamente con los aportes sociológicos que animaría la propia dinámica del Derecho. Y, a la par, le lleva a atender no sólo a las reglas positivas, sino también a los principios y a los criterios que permiten interconectar ambos modelos normativos. Esta comprensión más abierta del ordenamiento jurídico trata de superar la clásica dialéctica interna entre coherencia formal y material. Pero, se enfrenta al reproche de conculcar el principio de legalidad, animar la arbitrariedad judicial y disolver la seguridad y la certeza jurídicas. (Suárez, 2005)

La concepción neoinstitucionalista plantea «una versión del positivismo legal» (MacCormick, Weinberger, 1986: 8) para la que las consideraciones valorativas sobre lo que debe ser el Derecho constituyen un punto de vista normativo y constitutivo de la validez jurídica. Al respecto se plantea el cuestionamiento de si dicha mediación cognoscivista contradice los postulados básicos del positivismo –voluntarismo en la producción y asepsia en el conocimiento– o si la antítesis positivismo-iusnaturalismo (Derecho Natural de lo razonable) se evapora a la vista de la verdadera consistencia del Derecho positivo. (Suárez, 2005)

Frente a dicho cuestionamiento, la autora cita a MacCormick quien propone cuatro argumentos a saber:

1. Afirmación tanto del criterio de positividad como condición de validez cuanto de la tesis de separabilidad conforme a la que el Derecho es válido sin necesidad de que sus contenidos acuerden con los contenidos de lo justo. Y es que, si ontológicamente se asumiera sin más «una analogía entre el razonamiento legal y el razonamiento moral» (MacCormick, 1978: 272) se incurriría en la «forma grosera de legalismo» del «imperialismo legal» que vincula inmediatamente la representación a la naturaleza moralmente valiosa, justa y razonable de lo representado, el Derecho.
2. El Derecho positivo ya encarna la importante forma de justicia civil de la certeza y la seguridad jurídica. La teorización del material jurídico también contribuye a esa forma de justicia contraria a la actuación discrecional, por lo que el razonamiento legal constituye «un tipo de razonamiento moral porque ya está altamente institucionalizado y formalizado» (MacCormick, 1978: 272). De esta forma, el neoinstitucionalismo anima una reactualización del argumento de Radbruch en favor del valor de la positividad que deberá ajustarse a una forma de justicia mínima que Fuller concreta en su «moral interna del Derecho», en lo que puede denominarse la razonabilidad formal del sistema jurídico.
3. El tercer argumento destaca que como el Derecho se relaciona con la praxis, con lo que se hace en relación con la acción debida, se descubre un vínculo entre Derecho, moral y sociedad. Porque el mundo y su dimensión regulativa resultan de múltiples y concatenados esfuerzos por definir un orden ideal y benéfico conforme a valores morales compartidos por la comunidad político-jurídica. El individuo no parte de la nada; aprende el código moral dado heterónomamente, de forma que «lo que el orden normativo... establece es, en gran medida, compatible con lo que es considerado correcto desde el punto de vista de cualquier actitud moral razonable» (MacCormick, 1997: 417).
4. El sistema jurídico es una institución moralmente relevante porque responde a ciertos valores que guían y deben guiar su desarrollo pragmático y posibilitan la noción de justificabilidad racional a nivel político y jurisdiccional, desvelándose el vínculo entre legalidad y moralidad, la «moralidad institucional», conforme a las razones prácticas de la acción que deben explicitar los órganos de decisión. (Suárez, 2005)

Se considera que las normas no sólo restringen, sino que también extienden el campo de acción de los seres humanos, pues gracias a las "instituciones" (contrato, propiedad, matrimonio, etc.), los seres humanos, están en condiciones de aumentar el número de hechos existentes en el mundo, sin necesariamente acrecentar el número de objetos físicamente existentes. (La Torre, 2006)

En relación con esta teoría Martínez en "*Una interpretación convencionalista de la validez jurídica en la teoría institucional del derecho*" (2017) indica que la Teoría institucional del Derecho fue propuesta originalmente por Neil MacCormick y Ota Weinberger, según el autor esta teoría es un intento por explicar la naturaleza del derecho en términos de la relación que existe entre la práctica jurídica y las instituciones sociales.

Para Ota Weinberger es posible apreciar la diferencia entre hechos institucionales y brutos si se observa un tablero de ajedrez y sus piezas dispuestas para comenzar una partida, descritos en términos puramente físicos (como objetos de cierto tamaño, forma y color) y los mismos objetos descritos en términos de su función institucional, esto es, de su papel en el juego (sabemos qué es un peón, una torre o un rey y como deben desplazarse en el tablero, en virtud de las reglas del ajedrez). (Martínez, 2017)

Como se observa, la noción de institución se encuentra relacionada con lo normativo y ningún hecho podría ser institucional sino gracias a alguna clase de conexión con algún tipo de contexto normativo.

Frente a la diferenciación propuesta por MacCormick, el autor señala que identificar las propiedades relevantes que permitan apreciar que un evento es institucional o bruto depende de que se conozca con anterioridad qué propiedades son relevantes, es decir, atribuir a la observación poder explicativo alguno respecto de la diferencia entre hechos brutos e institucionales, según Martínez Torres, parece falso que sea posible concluir a partir de la mera observación que un hecho es institucional conforme lo sugiere MacCormick, se requiere de información adicional (especialmente con un contexto normativo determinado). (Martínez, 2017)

En términos de la teoría institucional del derecho, dado que el reconocimiento de hechos institucionales es inescapable a la explicación de la realidad social, y dado que el derecho es una parte muy importante de esa realidad, el método correcto de elucidar la ontología de nuestra práctica jurídica es reconocer que todos los hechos que tienen lugar en ella son institucionales. Claramente, decir lo anterior no implica que el derecho sea exhaustivo respecto

de la realidad social, la esfera de los hechos institucionales, o el campo de los contextos normativos. La posibilidad para que otros dominios dentro de la sociedad sean normativos o institucionales se mantiene abierta. Buenos ejemplos de esto según MacCormick son la moralidad, que es normativa pero no institucional, y la política, que es institucional pero no normativa. (Martínez, 2017)

MacCormick (2008) tomando como punto de partida la suposición de que tanto juristas como filósofos están comprometidos con ver al derecho como una cuestión de hecho en lugar de verlo como un fenómeno irreal, sostiene que existe una interconexión casi evidente entre la idea de hechos institucionales y la idea de que el derecho es "institucional" o que posee un "carácter institucional", y la idea de hecho institucional es fácil de relacionar con la idea de que:

1. El derecho está compuesto de instituciones como los contratos, la propiedad, el matrimonio, etc.
2. El derecho es institucional en el sentido de que es administrado por cortes, legislaturas, etc.
3. El derecho se relaciona con la idea de hecho institucional tiene que ver con cierto uso del término "institución", asociado con la palabra latina institutio que se usaba para referir a un libro de texto.

En este punto y dado el interés epistemológico de la presente tesis, encontramos una relación conceptual de las teorías institucionales tanto de la Economía como del Derecho. En el campo de la primera Douglas North propone el supuesto de que la información es incompleta y la capacidad mental es limitada al momento de procesar la información, por lo que los seres humanos crean e imponen restricciones a la interacción humana para poder estructurar el intercambio cada vez más complejo, restricciones que se constituyen precisamente en instituciones que a su vez son las reglas de juego en una sociedad o, dicho de otra forma, son las limitaciones ideadas por el hombre para dar forma a la interacción humana y por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. (North, 1990).

En esta teoría de la institucionalidad del derecho los estándares normativos, tales como reglas, principios y convenciones tienen la facultad de calificar o definir aquellas acciones que se consideran correctas o incorrectas. Según MacCormick (2008) esta teoría propone el uso del término "norma" para referirse a cualquier "proposición de deber explícita o implícita que supuestamente juega este papel enjuiciador en el pensamiento práctico de una persona".

Bajo esta óptica y según las líneas de la teoría, un gran número de prácticas sociales son determinadas por las normas, las cuales guían y coordinan el comportamiento de la sociedad, es así que sus miembros ya tienen pleno conocimiento de lo que les he permitido hacer o de aquellas practicas a las que deben abstenerse.

Conforme lo establece MacCormick (2008), para que una práctica sea normativa solamente se requiere que exista un mínimo de coincidencia entre las opiniones normativas de los participantes. Es así que, aunque existan diferencias de opiniones frente a una práctica, el simple hecho que la misma sea obedecida por un número de personas la convierte en normativa. No obstante, debe precisarse que lo anterior no implica que las personas no puedan interpretar la norma de una manera distinta a la idea general, pues lo relevante de la teoría es que aquella práctica normativa coincida mínimamente entre lo que puede considerarse como correcto o incorrecto.

De lo anterior, vale resaltar que las prácticas sociales siguen un orden, donde los participantes no actúan de forma arbitraria, tal como lo establece MacCormick (2008), existe un orden social normativo cuando:

1. Las personas de hecho guían su comportamiento de conformidad con una opinión sobre lo que es correcto hacer.
2. Existe la suposición entre ellos de que dicha opinión es mutua.
3. Existe una coincidencia de opinión suficiente (no necesariamente perfecta) entre ellos.

En esta teoría, lo ideal es que los miembros de una sociedad cuenten con una conciencia mutua y una expectativa generalizada, donde se considere que una práctica social es correcta o incorrecta y que bajo esta línea todos actuarán conforme lo indique la norma, es decir, realizarán alguna práctica o se abstendrán a ello.

Ahora bien, esta ordenación normativa para algunos autores puede adoptar dos formas, una formal o una informal, al respecto, Douglass North (1993), establece que las reglas de carácter formal son codificadas explícitamente, facilitando la comprensión y el cumplimiento de expectativas en sociedades complejas y las reglas informales la garantía de su aplicación por la sanción social, ya que son tácitas y significadas por relaciones simbólicas, rituales, tradiciones consideradas normativas, culturales, convicciones, códigos de conducta autoimpuestos, reglas de etiqueta, preferencias-percepciones subjetivas, actitudes mentales subjetivas, normas gramaticales y semánticas.

Al respecto, para MacCormick (2008) las normas pueden tener una transición cuando se formula una norma convencional y es adscrita a una autoridad, pues se convierte en cierto tipo de regla autoritaria, es decir se pasa de lo normativo informal a uno formal, de una norma no explícita a reglas explícitas. Según el autor, esta concepción de la formalidad normativa expresa una manera común en la que las personas usan el término "regla", sostiene que una regla es "la norma formalmente enunciada, o promulgada, por alguien en una posición de autoridad capaz de tomar decisiones", en otras palabras, las reglas deben ser taxativas, es decir, estar señaladas en un determinado texto y ser promulgadas por una autoridad competente.

Otro elemento importante dentro de la teoría bajo análisis es la clasificación de las reglas en términos de su fuerza práctica, pues existen diferentes grados de aplicación de consecuencias normativas a cada ocurrencia de hechos operativos y esto es evidencia de la existencia de distintos tipos de reglas. MacCormick (2008) propone tres clases de reglas: reglas de aplicación absoluta, reglas de aplicación estricta y reglas de aplicación discrecional.

Una regla es de aplicación absoluta si debe ser aplicada en cada ocasión en la que ocurren los hechos operativos, deben seguirse sin excepción las consecuencias normativas, un ejemplo de su aplicación se puede evidenciar en los juegos matemáticos y con un fin cerrado como el ajedrez.

Por su parte, una regla es de aplicación estricta si debe ser comprendida y aplicada en el entendido de que pueden surgir ciertas circunstancias donde el administrador judicial evidencie que la regla no debería ser aplicada, pero de acuerdo a su letra si debería, es allí cuando quien aplica la norma tiene discrecionalidad sobre la misma y puede hacer algunas excepciones en casos específicos o especiales.

Una regla es de aplicación discrecional cuando quien toma las decisiones considera y analiza cada caso a la luz de todos los factores relevantes y llega a una decisión de acuerdo con el balance que haga del caso.

Por su parte, la teoría post-positivista que presenta MacCormick parte de un fundamento empírico crítico basado en el análisis de justificaciones y razonamientos jurídicos donde la estructura básica de la justificación es silogístico-deductiva donde el juez bajo el principio de justicia formal explicar bajo normas generales aquellas decisiones que tome frente a casos puntuales y bajo esta misma línea debe decidir para casos iguales. Aunque existen circunstancias en que no es posible aplicar literalmente la norma al caso concreto si no que se

debe formular una excepción y para ello el administrador de justicia debe presentar los argumentos de la decisión.

Es así que, aquellos casos futuros que sean idénticos al caso deberán decidirse del mismo modo bajo la misma línea y para aquellos que no son completamente idénticos será por analogía. Así mismo, en consideración a que dentro del sistema jurídico existen una serie de principios y que sobre ellos existen litigios o casos difíciles donde deberá existir alguna preponderancia sobre alguno de ellos, el juez deberá decidir cual de ellos prevalece.

Por lo anterior, el juez debe acudir a los medios probatorios para formar su criterio y de esta forma decidir como en derecho corresponda y conforme a la realidad o verdad demostrada de los hechos, es así que la prueba deja de ser un simple concepto y se convierte en una herramienta del juzgador para valorar razonablemente el juicio y aplicar la lógica al caso concreto.

En el razonamiento jurídico del administrador de justicia, se debe analizar la prueba versus los hechos presentados, pues si bien el juez tenía una información y unos hechos previos, la práctica de pruebas puede generar dudas al juez o mostrar algún tipo de falsedad dentro del proceso que lleve al juzgador a decidir de una u otra manera. Esto mismo sucede con la práctica de la prueba testimonial donde el juez debe valorar la pertinencia, la credibilidad y la relevancia del testimonio para formar su conocimiento y no incurrir en errores.

De igual forma, en los casos difíciles donde se presentan choques de derechos, el juzgador debe analizar los derechos y elegir cual prevalecerá sobre el otro, no obstante, esta facultad discrecional se encuentra limitada pues la elección debe ser justificada y conforme a derecho.

Dentro de la justificación que presenta el juez, se debe tener una argumentación jurídica y una deliberación de lo que se debe hacer o no hacer y como decidir frente al caso concreto en consideración de la normatividad y los requisitos jurídicos que aplican al caso. Lo anterior, en consideración que cualquier decisión que tome la autoridad judicial puede generar una serie de consecuencias.

Para MacCormick (2008), las consecuencias se pueden presentar en dos sentidos: las implicaciones jurídicas de las posibles decisiones interpretativas y normativas en el seno del

sistema jurídico y las repercusiones o los impactos de dichas decisiones sobre el entorno del derecho, sobre la sociedad.

En este orden de ideas, el administrador de justicia dentro de su análisis debe considerar los efectos sociales, económicos, ambientales, sociológicos, que puedan generarse por la toma de decisiones, así mismo, deberá analizar los riesgos y la probabilidad de que se materialicen sin dejar a un lado las normas y la debida argumentación y justificación del porqué se tomó la decisión en ese sentido si fue con fundamento en las pruebas, la relevancia de los hechos, por analogía, silogismos, etc.

En la coherencia de los argumentos del administrador de justicia, MacCormick los clasifica en los siguientes términos (Caballero, 2010):

- La coherencia global, obtenida a través de una reconstrucción racional y «principal» del sistema jurídico, que enfatiza el rol de los principios a la hora de desarrollar una concepción interpretativa del derecho. Este sentido de la coherencia inspira a la interpretación jurídica: la coherencia global del derecho funciona como un ideal regulativo al que aspira la interpretación.
- La coherencia normativa funcionaría como un criterio en la interpretación de las normas, un test de la argumentación aplicado caso por caso que propugna adoptar aquella interpretación que resulte más coherente con los principios que inspiran un conjunto de normas.
- Coherencia narrativa: se trata de un criterio de la decisión de evidencia o de prueba por el que se contempla la información fáctica obtenida en un marco explicativo narrativo donde el relato de lo acaecido en su conjunto, la calidad de los esquemas explicativos, la completitud de la información veraz se combina para adquirir una verosimilitud o razonabilidad adicionales.
- Coherencia de la justificación, donde los distintos argumentos interpretativos o sobre la relevancia apuntan en la misma dirección generando una estructura de justificación que es más convincente o razonable que la suma de los argumentos individualmente considerados.

2.4. Los discursos sobre el Principio de Solidaridad

En este aparte se pretende abordar distintos discursos teóricos sobre el concepto de solidaridad que resultan particularmente aplicables al análisis de la problemática planteada respecto al tratamiento jurisprudencial de la Estabilidad Laboral Reforzada por discapacidad.

Vale la pena aclarar que no se pretende enumerar la totalidad de los autores que han tratado el tema de la solidaridad, no solo por la inmensa cantidad de páginas que ello supondría, sino principalmente por su amplio abanico de definiciones, siendo la “solidaridad” un concepto difícil de delimitar por su indeterminación y vaguedad. (Hayward, 1959)

En relación con el origen de la solidaridad, Gregorio Guitián indica que el término tiene sus orígenes en el ámbito jurídico, en concreto en el derecho romano, que contemplaba un tipo de obligación *in solidum*, por la cual un conjunto de deudores estaba vinculado entre sí por una obligación y formaban una unidad indivisible en la que cada deudor estaba obligado a responder de la totalidad de la deuda, y no solamente de su parte. Desde el principio, la idea de unidad –en este caso de los deudores– está presente en el concepto (Goffi, 1729).

El paso del ámbito jurídico al filosófico social se produce en Francia, en el siglo XIX, en una confluencia de la sociología y la filosofía social. Por una parte, en la Francia del siglo XVII ya se empleaba el término “solidaridad” en el mundo jurídico, en referencia a la responsabilidad común por las deudas contraídas (Hayward, 1959). Y por otra parte, se considera que es Pierre Leroux (1797-1871), filósofo político parisino encuadrado en el socialismo utópico, quien da a la solidaridad un sentido filosófico y ético-social. Leroux deseaba distanciarse tanto del individualismo propio de la posición liberal como de la disolución del individuo en el todo social, típica del llamado socialismo científico. En 1840, Leroux presenta la idea de “solidaridad humana” (Leroux, 1840), que nace en pugna con el cristianismo, pues la concibe como sustitutiva de la caridad y en contraposición a esta: la solidaridad sería un nuevo modo de resolver efectiva y racionalmente los problemas sociales (Ratzinger, 2002).

Conforme lo establece Guitián (2020) con el concepto de solidaridad Leroux busca una síntesis que subraya el vínculo intrínseco que une a toda la humanidad, semejante al que se da entre madre e hijo, y que lleva a ocuparse de los demás. En el terreno de la sociología, Comte y Durkheim emplearon el término “solidaridad” con un significado propio de su campo y de carácter positivista. El primero usó el término para señalar el hecho de la interdependencia en las relaciones entre los sujetos sociales. El segundo lo utilizó distinguiendo la solidaridad mecánica, que consiste en la cohesión gracias a valores, fines o normas que, a modo de conciencia colectiva, se imponen al individuo singular; y la solidaridad orgánica, que es el ligamen que une a los miembros de una sociedad, quienes, con su consentimiento y en virtud de la división del trabajo, forman como un organismo en el que realizan funciones y roles sociales diferenciados.

Gutián (2020) señala que Léon Bourgeois, político francés y diputado del Partido radical-socialista, quien en su obra Solidarité, dé un impulso práctico al concepto, pasando de la solidaridad como un hecho (el ligamen de dependencia recíproca que nos une a todos) a la solidaridad en cuanto deber moral. Bourgeois es considerado como el padre del “solidarismo” en cuanto teoría social: él lo fundamenta y lo concreta para poder ser puesto en práctica, materializando el paso de la solidaridad del ámbito jurídico al ético-social.

Señala Herrera (2013) que la solidaridad social era teorizada aquí como un derecho natural en la medida en que Bourgeois (quien reconocía ser deudor de la reflexión previa del economista Charles Gide (1847-1932), del filósofo Alfred Fouillée (1838-1912) y de Célestin Bouglé (1870-1940), colaborador de Durkheim) considera que los procesos de solidaridad caracterizan la vida, en el sentido biológico de la palabra sobre el cual se construirá el deber social de la solidaridad, que surge como tal del hecho que el hombre, al nacer, adquiere una deuda social como beneficiario de la obra humana que lo precede y le permite existir.

Gutián, (2020) también señala que el primer texto que menciona explícitamente la solidaridad es de Pío XII, en su encíclica programática Summi pontificatus, de 1959, lo anterior a pesar de que desde León XIII se pueden encontrar documentos que contienen referencias implícitas al concepto: a un espíritu de unión y fraternidad entre todos los hombres, fundado en un vínculo común de origen y de destino, de naturaleza y de gracia; o a un orden social que es una unidad que surge de la conveniente disposición de muchas cosas, y que requiere del vínculo fuerte de la colaboración para la consecución del bien común.

Tabla 2: Concepciones de la solidaridad

COMO VALOR	COMO PRINCIPIO	COMO DERECHO	COMO DEBER
La solidaridad es una condición del ser humano que complementa las actitudes sociales de un individuo, de forma pues, que cuando una persona es solidaria con los demás,	La Corte ha definido el principio de solidaridad como: un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la	El derecho a la solidaridad es un derecho humano en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos tienen derecho a beneficiarse	En cumplimiento del deber de solidaridad todos los hombres sin exclusión alguna no pueden alegar

<p>mantiene una naturaleza social en el entorno en el que se desarrolla personalmente. La solidaridad conduce al desarrollo sustentable de los pueblos, por eso, es fundamental que sea empleada en pro de los beneficios que puede ofrecer a una determinada causa. Será importante aplicar este valor, cuando una persona observa que algún ser querido, ya sean amigos o familiares, tengan algún problema en el que su ayuda o compañía sean un aporte para mejorar en cierto modo la situación.</p> <p>La solidaridad es tan importante que representa la base de muchos valores humanos, como por ejemplo la amistad, el compañerismo, la</p>	<p>vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental.</p>	<p>por igual de una sociedad internacional armoniosa con un orden político y económico internacional justo y equitativo en la que puedan ejercerse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales en un espíritu de solidaridad y armonía internacionales.</p>	<p>de manera exclusiva el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, y en particular la libertad. Si bien, la libertad es un derecho general, al ser enfrentada con el derecho a la solidaridad, esta <> debe ceder parte su aplicación en aras del bien común. Este ceder, no implica que se esté vulnerando el derecho a la libertad de una persona; todo lo contrario, lo anterior se sustenta en el principio del interés general sobre el</p>
---	---	--	---

<p>lealtad, el honor. La solidaridad les permite a las personas sentirse unidas y por consiguiente, enlazadas sentimentalmente a esas personas a las que se les brinda apoyo y por supuesto de las que igualmente se recibe lo mismo.</p> <p>El significado de solidaridad, tiene su origen en un aspecto social, etimológicamente esta palabra proviene del latín “solidus” y significa solidario, en la sociología es una sensación de unidad, cuyo objetivo es lograr una meta común.</p> <p>Se dice que ser solidario es preocuparse por intereses, causas y conflictos ajenos, brindar un apoyo o ayuda sin ningún</p>			<p>interés particular.</p>
---	--	--	----------------------------

interés de recibir algo a cambio.			
-----------------------------------	--	--	--

Fuente: elaboración propia a partir de la revisión del marco teórico.

En el plano de la ética la solidaridad aparece como una virtud moral en virtud del cual se asume como propio el interés de un tercero, identificarse con él, hacerse incluso cómplice de los intereses, desvelos e inquietudes de ese otro ser humano. (Cortina, 1990)

Émile Durkheim a partir de la idea de vinculación entre el individuo y la comunidad social, pensó en la solidaridad como la esencia misma de la moralidad, el ideal moral, porque conjugaría la autonomía personal con la integración social (Buck, 2005), definiéndola como orgánica en donde la interdependencia se apoya en la complejidad y en la diferenciación que resulta de la división del trabajo. (De Lucas, 1994)

El concepto de «solidaridad» no puede reducirse a su contenido económico, como equidistribución de la riqueza sino que atiende a una noción pluridimensional, con alcance jurídico y político (De Antonio, 1986)

Desde el derecho, el término «solidaridad» encuentra su raíz en el étimo romano *solidarium*, que se enlaza con las expresiones *solidum*, *soldum*, y que significa «entero», «compacto» y se remonta a la *obligatio in solidum* con la que el derecho romano designaba la responsabilidad compartida de los miembros de una familia o comunidad por las deudas comunes (Arango, 2012)

La solidaridad, juntamente con la libertad, la igualdad y la justicia, han venido a conformar una tetralogía axiológica del Estado social, considerándose incluso como la virtud social por excelencia, en cuanto que, objetivamente, presupone una relación de pertenencia y, por lo mismo, de asunción de una corresponsabilidad, que vincula al individuo con el grupo social del que forma parte. (Fernández, 2012)

Tradicionalmente el Derecho ha tratado la solidaridad, que comparte con el concepto de justicia una reacción emotiva de carácter positivo, lo ha hecho desde la vertiente negativa considerándola como un medio subsidiario y excepcional que trata de asegurar el cumplimiento de una obligación y que desempeña la función de asegurar el tráfico jurídico proporcionado siempre una identificación e imputación de responsabilidad mediante el cual es posible garantizar su cumplimiento. En este paradigma se perfilan la existencia de una situación de riesgo, la necesidad de garantizar el buen fin de la operación y en consecuencia,

responsabilidad solidaria de todos y cada uno de quienes participan en ella, frente a los acreedores (Vidal, 1993)

Autores como Cortina (1990) consideran que la solidaridad es incompatible con la coacción jurídica y, por lo tanto, cualquier intento de anudar consecuencias jurídicas a la solidaridad significaría tanto como la destrucción de la noción misma de solidaridad.

El principio de solidaridad estaba ausente del constitucionalismo liberal doctrinario porque su fundamento implícito era el opuesto: la insolidaridad y el rechazo a cualquier articulación colectiva del *demos* que pudiera poner en riesgo el orden existente (de Cabo 2006).

Duguit (1926) sostuvo que el fundamento del Derecho es la solidaridad o mutua interdependencia social, que todos los miembros de la sociedad están obligados por la norma jurídica a no hacer nada que sea contrario a la solidaridad social y, a la inversa, a hacer cuanto esté en su mano para asegurar la realización de los derechos que derivan de esa obligación que todo hombre tiene de cumplir su deber social. De igual forma, señaló que la solidaridad conduce asimismo a la consecuencia de que el Estado se halla obligado a hacer determinadas leyes, a disponer de todo el poder de que dispone al servicio de la solidaridad social y en consecuencia está forzado por el propio ordenamiento jurídico a elaborar cuantas leyes aseguren a cada uno la posibilidad material y moral de colaborar en la solidaridad social, la cual no sólo es el fundamento del Derecho en general, sino que es el elemento teleológico de la actividad estatal.

Para Peces-Barba (1991), la solidaridad se integra con los demás valores, libertad, igualdad, por el común objetivo de contribuir por medio de los derechos que fundamentan al dinamismo de la libertad, que a su vez facilita el ejercicio de la libertad de elección que a su vez conduce a la libertad o autonomía moral. La solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aún asumir los intereses comunes del grupo, sino asumir también la responsabilidad colectiva.

En este punto, conviene traer a colación la visión de Ronald Dworkin sobre la de igualdad de recursos señalando que la distribución equitativa de los recursos implica asignar una porción equitativa de recursos a cada uno, con lo cual la dicha obtenida se tendrá por justa. (Torres, 2017)

En su teoría, que reconoce una influencia importante de la suerte en la distribución de los recursos, Dworkin (2003) distingue la suerte en *opcional* que hace referencia a cuan

deliberadas y calculadas resultan las apuestas siendo cuestión de si alguien gana o pierde al aceptar un riesgo aislado que debería haber sido anticipado y podría haber sido rechazado y la suerte *bruta*, que alude a los resultados de riesgos que no son apuestas deliberadas.

El problema que este enfoque trata de resolver es el de la desigualdad de los derechos internos, es decir, la injusticia contenida en el hecho de que algunos tienen la suerte de ser talentosos y otros la mala suerte de contar con alguna discapacidad, pues dado que los recursos internos no son transferibles de una persona a otra, no se puede, estrictamente hablando, igualarlos. Esto supone que sólo es posible asegurar compensaciones mediante recursos externos. (Van Parijs, 1994)

Frente a lo anterior, Dworkin introduce el concepto del *seguro hipotético* para enfrentar las situaciones de desventaja que puede suponer la suerte bruta, bajo el entendido que, aunque los efectos de la suerte bruta no pueden preverse ni es cuestión de riesgos, las personas pueden valorar asegurarse frente a ciertas eventualidades que, de producirse, disminuiría o aumentaría, sus recursos, cuyos principales destinatarios serían las personas que tienen graves discapacidades, pues él asume que solo por este hecho contarán con menos recursos que los otros, razón por la cual resulta necesario acudir a una especie de estrategia de compensación, que garantice un mejoramiento de las o reducción de las desigualdades a que se ven enfrentadas estas personas (Torres, 2017).

Para presentar el argumento de Dworkin, Van Parijs (1994) ilustra una situación en la que sabemos los proyectos que tenemos para nuestra existencia, en la que conocemos, también, la distribución estadística de la incapacidad en la población, pero ignoramos si nosotros mismos sufriremos o no de esa discapacidad. Ante esa situación, debemos preguntarnos ¿por cuánto desearíamos asegurarnos contra la presencia de esa discapacidad, entendiendo que nuestro deseo de obtener una compensación elevada, en caso de realización del riesgo, será atemperado por el deseo de no pagar una prima demasiado elevada: el grado de precisión, coherencia, y convergencia de esas hipotéticas alternativas es suficiente para determinar a través del procedimiento de seguro bajo velo de ignorancia, el nivel aproximado de las compensaciones que son debidas a diversas categorías de discapacidad.

Dworkin señala que la distribución de la riqueza es producto del orden legal: la riqueza de un ciudadano depende enormemente de las leyes que haya promulgado su comunidad, lo cual,

concluye el profesor Torres (2017, p. 49), implica aceptar que muchas de las desigualdades de los seres humanos, de los trabajadores *“tienen por origen la legislación misma, quien a través de la introducción de tratamientos diferenciados – muchas de las veces injustificados- imposibilita la concreción de la teoría de Dworkin, en donde idealmente todos los sujetos inician su vida con una supuesta igualdad de recursos.”*

Pissarello (2013) señala que las grandes aspiraciones del solidarismo democrático han sido: la expansión de los derechos de participación de los grupos y clases más vulnerables, el reconocimiento de derechos sociales generalizables y la imposición de cargas y deberes específicos a los ejercicios de la propiedad privada y de la libertad de empresa. En ese sentido, las nociones de solidaridad se pueden agrupar de la siguiente manera:

Solidaridad emancipatoria: Dirigida a articular ciertas categorías de sujetos en situación de vulnerabilidad y a impulsar relaciones igualitarias, no jerarquizadas, en distintas esferas sociales. Reclama el estrechamiento de los vínculos entre todas las clases y exige la extensión del principio de igualdad a todos aquellos ámbitos en los que puedan persistir relaciones despóticas públicas o privadas, es decir, patriarcales-patrimoniales. También busca la eliminación de jerarquías en la esfera política y económica.

Solidaridad correctiva: exigencia de corrección, de moderación de los desequilibrios y desigualdades a los que conducían las relaciones capitalistas dominantes y crítica al liberalismo conservador. La prohibición del abuso de derecho, el reconocimiento de la buena fe contractual y la asunción de criterios de responsabilidad objetiva en el derecho civil eran un reflejo de esta tendencia correctora.

Solidaridad compensatoria: exigencia de equilibrio, aunque no necesariamente de remoción de las desigualdades existentes. La solidaridad compensatoria se da principalmente entre clases, que pretende corregir situaciones abusivas, antes que superar las jerarquías socialmente fijadas.

El Estado social y democrático de Derecho define la solidaridad como un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad, para que mediante ella sea posible promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas y remover obstáculos que dificulten su plenitud, siendo éste el contexto en el que se distinguen con mayor nitidez los efectos de la solidaridad en el ámbito jurídico político puesto que implica como bien se ha

señalado la justificación de los deberes positivos que como los negativos en otro tiempo protegen bienes igualmente valiosos. (Vidal, 1993)

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 1º establece que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Bajo la premisa del Estado Social de Derecho indica en su artículo 48 que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley y en el artículo 49 “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.”

El artículo 58 consagra la protección y promoción a cargo del Estado de formas asociativas y solidarias de propiedad; el artículo 60 señala el deber del Estado de ofrecer condiciones especiales para que los trabajadores y las organizaciones solidarias accedan a la propiedad accionaria en los eventos de enajenación de una empresa de la cual aquel participa.

Por su parte, en el artículo 95, indica que “...el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades...”. Entre ellas, obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

Más adelante, el artículo 333 señala que el Estado fortalecerá las organizaciones solidarias; el artículo 356 establece que “teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios”; en el artículo 367 se establece que el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios tendrá en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos; por último, el artículo 46 transitorio obligó

al Gobierno Nacional a crear un fondo de solidaridad y emergencia social, destinado a financiar proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana.

Como se observa, en los artículos descritos el constituyente propone reforzar diferentes aspectos de la realidad colombiana desde la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho, como directriz de las regulaciones sobre la seguridad social, la salud, el saneamiento ambiental, la propiedad privada, las relaciones económicas, el sistema tarifario de los servicios públicos y como deber del Estado y de los ciudadanos.

Conforme lo establece el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el documento final sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional (2012), el derecho a la solidaridad es un derecho humano en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos tienen derecho a beneficiarse por igual de una sociedad internacional armoniosa con un orden político y económico internacional justo y equitativo en la que puedan ejercerse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales en un espíritu de solidaridad y armonía internacionales.

El concepto de solidaridad ha definido el propósito fundamental de las Naciones Unidas desde su creación, que unió a los pueblos y naciones del mundo para promover la paz, los derechos humanos y el desarrollo social y económico. En este espíritu de solidaridad, unidad y armonía, la Organización está resuelta a "realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos". (Art. 1, párr. 3) y a "servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes" (Art. 1, párr. 4).

El valor fundamental de la solidaridad se expresa de forma explícita en el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena: Considerando los cambios fundamentales que se han producido en el escenario internacional y la aspiración de todos los pueblos a un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad, Resuelta a seguir el camino trazado por la comunidad internacional para lograr grandes progresos en materia de derechos humanos

mediante renovados y sostenidos esfuerzos en pro de la cooperación y la solidaridad internacionales. (Naciones Unidas, 2012)

En la Declaración del Milenio, la Asamblea General reafirmó determinados valores y principios fundamentales esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI, en particular "la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial" y el principio de la solidaridad internacional, y declaró que "los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados (Naciones Unidas, 2012)

Conforme lo establece la Asamblea General de las Naciones Unidas en el documento sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, el valor y la importancia, así como los principios de la solidaridad internacional son:

- *La solidaridad surge del valor compartido por todos los seres humanos al expresar la preocupación común por el bienestar de los demás.*
- *La solidaridad es una respuesta consciente al sufrimiento de los demás. Se trata no solo de aliviar el sufrimiento, sino de eliminar los obstáculos o dificultades que impiden a otros participar y disfrutar de los derechos fundamentales que asisten a todos los seres humanos.*
- *La solidaridad entre los gobiernos y los pueblos tiene una importancia primordial para la realización de los objetivos de las Naciones Unidas.*
- *El principio de la solidaridad internacional es indispensable para hacer frente a los desafíos comunes de la humanidad en el mundo contemporáneo.*
- *A la luz de la interdependencia existente entre los pueblos de todo el mundo, es necesario establecer nuevos lazos equitativos y globales de colaboración y de solidaridad entre las generaciones para la perpetuación de la humanidad.*
- *En una era de globalización, a menudo las circunstancias escapan al control de los distintos Estados. Los esfuerzos colectivos y la solidaridad internacional son indispensables para realizar los objetivos comunes de la humanidad, como:*
 - a) *Mantener una paz internacional sostenida, así como la paz dentro de los Estados;*
 - b) *Responder a los conflictos regionales;*
 - c) *Lograr un desarrollo sostenible;*

- d) *Combatir el terrorismo internacional y los extremistas;*
 - e) *Erradicar la pobreza;*
 - f) *Proteger el medio ambiente común y combatir los desastres naturales y los causados por el hombre;*
 - g) *Responder a las crisis económicas y financieras mundiales;*
 - h) *Combatir el VIH/SIDA y otras enfermedades graves;*
 - i) *Responder a las situaciones de emergencia internacional.*
- *Todos los Estados y pueblos deben adherirse al principio de la solidaridad internacional y afirmar su voluntad política y su determinación de cumplir plenamente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas en un verdadero espíritu de solidaridad y armonía.*
 - *La solidaridad internacional debe basarse en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana y promover todos los derechos humanos y la justicia social a nivel mundial.*
 - *La solidaridad internacional requiere la plena adhesión a los principios de la justicia, la equidad, la coexistencia pacífica, la no injerencia, la libre determinación, el respeto mutuo, la confianza mutua y la solidaridad humana en las relaciones internacionales.*
 - *La solidaridad internacional requiere la eliminación inmediata y definitiva de todas las formas de desigualdad y de explotación de pueblos e individuos, de colonialismo, de racismo, y de toda otra política e ideología contrarias a los principios y propósitos de la Carta.*
 - *La solidaridad internacional requiere la total cooperación de todos los Estados en la plena realización del derecho al desarrollo y la eliminación de obstáculos al desarrollo, así como el consiguiente logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.*
 - *La solidaridad internacional requiere la completa eliminación de todas las formas de discriminación, como la discriminación contra los pueblos indígenas, las minorías, los trabajadores migrantes, los niños, las personas de edad y las personas en situación de discapacidad, y en particular la discriminación contra las mujeres, así como la igualdad de género en todos los aspectos de la actividad humana.*
 - *La solidaridad internacional requiere la eliminación de la pobreza y una constante mejora del nivel de vida y el bienestar de toda la humanidad.*

- *La solidaridad internacional requiere un desarrollo social y económico rápido y sostenido, en particular en los países en desarrollo, unas relaciones económicas internacionales justas y equitativas y un comercio internacional libre y no discriminatorio.*
- *La solidaridad internacional requiere la participación equitativa de los países desarrollados y en desarrollo en los avances científicos y tecnológicos, y el aumento continuo en la utilización de la ciencia y la tecnología para mejorar el nivel de vida.*
- *La solidaridad internacional exige el comportamiento ético de todos los políticos, las empresas y las personas en general para combatir el flagelo de la corrupción, que socava el desarrollo.*
- *La solidaridad internacional también requiere que las empresas transnacionales desempeñen un papel fundamental al explotar los recursos de los países en desarrollo de manera honrada y sin saquear a esos países.*
- *Es preciso poner fin a la apropiación de tierras por agentes estatales y no estatales cuando no se tienen en cuenta los intereses de la población local, en especial los de los pequeños agricultores.*
- *Las empresas pueden contribuir de manera importante a la promoción de la solidaridad internacional absteniéndose de perseguir beneficios a cualquier precio.*
- *La ayuda no debe supeditarse a ninguna condición, por ejemplo, a la obligación de adquirir equipamientos costosos al país donante o de emplear los servicios de consultores altamente remunerados.*
- *Las organizaciones no gubernamentales contribuyen de manera esencial a promover la solidaridad internacional movilizándolo a la opinión pública y llevando a cabo estudios.*
- *La solidaridad internacional requiere un desarme general y completo y la canalización de los recursos que se vayan liberando progresivamente al desarrollo económico y social.*
- *La solidaridad internacional requiere el reconocimiento del interés común de todas las naciones en la exploración, conservación, utilización y explotación, con fines exclusivamente pacíficos y en interés de toda la humanidad, de zonas del medio ambiente tales como el espacio ultraterrestre y los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo que están más allá de los límites de sus jurisdicciones nacionales, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta.*
- *La solidaridad internacional requiere la adopción de medidas eficaces, a nivel tanto regional como internacional, para combatir la delincuencia transnacional, enjuiciar*

a sus responsables y garantizar a las víctimas recursos y medios de reparación efectivos.

- *Es necesario movilizar a la opinión pública, a nivel tanto nacional como internacional, en apoyo de los principios y objetivos de la solidaridad internacional, principalmente mediante la educación y la enseñanza de los derechos humanos. (Naciones Unidas, 2012)*

En el anexo 1 se acompaña un cuadro con los principales desarrollos conceptuales y tratamiento que ha dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Se destaca como precedente, el planteamiento de que la solidaridad no solo es un valor; también es un derecho y un principio rector sustentado en la norma constitucional, siendo una característica esencial del Estado social de derecho. El principio de solidaridad impone al Estado y a los particulares una serie de deberes fundamentales en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. En virtud del principio de solidaridad, el Estado debe prestar asistencia y protección a aquellas personas que, por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

2.5. La limitación de la autonomía de la voluntad frente a la asignación de riesgos y cargas por el principio de la solidaridad

En los siguientes apartados se tren a colación posturas teóricas sobre la limitación de la autonomía de la voluntad y los alcances de la libertad de empresa frente al derecho al trabajo, bajo el entendido de que son estos los derechos constitucionales que se encuentran en tensión y que deben ser ponderados frente a la asignación de riesgos y cargas por el principio de solidaridad.

Anteriormente, las relaciones de trabajo se regían por los postulados de la autonomía de la voluntad de las partes. El Estado constitucional y democrático reconoció el desequilibrio entre trabajador y empleador y fortaleció la protección de aquel frente a la posibilidad de negociación de condiciones mínimas entre las partes, principalmente por vía jurisprudencial. Todavía es amplio el camino por recorrer hacia la función de integración social del trabajo y alcanzar la igualdad material frente a lo cual la ponderación es un mecanismo que puede sopesar los

derechos constitucionales que se encuentren en conflicto como la libertad de empresa, autonomía de la voluntad y el derecho al trabajo, a la salud y a la seguridad social.

La constitucionalización del derecho del trabajo busca disminuir la asimetría en las relaciones laborales y fortalecerlo en la protección del trabajador, desarticulando la posibilidad de analogía con los contratos civiles o comerciales. (Ugarte, 2011)

Desde los tiempos más remotos de la historia humana los humanos han hecho uso de la declaración de voluntad para satisfacer todo tipo de necesidades tal como lo demuestran las evidencias arqueológicas en lo que voy a Siria donde existieron intereses compuestos en las obligaciones dinerarias mercantiles hace más de 3000 años. En ese sentido Monateri (2006) resalta que lo que tradicionalmente se entendió como origen del derecho es una visión europeocentrista construida para defender su superioridad cultural sobre otros pueblos excluyendo a los no europeos que, no obstante, fue la que se impuso en muchos de esos pueblos excluidos -incluyendo el ordenamiento jurídico colombiano- siendo la fuente tradicional indiscutible por muchos años de prevalencia del derecho civil heredado.

En ese sentido existieron instituciones como la *obligatio* que lejos de establecer una relación jurídica, hacía referencia a la imagen descriptiva de una realidad jurídica. Así, en el *Digesto*, se formulan las características que diferencian las obligaciones del derecho real describiendo el objeto del vínculo obligatorio cuya sustancia se encontraba en la posibilidad de constreñida a otro a dar a hacer o a prestar alguna cosa. (Hattenhauer, 1987).

En ese sentido los estudios de derecho estaban cobijados con la suerte de legitimidad pues profesores y estudiantes tenían a su disposición las fuentes para dar respuesta a las preguntas de comerciantes, campesinos, iglesia y realeza de manera congruente y sencilla y sobre todo válida, el tipo de validez que se le suele otorgar a los objetos antiguos. Esos fragmentos son entonces el resultado para anclar las pretensiones del poder y autoridad a motivos de legitimación. (Schiavone, 2013)

Para los juristas romanos lo importante era resolver problemas trabajando dentro del sistema sin interesarles resolver los problemas últimos de las necesidades y el destino de la humanidad. En ese sentido lograron crear una teoría del derecho del contrato y de tipos particulares de contratos romanos quienes definieron el derecho de posesión y lograron sistematizar los antiguos textos sobre la base de bastos principios y conceptos. Adicionalmente, el hecho de no articular los casos hipotéticos y las razones profundas en que se fundaban las analogías, así

como la falta de interés en la definición de los términos jurídicos más importantes produjo una insensibilidad en el análisis de caso.

Con la codificación napoleónica, tal como señala que Geny (1925), los juristas franceses afectaron a título de postulado la idea de que la legislación formal es decir el conjunto de actos legislativos promulgados dirigidos debían bastar para poner de manifiesto cuanta reglas jurídicas requieran en materia de derecho privado las necesidades de la vida social.

Pero claramente fueron las necesidades sociales básicas del ser humano las que llevaron a que los movimientos sociales de los siglos XIX y XX hicieran escuchar su voz sobre las consecuencias de tratar de subsumir en los contratos civiles y comerciales las relaciones de trabajo subordinado y la necesidad de protección frente a los riesgos sociales. Tal como reconoce Wieacker (1957), el abuso de la técnica, es decir, la producción o aplicación moralmente de las fuerzas naturales con los medios de una técnica, ha creado condiciones de convivencia humana en contra del hombre.

Si en el código civil napoleónico en principio no se desarrolló la teoría del negocio jurídico teniendo en cuenta que a principios del siglo XIX no se hablaba en esos términos (Hattenhauer, 1987) mucho menos se podía esperar reflexiones en concreto frente a cada uno elementos esenciales, circunstancia que más tarde sería punto de partida para señalar la insuficiencia del contrato de arrendamiento de servicios para la regulación del trabajo. No obstante, el código civil si aportó una innovación a partir de los esfuerzos de la jurisprudencia de delimitar cosa y persona definiendo lo que no es persona. No debemos pasar por alto que en Colombia no se dio una *receptión* (Wieacker, 1987) entendida como un caso especial de intercambio civilizatorio donde la misión de partes principales o esenciales en ordenamiento jurídico extraño por un pueblo sin haber sido sometido dominado por otro, es decir de manera libre y voluntaria, aunque por otro lado el trasplante del código napoleónico ayudó a la creación del estado nacional a través de la racionalización y la centralización evidente en el hecho de que sirvió para crear y justificar un sistema jurídico unitario, nacional, en el sentido de que vendría pronunciado por un órgano oficial.

Para Wieacker (1987), esto es producto del positivismo jurídico del siglo XIX que veía el derecho sólo una suma de 300 normas que pudiera ser extendida a otra comunidad jurídica, pasando por alto la dependencia de ese derecho positivo tanto de un conjunto de condiciones espirituales y éticas como en la oportunidad social e histórica de su realización convirtiéndolo en una mercancía transportable, maleable incontrolable.

Ahora bien, existe la idea generalizada de que las ramas del derecho laboral y de la seguridad social tiene aproximación claramente encaminada a la defensa de los derechos individuales del trabajador tiene los derechos colectivos que de la asociación de ellos emanan, mientras que el derecho comercial tiene una clara vocación de defensa de los intereses de los comerciantes tanto individualmente como en conjunto los cuales se asocian primordialmente con intereses de lucro (Monateri y Samuel, 2006).

En este punto se presenta el fenómeno de síntesis de comunión entre el derecho privado y el derecho público que Mosset (2011) describe, donde el derecho privado se publiciza cuando buscar la igualdad material, como complemento de la igualdad formal, la libertad en concreto al lado de la libertad en abstracto tomando el derecho público estas inquietudes y asumiéndolas como propias. No es extraño entonces que se presenten situaciones que en su origen sean del derecho privado pero que resultan transformadas por portar derechos de incidencia social o colectiva que exigían del Juez la aplicación de principios, reglas, técnicas, y objetivos propios que lo obliguen a adaptarse, reformular, modificar, cambiar institutos que vienen inadecuados para la problemática que se le presenta para su resolución. En ese sentido la tendencia de la *drittwirkung* por ejemplo, representa en la doctrina alemana, la cuestión de la aplicación o los efectos de los derechos fundamentales, de jerarquía constitucional, a las relaciones entre particulares, destacándose que conforman las nuevas teorías el derecho público el asiento de los derechos fundamentales que se irradia al derecho privado para ordenar las relaciones entre particulares.

Se reconoce la indudable aplicación de las instituciones jurídicas del derecho civil en el derecho social incluso en aspectos tan relevantes para la construcción de las categorías básicas de la seguridad social como es la asignación de riesgos y la responsabilidad por los daños donde ingresó hoy podemos acudir al derecho de pandectas alemán del siglo XIX que señalaba que la responsabilidad por daños ocasionados con intervención de la propia culpa y la culpa de quienes se sirve para la ejecución siendo coherente con el axioma de la culpa derivada de la responsabilidad por el hecho del empleado (Zimmermann, 2010) que luego sería fundamento para establecer el deber de cotización por parte del empleador por los riesgos del trabajo de sus trabajadores.

Ese pensamiento, tiene especial desarrollo en la historia del Estado de Bienestar, la cual puede ser abordada desde la lucha entre dos principios, un principio del seguro simple, que es una solidaridad débil reducible al interés personal y *ex post*, entre afortunados y desafortunados y

un principio de solidaridad fuerte que va necesariamente más allá del interés personal y *ex ante*, entre afortunados y desafortunados. Dicha historia a su vez puede ser interpretada en su conjunto como una progresión secular hacia más solidaridad, resultado de la interacción compleja entre la fuerza retórica del ideal de solidaridad, tanto más grande por ejemplo cuantas más categorías diversas de trabajadores se encuentren en una misma organización, y la coalición de intereses de categorías confrontadas en un conjunto complejo e interdependiente de prestaciones sociales. Pero esta progresión no puede ser comprendida, simplemente, como una influencia cada vez más grande de las exigencias éticas de solidaridad y un detrimento de la lógica egoísta del simple seguro (Van Parijs, 1994).

La configuración del Estado de Bienestar en las sociedades industriales avanzadas durante los “gloriosos años 30” que siguieron a la segunda guerra mundial, periodo también conocido como la “edad de oro” se da en el modelo de producción fordista, con el taylorismo como organización del trabajo, bajo el modo de acumulación capitalista, la consolidación de la negociación colectiva y las políticas sociales de corte keynesiano, donde la relación capital-trabajo que permitió el crecimiento del papel social del Estado, apuntando al pleno empleo y generando un sistema de protecciones específicas frente a los riesgos sociales.

La crisis económica de los años 70 hizo que se abandonaran esos postulados keynesianos, a través de políticas neoliberales representadas principalmente por las figuras de Margaret Thatcher en el Reino Unido y Ronald Reagan en los Estados Unidos en el marco de una internacionalización de la economía, cambios sobre los modelos productivos y en la recomposición familiar deviniendo en una la crisis del empleo.

Desde ese entonces la globalización está dando lugar a precarización de las regulaciones de las condiciones de trabajo debido a la desaparición de un mercado de trabajo nacional dotado de disposiciones protectoras frente a la competencia exterior que pierde relevancia como consecuencia del avance del proceso de globalización, que tiende a extender la competencia a escala mundial.

La mayor autonomía, movilidad y escasez que adquiere el capital frente al trabajo fortalecen la posición negociadora de los empleadores respecto de los trabajadores con la institucionalización del ejército de reserva al normalizar la capacidad de disponer de los trabajadores en función de las necesidades del mercado.

El traslado o la subcontratación de las operaciones hacia destinos con menos cargas sobre la nómina, la eliminación de puestos de trabajo con el fin de incrementar la rentabilidad del proyecto empresarial, disminuyen los salarios y las garantías laborales, así como debilitan del poder de negociación sindical.

La flexibilidad laboral se presenta en varias modalidades: una flexibilidad de entrada con el diseño de nuevas formas de prestación de servicios personales; una flexibilidad interna individualizando formas de pago de acuerdo con la productividad marginal y un desbordamiento de los límites del *ius variandi* por el peso aplastante del capital sobre el trabajo, lo que a su vez conduce a una flexibilidad de salida que facilita la terminación de contratos de trabajo de manera unilateral por parte del empleador en detrimento del principio de estabilidad en el empleo.

Adicionalmente, esta dinámica conduce al empleador a adoptar estrategias de segmentación de los procesos de producción, dirigidas obtener mayor rentabilidad reduciendo la planta base de personal y externalizando al máximo la fuerza de trabajo a través de la subcontratación y el trabajo autónomo en la economía *on demand*.

La tecnología y la innovación actúan como pilares fundamentales del desarrollo de la sociedad globalizada con la consecuente automatización de los procesos productivos abaratando las remuneraciones por servicios prestados a pesar del aumento del consumo social.

El acceso simultáneo a los bienes materiales a través del acercamiento al confort tecnológico y de la información no se tradujo en un ejercicio global y más pleno de la ciudadanía pues la globalización selectiva excluyó a los desocupados y migrantes de los derechos humanos básicos como el trabajo, salud, educación, vivienda, imponiéndose la concepción neoliberal de la globalización según la cual los derechos son desiguales y de esa manera el derecho de ser ciudadano, es decir, de decidir cómo se producen, se distribuyen y se buscan esos bienes, queda restringido a las élites. El consumo que se desarrolla principalmente a partir de figuras jurídicas contractuales comerciales es un momento del ciclo de producción y reproducción social, siendo el lugar en el que se completa el proceso iniciado al generar productos donde se realiza la expansión del capital y se reproduce la fuerza de trabajo. Consumir, además de ser útil para expandir el mercado y reproducir la fuerza de trabajo, sirve a los consumidores para distinguirse de los demás y comunicarse con ellos. Para estos defectos, García Canclini (2009) trae a colación la pregunta *¿cómo no admirar la coexistencia de millones de personas en medios los desastres*

en el suministro de agua, en la vivienda, en el transporte, en las opciones de trabajo, en la seguridad pública?

Frente a ese cuestionamiento, el activismo judicial se hace prácticamente necesario en el contexto de la economía de mercado entendida ésta como el sistema económico basado en el derecho de propiedad y en la libertad para contratar que además se autorregula y cuenta con una menor intervención del Estado mediante procesos de desregularización, liberalización y privatización. (Mosset, 2009)

Volviendo a Zagrebelski, (1995) define el Derecho como el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles, por lo cual los límites clásicos del orden público y de las buenas costumbres han dado paso a la idea de justicia material como objetivo que el poder público busca conseguir donde el Estado no sólo impone, sino que ha de incitar a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines, existiendo entonces un orden por encima de las voluntades individuales. En ese sentido la constitucionalización de los principios de la justicia implica la oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales, sobre todo, los orientados a la voluntad, la recuperación por el Estado de competencias políticas en el campo económico, como un elemento básico para conseguir el orden de justicia no espontáneo desempeñando una labor de protección activa; también implica un cambio en la relación del hombre con el medio ambiente puesto que los derechos-voluntad deben ser ejercitados en un marco que permita garantizar la supervivencia y asegurar una equitativa y genérica utilización de los recursos por parte de la sociedad global.

Si las leyes están al servicio del mercado por ser los legisladores garantes de los intereses de los grandes grupos económicos, corresponde al Juez entonces ser el garante de los derechos fundamentales y de la Constitución Política en la aplicación de las leyes. Similar a lo que sucedía en Roma con una normatividad inmanente a la comunidad que debía ser identificada organizada, desarrollada y manejada por los juristas con independencia del poder político, en ocasiones incluso frente este. (Schiavone, 2013)

Tal como señala Geny (1925), el derecho no puede ser independiente del contexto social y político en el que se inserta ya que está al servicio de ciertos fines cuya consideración es necesaria en el momento de la interpretación siendo necesario que el Juez observe la realidad encausada por la norma. La aplicación del derecho no se produce a través de un proceso mecánico deductivo, porque implica una acumulación permanente una recreación constante de

las normas jurídicas a las exigencias de la materia regulada, pero sobre todo en función de los valores en conflicto existentes en las controversias judiciales.

Con cautela, Geny indicaba como primera y necesaria dirección de la libre indagación del juez los principios revelados a la conciencia y presentes como intuición a la razón humana, entre ellos la justicia como apoyo necesario de cualquier construcción positiva, reconociendo que en un mundo en el que la riqueza de los casos que se presentarán ante el intérprete del derecho excede a cualquier posibilidad de generalización.

En ese marco teórico, una de las características de la contratación privada actual tiene que ver con el reciente aumento de las transacciones negociables basadas en un conjunto de contratos unidos o conexos vinculados por una finalidad supracontractual común (Mosset, 2009) situación que se da no solamente para efectos de las relaciones comerciales sino también en la forma de vincular los servicios personales.

Se trata de un fenómeno global, que ha venido cambiando el entendimiento de la empresa y el surgimiento de los nuevos modelos de negocio, la diversidad de servicios y productos que se ofrecen en la actualidad, ha transformado la forma vinculación laboral, desnaturalizando el contrato de trabajo tradicional amparados en nuevas formas de ocupación que se cimentan en las nuevas plataformas tecnológicas y aplicaciones, dando lugar también a unas nuevas formas de precarización laboral. El trabajado colaborativo se desarrolla en varios modelos de negocio que contemplan la descentralización de los servicios o el uso de plataformas tecnológicas que permiten la distribución del trabajo, dividiendo una tarea compleja en varias tareas pequeñas específicas, donde se contempla el pago por producto o servicio prestado y no por tiempo. Con estos mecanismos se maximiza la flexibilización laboral reduciendo los costos de personal del empresario, así como el pago por tiempos muertos. Se consolida el trabajo colaborativo de trabajadores independientes con o sin mano de obra calificada. Son modelos económicamente más rentables para la prestación de servicios con un mínimo de contacto directo. (Hines, 2005)

Tal como señala Posner (Posner y Roca, 2011), existe un importante nivel de insatisfacción en relación con nuestro sistema jurídico, como también con nuestro sistema de seguridad social, pues a ambos se les acusa de ser demasiado caro, de invadir en exceso la esfera privada y la mercantil, de ser demasiado propenso al error, demasiado inseguro y sencillamente demasiado grande. Dado que en muchas ocasiones no puede probarse, en términos de consecuencias o de otros criterios, que las decisiones que constituyen el resultado final de un sistema

jurisdiccional sean buenas o malas, es natural preguntarse si existen razones para confiar en el diseño de la institución y en la competencia e integridad de los jueces que en ella operan.

El trabajo como otras actividades humanas se han desplazado a un entorno netamente virtual, en el que el estado de interacción pasa a la automatización de tareas y actividades que en otrora eran de vital importancia para el desarrollo económico, y social. Estas nuevas formas de economía por demanda disfrazan la esclavitud a las que las luchas sociales fueron derrumbando entre personas y los derechos y deberes que se debían establecer en el constructo social, lo que antes era vasallaje o arrendamiento por servicios fue perfeccionado por la institución de relaciones de trabajo y que ahora involuciona en la evolución tecnológica a la cual se ve sometida la fuerza de trabajo y su automatización que se ubica en la competitividad de los mercados globalizados en los que día a día se precariza.

La vinculación de trabajadores desde un enfoque de modelo de negocio, originados como consecuencia del surgimiento de nuevas tecnologías, los cambios en los modos de producción, la globalización y la diversificación de los mercados, propendiendo a nuevas y novedosas modalidades de contratar, se han amparado en las tradicionales instituciones jurídicas del derecho civil que favorecen ampliamente a los contratantes, pero que en la mayoría de los casos ha conducido a la precarización laboral y desmejora de las condiciones de aseguramiento y estabilidad de los trabajadores.

La diversificación de las formas de contratación y las nuevas modalidades de trabajo ha relegado los atributos del contrato de trabajo típico, y a la par que han predominado nuevos modelos de trabajo subordinado o independiente, la atipicidad de esas nuevas formas de contratar, han surgido en detrimento de la estabilidad laboral, la garantía de algunos derechos laborales y de aseguramiento y el encubrimiento de relaciones de trabajo.

Si bien es cierto, estas formas anormales de contratación que hoy en día son más normales que la vinculación mediante el contrato de trabajo tradicional, han sido pensadas para favorecer ampliamente a los empleadores, no debe perderse de vista que también pueden ser beneficiosas para los trabajadores y para la sociedad en general, pese a la existencia de factores inherentes a estos contratos como lo es la falta de estabilidad laboral, la reducción de los salarios, entre otros, los contratos atípicos laborales deben ser objeto de regulación, los poderes legislativos deben poner ciertos límites a estos nuevos contratos, promoviendo al mejora de las condiciones ocupacionales de los trabajadores y restringiendo practicas comunes

y reiteradas de los empleadores y contratantes para eludir sus obligaciones con los trabajadores en perjuicio de sus intereses.

En ese sentido, la ductilidad del derecho social genera a su vez la necesidad del activismo judicial mientras no se genere una dinámica legislativa que permita que el derecho evolucione conforme a las dinámicas y realidades sociales y económicas, en aras de afianzar la seguridad jurídica en este campo y reduzca la incertidumbre frente a las nuevas modalidades de contratación y subordinación que imperan en la actualidad.

Las distintas ramas del ordenamiento jurídico tienen tensiones normativas indudables, pero suelen estar estructuradas en torno a algunos pocos principios que le confieren una cierta coherencia axiológica, tal como sucede en el derecho privado, donde a pesar de la importancia creciente de la función social de la propiedad y de los principios de solidaridad y de buena fe, sigue confiriendo un peso preponderante a la autonomía de la voluntad. La interpretación Constitucional genera tensiones normativas permanentes y profundas, como aquella que existe entre la autonomía individual y los deberes de solidaridad, y sin que la propia norma fundamental establezca jerarquías o preferencias entre estos principios. (Uprimny, 2011).

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados tienen obligaciones positivas que emanan de compromisos internacionales y de la misma Constitución como son respetar, garantizar y lograr progresivamente los derechos, lo que a su vez implica prevenir, investigar, sancionar, reparar, así como elaborar un plan de acción, ejecutar el plan y no adoptar medidas regresivas. Una de las obligaciones en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, son las “obligaciones de hacer” y es por ello que se les denomina “derechos-prestación”, lo cual representa el contenido esencial de los mismos, y tal intervención por parte del Estado tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado. (Abramovich y Curtis, 2002)

La solidaridad intergeneracional es un principio de muchos sistemas de seguridad social según el cual los trabajadores activos cotizantes soportan el pago de las pensiones de las generaciones anteriores, al tiempo que generan su derecho a percibirlas cuando llegue su momento a cargo de las generaciones siguientes. (Rodríguez, 2015)

Por su parte, el principio de Sostenibilidad Financiera significa que el derecho a la seguridad social no puede ser exigido por los usuarios del sistema más allá de las posibilidades

económicas propias de su organización y funcionamiento o que excedan su capacidad y que no estén amparadas en las cotizaciones que se les exige a los beneficiarios. (Sentencia C-112 de 1998 y C-111 de 2006)

Para el caso específico de América Latina, en la búsqueda de la materialización de la ampliación de la cobertura, se ha optado por la consolidación de esquemas no contributivos que brinden a las personas que lleguen a la vejez los ingresos necesarios para su subsistencia.

El envejecimiento demográfico impone nuevos desafíos relacionados con el financiamiento de la seguridad social. Hacia finales del Siglo XX los países latinoamericanos soportaron importantes cambios en sus sistemas de seguridad social sustentados en la mayoría de los casos en la ineficiencia del sector público para la administración de sus recursos, promoviendo la participación del sector privado en la organización de sus sistemas de seguridad social.

Según la OIT (2013), un sistema de seguridad social fundado sobre bases contributivas genera brechas de cobertura que deben ser cerradas por programas no contributivos, como lo están haciendo algunos países, lo cual explica el hecho de que los países de la región más avanzados en el proceso de envejecimiento son los que tienen un nivel de cobertura más elevado, un sistema tipo mixto de financiamiento, más elevado ingreso per cápita y menores niveles de pobreza de la población adulta mayor mientras que los países con un proceso de envejecimiento incipiente presentan un bajo nivel de cobertura, administración pública de los fondos de la seguridad social, bajo ingreso per cápita y comparativamente elevada pobreza de la población de 60 años y más.

En América Latina entre 1950 y 2010 la relación de apoyo potencial propia de la solidaridad intergeneracional se redujo de 10 a 6 trabajadores potenciales por cada persona de 60 años y más, previéndose que para el año 2040 la relación disminuyera a 3 trabajadores por cada persona en edad avanzada. Este panorama tiene repercusiones importantes frente a los sistemas de seguridad social, especialmente los que se basan en el esquema de prima media, lo cual supone una carga cada vez mayor para toda la sociedad. (Huenchuan, 2013, p. 61)

En Brasil, por ejemplo, el sistema de previsión social, cuenta con varios pilares: el pilar 1 sería la previsión social básica articulada en torno al régimen general, en sus dos subsistemas rural y urbano. Este pilar es de administración pública, obligatorio para todos los asalariados, de

beneficios definidos, con financiación mixta de empleadores y empleados, e impuestos fiscales, con criterios de solidaridad intergeneracional y entre sistemas rural y urbano, y orientado a la inclusión social. Por su parte, el pilar 2 está configurado por la denominada previsión complementaria. Este tipo de seguro para la vejez está concentrado básicamente en el sector privado, es de carácter voluntario, se rige por criterios de capitalización y está administrado por diversas entidades de previsión complementaria, cuya fiscalización corre a cargo del Ministerio de Previsión Social. (Bertanou, 2007, p. 3-4)

Disponer de recursos económicos acordes con los percibidos durante la mayor parte de la vida laboral constituye un elemento clave de la calidad de vida en la vejez. Para estos efectos, las Naciones Unidas (1995) acogió el concepto de “seguridad económica” como la legítima aspiración, tanto de la persona que ha contribuido durante toda su vida a la seguridad social como de la persona que su trayectoria laboral no lo permitió por no cumplir con los requisitos suficientes para acceder a una pensión.

La Seguridad económica de los adultos mayores depende de dos aspectos principales, los cuales es preciso distinguir, como por un lado la situación económica, la cual está determinada por su poder adquisitivo para financiar el consumo que puede provenir de diversas fuentes como lo son el trabajo, los ahorros, la pensión etc.; por otra parte, la posición económica. (Huenchuan, 2013, p. 61)

Al respecto, los sistemas de seguridad social con una etapa avanzada en su proceso de envejecimiento tienen una importante fuente de financiamiento basada en impuestos de rentas generales, como es el caso de Argentina y Uruguay en el que además se profundizaron otros tipos de política de reducción de las contribuciones de los empleadores, requiriendo sustituir dichos ingresos por impuestos. (Bertranou, 2006, p. 26)

La solidaridad intergeneracional y la sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social son fundamentales para asegurar una protección social efectiva y evitar el descalabro financiero de los países que conduciría a que los costes salud y de la dependencia retrocedan su flujo hacia las familias.

2.6. Los alcances de la libertad de empresa frente al derecho al trabajo

Para la Real Academia Española (RAE), empresa es definida como “Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo”; “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”; “Intento o designio de hacer algo”.

Por su parte, Raúl Cervantes Ahumada quien es citado por Anzures (2019) entiende la empresa como la universalidad de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos, coordinados para la producción o el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado general (Cervantes Ahumada, 2007, p. 495). Roberto Mantilla Molina la define también de manera genérica, como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro (Mantilla Molina, 2007, 105). Joaquín Garrigues la conceptualiza como el conjunto de bienes organizados por el comerciante con fines de lucro (Garrigues, 1987, p. 172). (Anzures.2019)

Para Raisch se trata de una unidad económica organizada mediante la cual el empresario actúa en el mercado (Schmidt, 1997, p. 67). Julius von Gierke la define como el ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo las deudas que le corresponden (Schmidt, 1997, p. 68). Y, para Ricardo Sandoval, se trata de una unidad económica orgánica que realiza actividades de orden económico y profesional (Sandoval López, 1992, p. 143). (Anzures.2019)

Según Reynoso (2014, p.237) la empresa es, además, un concepto que se ha abordado también desde la perspectiva del derecho laboral. Históricamente se le ha entendido como el espacio natural en que se desarrollan las relaciones de producción a las cuales está destinado el derecho del trabajo. Se trata del espacio en el que coinciden en tiempo y espacio el patrón, el trabajador y el proceso de producción. En este sentido, según lo trae a colación Anzures, siempre se ha considerado la empresa como un concepto básico y fundamental de la disciplina laboral, pues se trata no solo de un espacio de producción, sino también de un centro de imputación de obligaciones a cargo de los patrones y derechos en beneficio de los trabajadores.

Respecto a libertad de empresa, la academia la RAE define como la “facultad reconocida a los ciudadanos para emprender y desarrollar actividades económicas”.

Tal como lo presenta Sabogal (2005), la libertad de empresa tiene como antecedente histórico la Revolución Francesa en el momento que se instituyeron los principios de la libertad de

comercio y de industria y de la proclamación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, estableciendo la libertad de empresa como un derecho propio del ciudadano.

En el caso colombiano, la libertad de empresa fue concebida inicialmente por la Corte Suprema de Justicia que con fundamento en normas constitucionales dio la noción de la misma esbozando su contenido y alcance en los siguientes términos:

“El contenido de la libertad de industria consiste en que cada cual tiene derecho a dedicarse a la lícita y honesta que escoja. Mas semejante libertad no es absoluta, ya que existen medidas policivas y condiciones impuestas por la seguridad pública en defensa de los intereses colectivos o en amparo de terceros”. (Corte Suprema de Justicia, 1938)

Si bien la libertad de empresa no se encuentra nominada en el ordenamiento constitucional, si tiene cimiento en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, donde se establece:

“Artículo 333 - La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Constitución Política de Colombia, 1991)

Ahora bien, acudiendo al derecho comparado a continuación se presenta una descripción de este derecho en diferentes Estados:

Sabogal señala que, en el caso español, la libertad de empresa si se contempla expresamente en el artículo 38 de la Constitución política, donde se señala: *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.*

Frente a esta disposición, la doctrina del Tribunal Constitucional de España ha determinado su alcance, al respecto, en Sentencia 37/1987 del 26 de marzo la corporación dispuso que dicha norma de jerarquía constitucional garantizaba el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la

defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos.

En este sentido, adicionalmente señaló que la libertad de empresa debe ejercerse, en el marco de la economía de mercado, siendo la defensa de la competencia un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica" (SSTC 1/1982, 88/1986, 208/1999, de 11 de noviembre y 71/2012, de 16 de abril). Aparece así la defensa de la competencia como una necesaria defensa y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado (STC 71/2012, de 16 de abril).

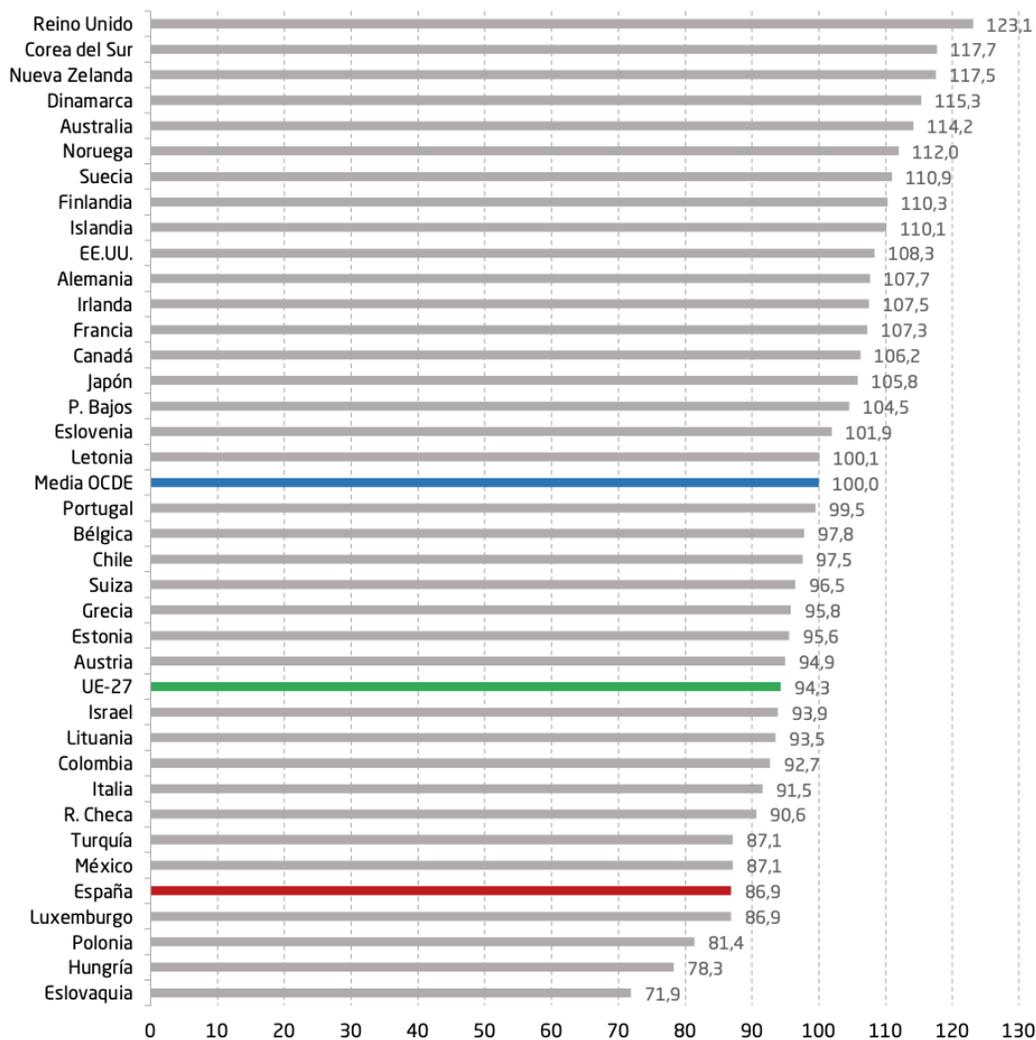
Para el Tribunal no solo la economía de mercado es el marco obligado de la libertad de empresa sino además que dicha libertad se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996). Sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter le impone (STC 64/1990).

Ahora, si bien la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE garantiza el derecho a desarrollar una actividad empresarial en condiciones de igualdad, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado (por todas, STC 18/2011, de 3 de marzo). En efecto, el artículo 38 CE viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de estos límites está asegurado por una doble garantía: por un lado, la reserva de ley y por otro, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial. No determina la Constitución cual debe ser este contenido esencial, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional el resolver las controversias que al respecto puedan plantearse. (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, 109/2003, de 5 de junio y 53/2014, de 10 de abril, entre otras).

Por otra parte, vale la pena señalar que, conforme a la información presentada por el Instituto de Estudios Económicos, dentro de los países de la OCDE España en materia de libertad

económica y de empresa se encuentra en un 9% por debajo del promedio, ubicándose en el puesto 30 de 37 países de la OCDE y en la subcategoría de libertad de empresa se sitúa en un 7,4% por debajo de la libertad de empresa de la Unión Europea, tal como se presenta en las gráficas siguientes:

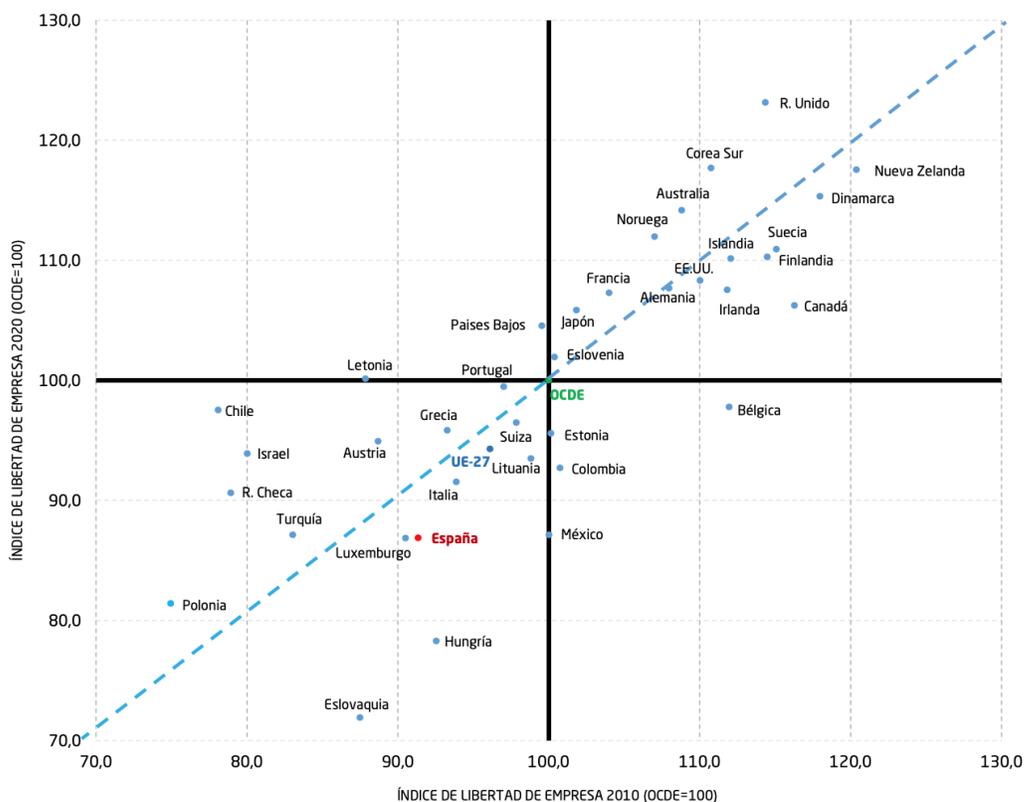
Gráfica 34: Índice de Libertad de empresa 2020



Fuente: Elaboración propia del Instituto de Estudios Económicos (IEE) a partir de los datos de la Fundación Heritage.

Fuente: Sanchez de la Cruz. A. (2020, julio). *La razón de nuestros males: España está a la cola de la OCDE en libertad de empresa*. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2020-07-10/la-razon-nuestros-males-espana-cola-ocde-libertad-empresa-indice-libertad-economica-iee--1276660697/>

Gráfica 34: índice de libertad de empresa en los países de la OCDE



Fuente: Elaboración propia del Instituto de Estudios Económicos (IEE) a partir de los datos de la Fundación Heritage.

Fuente: Sanchez de la Cruz. A. (2020, julio). *La razón de nuestros males: España está a la cola de la OCDE en libertad de empresa*. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2020-07-10/la-razon-nuestros-males-espana-cola-ocde-libertad-empresa-indice-libertad-economica-iee--1276660697/>

Conforme a lo anterior, según explica González España es menos competitiva para captar empresas que se van a países de su entorno como Portugal o a Europa del Este, lo que resulta ser grave teniendo en cuenta que su economía está sufriendo especialmente la crisis generada por la pandemia del COVID 19, toda vez que se encuentra basada en el turismo y el comercio, y se necesita de actividades de reindustrialización y tecnología de vanguardia pero para González el país se encuentra muy retrasado en libertad económica y empresarial.

Por su parte, en Alemania existe una interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues según el artículo segundo inciso primero de la Ley Fundamental de Bonn “*Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los*

derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”, para deducir el derecho fundamental de la libertad económica, entendida como libertad empresarial de disposición, por tanto, libertad económica y libertad de empresa tienen un tratamiento similar. (Sabogal, 2005) Pulido y Oster (1991) en el documento “Las Libertades del Empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, afirman que en la doctrina alemana de Derecho público se ha intentado asociar las libertades económicas de la Grundgesetz a una decisión fundamental para construir una noción de Constitución económica, no obstante, el Tribunal Constitucional siempre se ha opuesto a estos intentos, hace referencia a la «neutralidad económico-política de la Constitución».

Por un lado, el pretender deducir de los derechos fundamentales un sistema de decisiones fundamentales para ámbitos determinados supone, de hecho, ir en contra de la realidad histórica ya que los derechos fundamentales son el resultado de luchas históricas contra amenazas en el ámbito del individualismo, y, como tales, se han formado históricamente de forma independiente unos de otros. Según lo exponen los autores, cada derecho fundamental tiene su propia historia, que, muchas veces, incluso es diferente en los distintos países.

Por otro lado, para Pulido y Oster (1991) la Constitución garantiza tanto la protección de la libre adquisición como la protección de lo ya adquirido y con ello, y a través de diferentes garantías que derivan de los derechos fundamentales se ha sentado un modelo básico de economía competitiva que, ciertamente, es concebible de muchas formas diferentes. De todos modos, y sin menoscabo de la libertad del legislador de configurar la política económica, parece acertada la afirmación del Tribunal Constitucional de que uno de los principios básicos de la actual Constitución económica es la libre competencia de los empresarios que crean oferta y demanda en el mercado.

Según lo expresado por los autores, la Constitución Alemana no contiene un derecho fundamental que garantice, expresamente, la «libertad del empresario», sino que las distintas formas y contenidos de la actividad empresarial están cubiertas por varias garantías constitucionales, independientes entre sí:

- La libertad de profesión e industria establecido en el artículo 12, párrafo 1, GG que protege la iniciativa empresarial (autonomía de la voluntad y libertad de disposición)

y para los autores es el principal derecho fundamental de la libre actividad económica, que en la praxis es un derecho fundamental de la pequeña y mediana empresa.

- El derecho de la propiedad que según el artículo 14, párrafo 1, GG, garantiza la existencia de la empresa (empresa industrial) como base material de la actividad empresarial.
- El derecho fundamental concreto de la libertad de residencia (artículo 11, párrafo 1, GG) que asegura la libre elección del emplazamiento de la empresa en el territorio de la República Federal.
- El derecho fundamental de la libertad de asociación (art. 9, párrafo 1, GG) que garantiza el derecho de la formación de sociedades comerciales y capitalistas y el de concentraciones de empresas (consorcios, *holdings*) (8).
- La garantía de la libertad de actuación en general (art. 2, párrafo 1, GG) (*) que abarca también la libertad de la actividad económica y la libertad de contratar.

Ahora bien, respecto a las libertades que se pueden encontrar en la libertad empresarial, los autores resaltan en primera medida, la libertad de organización, este tipo de libertad le permite al empresario, elegir el nombre o razón social de la empresa, la localización de la empresa y el establecimiento en un lugar con fines económicos. Así mismo, dentro de la organización de la empresa existe la posibilidad de asociación empresarial, la constitución de consorcios y de designación de los cargos de los órganos de las empresas que toman las decisiones importantes.

Otra de las libertades que tiene la libertad empresarial, es la libertad de dirigir y desarrollar la empresa, libremente fundada y organizada, de acuerdo con las propias ideas, planes, evaluaciones y decisiones, frente a la cual Pulido y Oster (1991) afirman que este tipo de libertad abarca la libre planificación económica, la política de personal y la disposición de los medios de producción la cual es limitada por el «hecho de exigir a empresas la prestación de servicios al Estado» (*Indienstnahme von Unternehmen durch den Staat*), por ejemplo, su utilización en la recaudación de impuestos o la imposición de la creación obligatoria de reservas para asegurar el abastecimiento energético del país.

Así mismo, existe la Libertad de la actividad en el mercado, frente a la cual Pulido y Oster (1991) señalan que es manifestada en: 1) La libertad de precios, la cual puede ser limitada por la fijación, regulación y control de las autoridades que buscan evitar abusos. 2) La libertad de

distribución y venta. 3) La libertad de competencia y de publicidad, que debe ser garantizada por el Estado quien tiene la facultad de impedir parcialmente la competencia, en interés del bien común, en sectores y ramos económicos determinados o para ciertos productos. 4) La libertad contractual, entendida como es la libertad de formalizar contratos con una contraparte de su elección fundada en el mutuo acuerdo.

En el caso de Francia, para François-Xavier Lucas (2005) la libertad de comercio e industria es un principio fundamental que surgió del período revolucionario afirmado por la ley de 2 y 17 de marzo de 1791 que establece que cualquier persona será libre de hacer tal negocio o de ejercer la profesión, arte u oficio que crea conveniente.

Por su parte, según lo expresó Estrada (2005) en el artículo “La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional” la relación entre libertad económica y libertad de empresa es la existente entre género y especie, en donde la libertad económica es el género y la libertad de empresa es una de sus especies junto con la libre competencia.

Según lo indicado en el medio Cairn, el principio de libertad de comercio e industria ha sido reafirmado desde 1791 por la Ley Royer de 27 de diciembre de 1973 que establece que “la libertad y la voluntad de emprender son los fundamentos de las actividades comerciales y artesanales, así como en el Derecho comunitario a través de varios tratados que afirman la libertad de establecimiento, circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, libertades que son todas facetas del principio de libre comercio.

Este es un principio fundamental de ley, lo que se denomina libertad pública en el sentido del artículo 34 de la Constitución. En resolución de 16 de enero de 1982 relativa a las nacionalizaciones (Cons. Const., 16 de enero de 1982), el Consejo Constitucional vio en ella una “norma con valor constitucional, precisamente uno de los atributos de la libertad reconocida a todo hombre por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”.

En este mismo sentido, conforme lo expone el Consejo Constitucional de Francia (2015) la libertad constitucional de empresa deriva del artículo 4 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano según el cual: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”.

Al respecto, el Consejo confirmó en su decisión No. 2012-285 QPC del 30 de noviembre de 2012 (corporaciones de Alsacia-Mosela), que incluye dos objetos, a saber: “no solo la libertad de acceder a una profesión o una actividad económica, sino también la libertad del ejercicio de esta profesión o esta actividad” (cons. n ° 7).

Conforme lo señala el autor, la jurisprudencia francesa ha tenido un mayor desarrollo respecto al segundo punto y de este modo, se ha concedido a la empresa el derecho a elegir libremente a sus empleados, derecho a despedir, derecho a fijar precios, derecho a publicitar, entre otros.

Al respecto, en dos decisiones del Consejo Constitucional se han establecido algunos lineamientos en la materia:

1. La decisión emitida frente a la Ley de seguridad laboral:

“Por un lado, en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo L. 912-1 del Código de la Seguridad Social, todas las empresas pertenecientes a una misma rama profesional pueden tributar no sólo el precio y las condiciones de la protección adicional, pero también de la elección del organismo de previsión responsable de garantizar esta protección entre las empresas regidas por el código de seguros, las instituciones reguladas por el Título III del Libro IX del Código de la Seguridad Social y las mutuas reguladas por el código de mutuas; que, si el legislador puede vulnerar la libertad de empresa y la libertad contractual con el fin de mutualizar los riesgos, en particular, al prever la recomendación a nivel de sucursal de una única organización de previsión que ofrezca un contrato de referencia, incluso a una tasa de seguro determinada, o al ofrecer la posibilidad de que varias organizaciones de previsión que ofrecen al menos tales contratos de referencia, no puedan infringir estas libertades de tal naturaleza que la empresa está vinculada con un cocontratista ya designado por contrato negociado a nivel de sucursal y con contenido completamente predefinido; que, en consecuencia, las disposiciones de este primer párrafo desconocen la libertad contractual y la libertad de compromiso; _ no puede infringir estas libertades de tal naturaleza que la empresa se vincule con un cocontratista ya designado por un contrato negociado a nivel de sucursal y con contenido completamente predefinido; que, en consecuencia, las disposiciones de este primer párrafo desconocen la libertad contractual y la libertad de compromiso; _ no puede infringir estas libertades de tal naturaleza que la empresa se vincule con un cocontratista ya designado por un contrato negociado a nivel de sucursal y con contenido completamente predefinido; que, en consecuencia, las disposiciones de este primer párrafo desconocen la libertad contractual y la libertad de compromiso; _ Considerando que, por otra parte, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo L. 912-1 permite imponer que, desde la entrada en vigor de un contrato de sucursal, las empresas de este ramo estén vinculadas con la organización proveedora designados por el acuerdo, aunque antes de este estarían vinculados por un contrato celebrado con otra organización; que, por las mismas razones que las expuestas en el considerando 11 y sin que sea necesario examinar la denuncia basada en la

infracción de acuerdos legalmente celebrados, estas disposiciones también desconocen la libertad de contratación y la libertad de compromiso. Considerando que de todo lo anterior se desprende que las disposiciones del artículo L. 912-1 del Código de la Seguridad Social afectan la libertad de empresa y la libertad de contratación de manera desproporcionada con respecto al objetivo perseguido de mancomunación de riesgos; que, sin que sea necesario examinar las demás denuncias contra el punto 2 del apartado II del artículo 1st de la referida ley, tanto estas disposiciones como las del artículo L. 912-1 del Código de la Seguridad Social deben ser declaradas contrarias a la Constitución.” (Bechillon, 2015)

2. La decisión dictada sobre la denominada Ley “Florange”:

Al respecto, el Consejo Constitucional señaló que “las disposiciones impugnadas exigen que una empresa que esté considerando cerrar un establecimiento acepte una “oferta de adquisición seria”; que si el legislador especifica que esta gravedad de las ofertas públicas de adquisición se evalúa “en particular en lo que respecta a la capacidad de su autor para garantizar la sostenibilidad de la actividad y el empleo del establecimiento”, estas disposiciones encomiendan al tribunal de comercio incautado en las condiciones previstas en el artículo L. 771-1, la facultad de apreciar esta gravedad; que las disposiciones impugnadas permiten también a un tribunal mercantil juzgar que una empresa rechazó sin motivo legítimo una oferta de recuperación seria y dictar una sanción que puede llegar a veinte veces el valor mensual del salario mínimo interprofesional de crecimiento por puesto de trabajo removido;

Considerando que la obligación de aceptar una oferta pública de adquisición seria en ausencia de un motivo legítimo y la competencia encomendada al tribunal mercantil para reprimir la violación de esta obligación pesan sobre las opciones económicas de la empresa, en particular las relativas a la enajenación de determinados bienes, y su gestión de las limitaciones que afectan tanto al derecho de propiedad como a la libertad de incurrir en una injerencia manifiestamente desproporcionada en el objetivo perseguido; que, en consecuencia, las disposiciones de 2 ° y 3 ° del artículo L. 772-2 del Código de Comercio deben ser declaradas contrarias a la Constitución; que lo mismo se aplica, en consecuencia, a las palabras “o que ha rechazado una oferta de adquisición seria sin motivo legítimo de denegación” que aparecen en el primer párrafo del artículo L. 773-1 del mismo código y palabras:

Por lo anterior, considera el Consejo la libertad empresarial puede entenderse como verdadera libertad, económicamente realista. Sobre todo, protege la autonomía de los empresarios, su capacidad para tomar por sí mismos las decisiones de gestión, estrategia y gobernanza que

consideren buenas. El derecho que se ofrece a todos para emprender libremente se entiende sobre todo como un margen de autodeterminación, por no decir de soberanía. En otras palabras, el legislador no puede sustituir a la empresa para decir qué le conviene y cómo debe hacer para lograr su objeto social, a fortiori cuando no se le imponga ningún motivo de interés general.

En el caso chileno, según los antecedentes presentados por Beltrán (1998), en el año 1811 el Gobierno declaró abiertos al comercio los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo bajo el argumento de “todos los hombres tienen ciertos derechos imprescriptibles con que los ha dotado el creador para procurar, su prosperidad y bienestar”.(Anguita, 1912)

En el año 1822 la Constitución vigente, únicamente se refería a que “la Industria no conocerá trabas y se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos”. Por su parte, según señala Beltrán la Norma Fundamental de 1833 reguló la denominada libertad de comercio o industria conjuntamente con la libertad de trabajo. En este sentido dispuso que “ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una Ley lo declare así.

La Constitución Política de la República, texto promulgado por Decreto Supremo No. 1150 de 21 de octubre de 1980, en su artículo 19 No. 21 señaló:

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quorum calificado las autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, así mismo, de quorum calificado.”

Conforme lo señala Beltrán (1998), con dicha disposición fue la primera vez que se consagró la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dentro de los límites de la moral, el orden público, la seguridad nacional y el respeto por las normas legales que regulen la materia.

Respecto a México, Anzures (2019) señala que la libertad de empresa hunde sus raíces en lo que se conoció antaño como la libertad de comercio. Según lo señala el autor, la libertad de comercio fue consecuencia natural del liberalismo económico y político del Estado liberal (valga

la redundancia) y nace como respuesta al modelo económico mercantilista propio de los siglos XVI, XVII y XVIII, que dio lugar al fortalecimiento de la actividad del comerciante como una de las manifestaciones propias de la libertad del individuo y de su facultad para realizar actos de comercio. Sus primeros reconocimientos tuvieron lugar en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 y en la Loi Royes del 17 de marzo de 1791.

Para el autor, en el México independiente, la libertad de comercio fue reconocida, quizá por primera vez, en el artículo 7 del Plan de Ayutla de 1854 al prohibir el impuesto de capitación y permitir, con ello, el libre mercado. La Constitución de 1857 consagró este derecho al reconocer la libertad de todo hombre para “abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode”. Este artículo fue reproducido de manera casi idéntica en el numeral 4º. de la CPEUM de 1917, pero añadiendo de manera expresa el término “comercio”, y quedó, entonces, de la siguiente manera:

“(a) ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...” (Anzures, 2019)

En México, según lo trae a colación Navarro (1998), la Constitución Política en sus artículos 5 y 25 también consigna la noción de libertad de empresa o de emprender actividades económicas, indicando que, “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”. Agrega el texto que “la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”. (Revista Derecho & Sociedad, N° 51 / pp. 265-282)

Como indica Carvonell, citado en la Revista Derecho & Sociedad, N° 51 (pp. 265-282), la doctrina ha destacado que la normativa viene a significar la libre competencia, esto es, “la posibilidad de que cualquier persona se dedique a la misma actividad económica que tiene otra, sin que pueda haber algún tipo de exclusividad en cuanto al desempeño de la misma”.

Por lo mismo, todo aquello que evite la libre competencia es incompatible con la economía mexicana. Del mismo modo, la libertad contractual se encuentra tutelada por la Constitución. En el caso argentino, según lo dispone la Constitución de la República en su artículo 14, se reconoce a todos los habitantes de la nación el derecho “de trabajar y ejercer toda industria lícita”, como del mismo modo el de “navegar y comerciar”.

Según Moreno (2015) la doctrina incluye los siguientes derechos dentro de la libertad de empresa reconocida en la Constitución Nacional Argentina: (i) crear un emprendimiento entendido como "realización voluntaria de una actividad económicamente lucrativa" con posibilidad de apropiación del rendimiento; (ii) permanecer en el sector productivo o mercado; (iii) interactuar en los mercados interno y externo de intercambios; (iv) controlar la dirección del emprendimiento; (v) establecer el control de la producción del emprendimiento; (vi) abandonar el sector productivo, y (vii) cesar la actividad económica privada. Si se toma estos elementos como contenido mínimo esencial de la libertad de empresa, algunos de ellos guardan gran relación con el derecho de participación (rendimiento o beneficio, control de la dirección y establecimiento del control de la producción), aunque ello no impide que los contenidos mínimos de ambos derechos coexistan. Ello da una idea de la conexión y compatibilidad entre libertad de empresa y derecho de participación en las ganancias.

En cuanto a Uruguay, según Risso Ferrand (2005) la Constitución Uruguay, trae inmersa en su artículo 36 la libertad de empresa, pues en términos de la norma, *"toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes"*.

Frente a la libertad de empresa en Uruguay, Bado (2008) señala que la iniciativa privada para el desarrollo de actividades económicas, se asienta sobre la base de los siguientes principios:

1. La garantía del reconocimiento del derecho de propiedad y de libertad para dedicarse a cualquier actividad dispuesto en el artículo 32.
2. El principio de subordinación de la actividad económica y de la propiedad al interés general, también establecido en el artículo 32.
3. El principio de iniciativa del Estado en la orientación, fomento y contralor de la actividad económica en general, sin perjuicio de su actuación directa en varios sectores (Risso Ferrand, 1983, p.313).

No obstante, dicha libertad al ser considerada inmersa en la libertad de elección de actividad, para la autora implica subsumir un derecho dentro de otro privándolo de un contenido especial propio. La combinación de estos derechos reduce la libertad de empresa a un derecho secundario o derivado

En el caso de Ecuador, la libertad de empresa tiene sus bases en el numeral 15 del artículo 66 de la Constitución, según el cual: Artículo 66: Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

De igual manera, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 319 reconoce *“diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.”*

En relación con esta disposición constitucional, la Corte Constitucional de Ecuador en Sentencia 171-14-SEP-CC, dispuso:

“La libertad de empresa, definida dentro del “derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”, situación que entrevé que sigue siendo la voluntad de la naturaleza jurídica a plasmarse en determinada unidad o agrupación de personas.; (...) Es así como, tanto la libertad de contratación y de empresa son el reflejo de la libre competencia establecida por la existencia de varias empresas que pueden dedicarse a una misma actividad, para lo cual se les garantiza la no discriminación a través de la igualdad formal y material, es decir, se las equipara en un mismo rango ante la ley, con derechos y obligaciones semejantes entre sí para con el Estado.”

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en revisión del proceso 18 DR-2001 del 12 de septiembre de 2001 por demanda interpuesta por la República de Ecuador, analizó puntualmente la libertad de comercio.

Al respecto, en el resumen presentado por Pérez en la revista de derecho No. 1 UASB-Ecuador / CEN de 2003, se señala que la demanda de revisión fue presentada en contra de la sentencia de incumplimiento de la República del Ecuador del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del capítulo V del Acuerdo de Cartagena y de la Resolución No. 134 de la Secretaría General.

Según la autora, la acción de incumplimiento se originó por la expedición del Decreto No. 3303 por parte del Gobierno de Ecuador, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial 833 de fecha 30 de noviembre de 1995, mediante el cual se establecieron algunas medidas con la finalidad de corregir distorsiones producidas por las importaciones indiscriminadas de combustible. Importaciones que causaban desequilibrios a la producción y comercialización nacional de algunos productos, lo que generó una grave afectación a los ingresos que debía recibir el Estado ecuatoriano.

En la misma sentencia se establece que las medidas protectoras a la producción nacional del país Ecuador, en cambio, afectan la libertad de comercio con los productos de los otros países miembros.

Con dicho decreto el Ecuador alega que se pretendió establecer un tratamiento similar a todas las importaciones de combustible provenientes de cualquier país, garantizando de esta forma la equidad en la comercialización interna de dichos productos, tanto elaborados en el país como de los importados. (Pérez. 2003)

Según Pérez, el Tribunal considera que estas medidas de protección van en desmedro de los intereses de los otros países miembros. Frente a ello, el Estado del Ecuador precisa que mediante el Decreto Ejecutivo No. 3303 se reformaron los decretos ejecutivos Nos. 1433 y 1434, publicados en el Registro Oficial No. 369 de 28 de enero de 1994, que contienen el Reglamento de Regulación de Precios de los Derivados de Petróleo para consumo interno (excluidos el gas para uso doméstico, lubricantes y derivados especializados) y la valuación.

Así mismo, se alega la situación de fuerza mayor y caso fortuito, producida por situaciones económicas como la deuda externa e interna, las medidas de salvataje bancario, la caída de la reserva monetaria y el fenómeno de El Niño. Sin embargo, pese a lo expuesto por la República del Ecuador el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de sentencia no considera los argumentos de hecho y de derecho alegados por la República del Ecuador y declaró el incumplimiento del arto 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del capítulo V del Acuerdo de Cartagena y de la Resolución 134 de la Secretaría General. (Pérez. 2003)

Para el Tribunal, el Reglamento de regulación de precios de los derivados de petróleo para consumo interno produce un desajuste en el manejo de los precios con los cuales se ponen en venta los productos derivados del petróleo de importación a un precio más alto del de producción nacional. Con esto no solo que se fomenta la falta de competencia sana, sino que se produce una alteración artificial de los precios en los productos de importación. (Pérez. 2003)

Finalmente, respecto a la filosofía del principio de libertad de empresa y de comercio, la autora señala que con lo anterior se violan algunos de los aspectos que regulan este principio, a saber, la libre fijación de precios de ventas de los productos por el mercado, la desigualdad de condiciones de comercialización de los productos nacionales frente a los importados. Con todo ello, el principio de libertad de comercio y empresa se vería afectado por la disposición del decreto que precautela la producción nacional del Ecuador. (Pérez. 2003)

En el caso de Venezuela conforme lo trae a colación Navarro (1998), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prescribe en su artículo 112 que *“todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social”*, agregando que *“el Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”*.

En este sentido, la sala Constitucional venezolana ha puntualizado que el derecho a la libertad de empresa “constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas” (Allan Brewer, 2007)

Al respecto, Brewer-Carias (2004) afirma que, el modelo económico constitucional venezolano ha enmarcado el desarrollo de una economía basada en la libertad económica y la iniciativa

privada, pero con intervención del Estado con el objetivo de asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico; estableciéndose un sistema de economía social de mercado. (p. 817).

Como lo trae a colación Valle Buitrago (2016), de allí que el modelo económico que apunta el constitucionalista en la Carta Magna del año 1999 protege un sistema de economía social de mercado, en la que el Estado garantiza la fuerza de mercado basado en los principios de libertad económica y de la iniciativa privada, gracias a lo que Velázquez Restrepo citado por Morles (2000) refiere como “constitucionalización del derecho privado” (p. 176).

Ahora bien, al analizar el texto constitucional, Muci (2007) indica que libertad económica debe ser entendida “como ausencia de interferencias estatales” (p. 204), a lo que puede adicionarse la postura reiterada del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional sentencia del 6 de febrero de 2001 caso Pedro Antonio Pérez Alzurut) que sostuvo “la libertad económica es la manifestación específica de la libertad general del ciudadano, la cual se proyecta sobre su vertiente económica”. Sin embargo, esta libertad tiene su contrapeso en las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico patrio y por las razones señaladas por el constituyente del 99 en el referido artículo. (Valle Buitrago. 2016)

Así mismo, para la autora con el marco constitucional se establece un doble rol que asume el Estado en el régimen económico y de manera puntual en la actividad empresarial venezolana, es decir, el Estado como promotor y el Estado como interventor.

Como promotor, el Estado permite dentro de la actividad empresarial el impulso de la iniciativa privada. Ello se evidencia al expresar el redactor de la norma: “El Estado promoverá la iniciativa privada [...] empresa, comercio, industria ...” y, de forma particular, a la creación de empresas, sean éstas individuales, pequeñas o medianas industrias, empresas familiares y cualquier tipo de asociación comunitaria y cooperativas, sociedades civiles, o las de corte mercantil en todos sus arquetipos sociales (sociedades de personas y sociedades de capital).

En dicho rol Estado, la actividad empresarial venezolana conlleva a la libertad económica empresarial también conocida como libertad de empresa que a su vez permite el libre acceso al mercado, así como la independencia de ejercicio para la actividad, y la libertad de cesar la actividad empresarial, fases éstas en las que no podrá intervenir el Estado con el rol de

regulador, salvo, que el agente económico viole de manera flagrante una disposición de carácter constitucional o legal, o bien por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, en las que se requiera la intervención de parte del Estado venezolano. (Valle Buitrago. 2016)

Según lo señala Valle Buitrago (2016), en la actuación del Estado como ordenador, se evidencia un régimen de intervencionismo en la vida económica y social, que lleva al papel del Estado regulador o controlador, a razón de la existencia de diversos instrumentos jurídicos patrios, como la Constitución de la República, leyes, reglamentos, entre otros, que limitan la constitucionalización del derecho privado, o que procuran, en palabras de Buitrago (2012) “libertad de empresa no absoluta” (p. 32), verbi gratia el contenido del artículo 113 de la Carta Magna que dispone la prohibición de monopolios, así como el artículo 114 que enuncia delitos económicos, etcétera.

En Perú, la Constitución Política en su artículo 59 trata del rol económico del Estado y señala, *“el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*.

Según Rodríguez (2011) la libertad de empresa no es una libertad irrestricta como está establecido en el artículo 59 de la Constitución por otro lado esta libertad cuenta con diferentes manifestaciones como la libertad de contratación, de elegir el nombre de la empresa, de comercialización y otras más. Estas diversas manifestaciones deben ser reguladas para evitar fallas de mercado y en el caso de Perú son reguladas por Leyes como la No. 28976, la No. 26375 y la No. 26407.

En cuanto a Bolivia, la Constitución Política del Estado de Bolivia señala en su artículo 47: *Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo. II. Las trabajadoras y los trabajadores de pequeñas unidades productivas urbanas o rurales, por cuenta propia, y gremialistas en general, gozarán por parte del Estado de un régimen de protección especial, mediante una política de intercambio comercial equitativo y de precios justos para sus*

productos, así como la asignación preferente de recursos económicos financieros para incentivar su producción. III. El Estado protegerá, fomentará y fortalecerá las formas comunitarias de producción.

En la misma Carta, en su artículo 308 señala:

El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos.

Como se observa, algunos países de Europa y Latinoamérica han establecido constitucionalmente la libertad de empresa como una garantía para las empresas de desarrollar actividades de carácter económico con respeto a los derechos, prevalencia del bien colectivo y con el establecimiento de límites en su ejercicio.

Ahora bien, a nivel conceptual la libertad de empresa ha sido concebida por algunos autores como un derecho fundamental al encontrarse establecida en las disposiciones constitucionales, así mismo, en su análisis han presentado algunos rasgos o características que se describen a continuación:

Por ejemplo, Carrasco (2014) indica que la libertad de empresa constituye en estricto sentido una categoría instrumental de relevancia constitucional (precisamente por estar al servicio de los derechos fundamentales) cuya configuración legal y ejercicio se encontrará siempre sujeta al contenido axiológico expresado en tales derechos fundamentales.

En este mismo sentido, Irureta (2013) resalta que el hecho que la libertad de empresa se estructure como un derecho fundamental implica que el ordenamiento jurídico le reconoce al titular la capacidad para exigir ante los órganos jurisdiccionales el cumplimiento de la obligación insatisfecha. Por tanto, su protección hay que ubicarla dentro del ámbito de competencia de los Tribunales de Justicia, toda vez que el titular de este derecho ostenta un status jurídicamente protegible de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Y dicha protección "abarca todos los aspectos de o dimensiones de la actividad empresarial". De esta manera, el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa termina vinculando a todos los poderes públicos, en especial a todos los Jueces y Tribunales; su contenido se encuentra garantizado bajo la tutela

efectiva de dichos Jueces y Tribunales; y su ejercicio sólo podrá ser regulado por una ley formal -que en todo caso respetará su contenido esencial, sin perjuicio del uso secundario o residual de normas reglamentarias de ejecución y desarrollo en la ordenación de la actividad empresarial.

Para el mismo autor, la libertad de empresa está constituida como un derecho fundamental modalizado por las exigencias generales que impone la propia Constitución y el ordenamiento jurídico en general. De ese modo, el ejercicio de la libertad se ve acompañado de una serie de cargas, deberes y vinculaciones que obligan a modalizar su configuración. Las exigencias de la moral, la seguridad nacional y el orden público, así como las propias normas reguladoras de la actividad, estructuran esta libertad y permiten complementar el interés individual con el interés colectivo.

Por su parte, Viera (2010) señala que libertad de empresa es un derecho fundamental de enorme trascendencia, tanto por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país la iniciativa particular, como por el hecho de que es necesario establecer condiciones para que este despliegue no sea arbitrario y que suponga una privación de derechos a las personas. De ahí que el Estado social, condicione su interpretación y suponga un correctivo de una comprensión de la libertad de empresa de supuestos puramente neoliberales.

El mismo autor, afirma que, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone el principio de proporcionalidad.

Respecto de cómo evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte en Sentencia C-263 de 2011, señaló que: en primer lugar, el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.; y en segundo lugar, se apela al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido.

Así mismo, a nivel jurisprudencial la Corte Constitucional Colombiana también ha establecido un marco de referencia respecto al concepto y las características de la libertad de empresa, por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia 264 de 2013 precisa las garantías que comprende la libertad de empresa:

“La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de (...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.”

Así mismo, establece el núcleo esencial de la libertad de empresa:

En materia de libertad de empresa, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.

Por su parte, en Sentencia C-197 de 2012, la corporación presenta una noción de libertad de empresa, en los siguientes términos:

La Constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales). (Corte Constitucional, 2012)

La Corte ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. La libertad de empresa es la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”.

Según la Corte, esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada.

La libertad de empresa es una garantía que se reconoce a los agentes del mercado en función del interés público que existe en el buen funcionamiento de la economía; por ello señala que no es un derecho fundamental. En este orden de ideas, la libertad de empresa no puede considerarse como una garantía absoluta; el Legislador puede regularla y restringirla, siempre y cuando no anule sus contenidos básicos y lo haga con sujeción al principio de proporcionalidad.

Sabogal (2005), considera que la libertad de empresa adicionalmente está integrada por la libertad de fundación de una empresa, la libertad de organización del empresario, la libertad de dirección de la empresa y la libertad de la actividad en el mercado, las cuales serán descritas a continuación con base en el análisis realizado por el autor:

Tabla 3: Descripción de las libertades

LIBERTAD	DESCRIPCIÓN
Libertad de fundación de una empresa.	<p>Libertad de emprender actividades económicas organizadas. Se encuentra limitada y sujeta al cumplimiento de condiciones ser subjetivas u objetivas.</p> <p>Las condiciones de carácter subjetivo refieren a aquellas que exigen el cumplimiento de requisitos de constitución para determinadas formas de empresas. Por ejemplo: número de accionistas, capital suscrito. Dentro de la libertad de empresa en materia societaria, los socios tienen la facultad de escoger su objeto social, decidir los negocios, operaciones y actividades que va a desarrollar la empresa. Las condiciones objetivas también limitantes de la libertad de empresa, se restringe el ejercicio de</p>

	una determinada actividad económica organizada, tal como sucede con los monopolios estatales, frente a los cuales se limita el libre acceso de los particulares a determinadas actividades empresariales.
Libertad de organización del empresario	La determinación de la forma jurídica en que se va a constituir, la definición de su estructura interna y la asignación del nombre e incluso la ubicación de su domicilio.
Libertad de dirección de la empresa	Dentro de este marco se encontrará la libertad de planificación económica, la libertad de contratación del capital humano, la libertad de producción, y la libertad de inversión y desarrollo. En materia laboral, la libertad de empresa se encuentra enmarcada de contratación del capital humano que desarrollará el objeto social, la cual se encuentra limitada por las disposiciones legales en su mayoría proteccionistas del trabajador.
Libertad de la actividad en el mercado	Dentro de las libertades de la actividad en el mercado el empresario, puede fijar los precios de los productos o servicios bajo el principio de sana competencia; la libertad de distribución y venta de productos o servicios, que puede ser limitada, a través de la prohibición o restricción en la distribución y venta de algunos componentes químicos que pueden ser usados para la fabricación de estupefacientes, o la limitación a la libre negociabilidad de bienes que se encuentren gravados con algún tipo de garantía real (por ejemplo, la prenda) pues con dichas garantías se está protegiendo el interés de terceros. Por otra parte, la libertad contractual entendida como aquella libertad que permite al empresario determinar libremente la celebración o no de un contrato, además de la forma típica o atípica del contrato o el contenido del mismo, puede ser limitada por el legislador en algunos casos.

Fuente: Sabogal. L. (2005). NOCIONES GENERALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA. REVIST@ e – Mercatoria Volumen 4, Número 1. Pág. 15.

Por otra parte, en sentencia C 882 de 2014 la Corte Constitucional estableció que la libertad de empresa tiene ciertos límites y responsabilidades pues su ejercicio no puede interferir en el goce de los derechos de los ciudadanos, en este sentido, la Corte señaló:

Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad económica no es absoluta, y que tanto la libertad de empresa como de competencia tienen límites y responsabilidades, emanadas directamente de la Carta Política. Así, por ejemplo, se ha sostenido, entre otros, que el ejercicio de la libertad de empresa no puede interferir irrazonablemente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos; el orden y/o el interés público; y el ambiente o el patrimonio cultural de la nación. Y que la libertad de competencia debe ejercerse dentro de un marco de prevalencia del bien común, el interés público y la protección de los usuarios. Esta gama de restricciones tiene como objeto armonizar las garantías de la iniciativa privada con los demás propósitos y finalidades de la Carta, que a su vez protegen los intereses públicos e individuales de los ciudadanos. Teniendo presente, además, que a los empresarios se les asegura el acceso a los mercados en condiciones de igualdad, no solo para que obtengan utilidades, sino también a fin de que satisfagan las necesidades de toda la población en el consumo de bienes y servicios. Por lo que la dinámica mercantil tiene involucrado un claro interés general, y el Estado debe intervenir para promover el desarrollo económico y social con equidad. Ahora bien, la imposición de esos límites no puede ser arbitraria, sino que, por el contrario, debe seguir una serie de condicionamientos que garanticen el contenido mínimo del derecho a la libertad económica. Los requisitos para que la intervención sea constitucional y no desborde las garantías superiores son: (i) que los aspectos elementales de la intervención sean determinados por el Legislador, en tanto el artículo 333 superior dispone expresamente que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”; (ii) que no anule los contenidos esenciales de la libertad económica, y (iii) que responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Al respecto, el Consejo de Estado con consejero ponente Julio Roberto Piza Rodríguez en sentencia con radicación 17001-23-31-000-2012-00191-01(20564), considero que:

“La Constitución Política señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero limitadas por el bien común. Complementariamente, reconoce que la libertad de empresa conlleva una responsabilidad social, esto es, si bien la libre competencia económica es un derecho, lo cierto es que sobrelleva responsabilidades frente a la sociedad en la que se desarrolla la actividad económica. Interesa resaltar que el Estado, por mandato de la ley, evitará la obstrucción o la restricción de la libertad económica y evitará o controlará los abusos que pudieran cometer personas o empresas que gocen de posición dominante en el mercado nacional. Asimismo, el Estado es el encargado de delimitar el alcance de la libertad económica

cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. El artículo 334 de la Constitución Política, por su parte, dice (...) La Constitución Política advierte que la dirección de la economía corresponde al Estado y, por ende, está obligado a intervenir para corregir las denominadas fallas del mercado, para garantizar principalmente el pleno empleo de las fuerzas económicas, la libre competencia de los concurrentes al mercado y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. En ese contexto normativo, debe concluirse que la libertad de empresa y la libre competencia no son absolutos, en tanto la Constitución Política los limitó en atención a la función social y ecológica que deben desarrollar los agentes económicos. Sobre el particular, en la sentencia C-333 de 1999, la Corte Constitucional dijo: El concepto de libertad económica debe ser entendido, como la facultad que tienen las personas de realizar actividades de naturaleza económica, a fin de mantener o incrementar su patrimonio. Sin embargo, las actividades que conforman dicha libertad, están sujetas a las limitaciones impuestas por la prevalencia del interés general, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado, y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha establecido con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los diferentes derechos. (...) En concreto, deben distinguirse tres tipos de limitaciones a la libertad de empresa y la libre competencia: (i) la prevalencia del interés general; (ii) las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado, y (iii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Interesa dejar claro que las limitaciones a la libertad de empresa y a la libre competencia no pueden ser arbitrarias, pues, en todo caso, deben estar justificadas. (...) De acuerdo con la Corte Constitucional, para efecto de establecer si una restricción es legítima, resulta necesario evaluar los siguientes aspectos: (i) si la limitación persigue una finalidad prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción es adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad entre la restricción y el fin propuesto”.

Bajo la misma línea, Sabogal (2005) afirma que el empresario también verá limitado el ejercicio de su libertad de empresa por el cumplimiento de una función social, es decir, que deberá orientar sus actividades no sólo a que sus bienes o servicios sean productivos o dejen un marco de utilidad, sino además cooperen al desarrollo y crecimiento económico de la nación, colaboren a la cohesión social y a la protección medioambiental, para de este modo contribuir

a la satisfacción de las necesidades sociales, que por supuesto como se ve, van más allá de la simple expectativa lucrativa que en principio podría tener el empresario.⁵

Dentro de dicha función social, en sentencia C-378 de 2020 la Corte Constitucional considera que el constituyente en el artículo 333 de la Carta Política en el marco del Estado Social de Derecho generó un equilibrio entre las libertades económicas y la necesidad de mantener la protección al interés general. Al respecto, señala que de la norma citada se derivan varias características de la libre iniciativa privada, de los cuales se resaltan:

- Que la empresa es la base del desarrollo y tiene una función social que supone obligaciones
- Que el Estado tiene el deber de fortalecer y promover el desarrollo empresarial e impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica. Lo anterior, bajo la base que las empresas constituyen una de las mayores fuentes de trabajo
- Son consideradas una posibilidad para ejercer el derecho al trabajo como mandato constitucional
- La iniciativa privada interviene como pieza fundamental en procesos macroeconómicos, por lo cual su estabilidad repercute en el desarrollo social del país y, por lo tanto, en la prosperidad de todos sus integrantes.
- A partir de la carga tributaria que le corresponde, se favorecen las finanzas públicas y, por esta vía, la vigencia de un orden justo y la satisfacción de los fines del Estado.
- Adicionalmente, abre la posibilidad de realizar proyectos de vida de quienes se comprometen con su marcha, en beneficio de la garantía de los derechos a la dignidad y a la libertad. (Corte Constitucional, 2020)

Conforme lo establece el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo primero, las relaciones entre empleadores y trabajadores deben enmarcarse en la justicia, donde se encuentre el respeto de los derechos de las partes, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Esta relación conforme lo señala la Organización Internacional del Trabajo- OIT es un nexo jurídico que existe cuando una persona proporciona su trabajo o presta servicios bajo ciertas

⁵ Sabogal. L. (2005). NOCIONES GENERALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA. REVIST@ e – Mercatoria Volumen 4, Número 1. Pág. 15.

condiciones, a cambio de una remuneración, es así que a través de la relación de trabajo se establecen derechos y obligaciones entre el empleado y el empleador.

Bajo esta premisa, la Constitución Política de Colombia en su artículo 53, establece la obligación del Congreso de expedir el estatuto del trabajo, donde se constituyen algunos principios que fundamentan el derecho al trabajo y las relaciones laborales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Así mismo, constitucionalmente a favor del empleador a través del artículo 333 también se reconoce el derecho a la libertad económica y de empresa, en los siguientes términos:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Sabogal (2005) señala que si bien fue reconocida como derecho fundamental en las primeras providencias del máximo órgano constitucional, con posterioridad la misma Corte negó su “iusfundamentalidad” apoyándose en la doctrina norteamericana de las preferred liberties, esgrimiendo que las libertades de carácter económico enunciadas en el artículo 333 de la C.N. no tienen la misma connotación ni valor de los derechos inherentes a la persona a quienes la Constitución sí expresamente les ha reconocido su carácter de fundamentales ubicándolas en el Capítulo II del Título I de la Carta Política Colombiana . En palabras textuales de la Corte:

<<las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios, pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente respecto de las libertades económicas>>.

Por su parte, García Pelayo (1978, p. 40), señala que la libertad de empresa es “el derecho subjetivo para crear y mantener empresas y como derecho de la empresa a decidir sus objetivos y desarrollar su propia planificación”. Esta libertad contractual le confiere al empresario una serie de derechos subjetivos (Goig Martínez, J.M, 1996, p. 737): en primer lugar, el derecho a contratar o no. Este derecho, en la mayoría de los casos, se hace indispensable para la consecución de los objetivos para los que fue creada la empresa, ya que, sin mano de obra, no se pueden ejecutar las tareas necesarias para el mantenimiento de la sociedad, en este caso, el empresario no tendrá más opción que contratar a trabajadores. El segundo, es el derecho que posee el empresario para contratar a quien considere idóneo para la realización de dichas tareas imprescindibles para el logro de sus objetivos económicos. (Santander, 2015)

De lo anterior, resulta ser claro que el empleador y el trabajador como partes de la relación laboral se rigen bajo principios legales y constitucionales que buscan una armonía entre intereses que pueden ser contrapuestos, pues por una parte el trabajador con derechos preferentes busca el reconocimiento y pago de una remuneración que le permita suplir sus necesidades y llevar una vida digna y por otra, el empleador desde una perspectiva económica tiene como objeto el desarrollo de una actividad económica para incrementar su patrimonio para lo cual dentro de su libertad determina la contratación y las variaciones que pueden tener las relaciones laborales, sin que en ningún momento se desconozcan derechos fundamentales del trabajador.

Respecto a los intereses del empleador, la Corte Constitucional en Sentencia C- 228 de 2010, hace una consideración sobre la noción de libertad de empresa como una manifestación de la libertad económica, donde establece:

“La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica.”

Conforme a lo anterior, las actividades que desarrollan las empresas dentro de la libertad que se les ha otorgado, tienen límites, entre ellos los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores, así lo indicó la misma corporación en Sentencia T- 394 de 1999, donde expresa:

En el campo de esa actividad económica es necesario el señalamiento por los empresarios de sus propios estatutos sociales y reglamentos internos para gobernarse en el seno de su empresa, los cuales, por ser de obligatorio cumplimiento, en virtud del pacto que se celebra para su expedición, no excluyen el acatamiento a los principios, derechos y valores constitucionales. Recuérdese el mandato constitucional del artículo 4o. de la Carta Fundamental: "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes"; por lo tanto, es vital que el señalamiento de las condiciones y normas empresariales internas reguladoras de la actividad social empresarial, si bien en desarrollo de la libertad de asociación están regidas en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones.

(...) Las limitaciones de orden legal a las cuales puede verse sometida la libertad económica y de empresa, pueden tener como causa la garantía de los derechos fundamentales de las personas y la prevalencia del interés general. Por ello, es viable

señalar que la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad, debe presentar la suficiente compatibilidad con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el trabajo y demás ligados a éste, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva, pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas.” (...)

Por otra parte, en forma correlativa a la consagración constitucional vista del derecho al trabajo, el ordenamiento superior vigente garantiza la libertad económica (C.P., art. 333), entendida como “la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social.”

En este orden de ideas, al limitarse por derechos fundamentales, por razones de seguridad, salubridad, entre otros, las empresas en desarrollo de sus actividades de carácter económico y la libertad otorgada no pueden omitir o desconocer derechos del trabajador ni mucho menos realizar acciones que puedan generar un riesgo o causar algún daño al empleado, quien se somete a lo que le sea ordenado por empleador en virtud del contrato de trabajo. Contrato de trabajo que como establece Coase, R.H (1994) es un documento por medio del cual el factor, por una determinada remuneración acepta obedecer las directivas de un empresario dentro de ciertos límites.

Por el contrario, deben sujetarse al cumplimiento de aquellas disposiciones que protegen los derechos, la integridad de los trabajadores y previenen cualquier daño a su salud, así como establecer en su reglamentación interna políticas con acciones preventivas para eliminar o mitigar situaciones que pueden generar algún riesgo laboral.

En este mismo sentido, Romagnoli, (1995, 1996) como se citó en Gutierrez (2008) indicó “la empresa se sostiene en un minúsculo ordenamiento auto concluso, es una institución con un legislador propio (...) todo un conjunto coordinado de autoridades y engranajes administrativos”.

Es así que el empleador para cumplir su objeto social tiene la potestad de regular internamente su organización, pero debe ceñirse a las disposiciones legales que protegen la integridad y los derechos de los trabajadores, pues en el caso que el trabajador sufra daños por un accidente

de trabajo o enfermedad laboral y demostrarse que el hecho ocurrió por negligencia, descuido u omisión del empleador, este será responsable y deberá reparar al trabajador.

En los términos de la Ley 1562 de 2012 entiéndase por accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte y por enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar.

No obstante, la sola ocurrencia del accidente o la enfermedad no puede configurar la responsabilidad del empleador o como lo consagra el artículo 216 del C.S.T la denominada culpa patronal:

“Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.

Deben concurrir una serie de elementos para la configuración de la culpa, al respecto, Carlos Ayala Cáceres en su obra “legislación laboral en la salud y riesgos profesionales”, señala:

“El tipo de responsabilidad para precisar cuando el empleador es culpable de un accidente de trabajo, para que la responsabilidad sea subjetiva debe tener 4 elementos, como son: a) Conducta humana. b) Que el autor del daño haya obrado con dolor o culpa. c) Daño o perjuicio. d) Nexo causal.

a) CONDUCTA HUMANA: La omisión de garantizar todos los cuidados y elementos necesarios para la protección y seguridad del trabajador.

b) QUE EL AUTOR DEL DAÑO HAYA OBRADO CON DOLO O CULPA: Es cuando se comprueba el tipo de responsabilidad.

c) DAÑO O PERJUICIO: Es el menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses.

d) NEXO CAUSAL: Es la relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta.

En este orden de ideas, se precisa que en caso de no configurarse los elementos señalados, no existiría responsabilidad por parte del empleador, no obstante, si podría constituirse una estabilidad laboral reforzada a favor del trabajador, quien amparado Constitucionalmente tiene derecho a conservar el empleo; a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz. (Sentencia T-320, MP Alberto Rojas Ríos).

Por su parte, para Giraldo (2002) la estabilidad laboral reforzada impide que el empleador ejerza sus derechos, particularmente a dar por terminado unilateralmente el contrato, y a variar las condiciones del trabajo en situaciones de inferioridad o debilidad manifiesta, lo que constituiría un fuero laboral especial.

Es así que los trabajadores que presenten algún deterioro en su salud o que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta o indefensión y que pierdan su capacidad laboral, tienen una protección especial denominada “estabilidad laboral reforzada”, lo que de una u otra forma, limita la libertad que le asiste a las empresas de contratar o ejercer el iusvariandi en las relaciones laborales.

Lo anterior, en el entendido que el empleador no puede dar terminado el contrato de trabajo hasta tanto no se constituya una justa causa, manteniendo la relación mientras persistan las condiciones que la originaron o hasta que se cuente con autorización de la autoridad laboral competente.

Es así que, ante la prevalencia de derechos del trabajador respecto a la libertad de empresa, el empleador no puede asumir la totalidad de cargas que se generan ante esta situación, pues si bien tiene un deber social de mantener el empleo del trabajador en situación de debilidad manifiesta, también es cierto que este deber bajo el principio de solidaridad de igual forma les asiste a otros actores.

El principio de solidaridad, enmarcado dentro del Estado Social de Derecho, fue establecido en la Constitución Política de Colombia de 1993, en los siguientes términos: “Colombia es un *Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el*

respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Art. 1 Constitución política, 1993).

Principio que también se encuentra establecido en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 en su artículo segundo literal C:

SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

Por su parte, para la Corte Constitucional en Sentencia T-550 de 1994:

La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa ‘adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros’, tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en el cual asume las conocidas formas activa y pasiva y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber –impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social– consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas... La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el Sistema de Seguridad Social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social... La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como compromiso común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un Sistema de Seguridad Social, aquellos siniestros que

generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo.

Más adelante, la misma corporación en sentencia C-767 de 2014 frente al principio de solidaridad dispuso:

La Corte ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”.

Al respecto, Ortegón (2017) señala que la conexión directa entre los fundamentos filosóficos y políticos del Estado social de derecho y del servicio público de la seguridad social denota la altísima connotación que la Constitución Política Colombiana da a la solidaridad, como valor humano y como principio fundamental de la convivencia entre los colombianos, de tal forma que se deban atender todas aquellas necesidades que desbordan la capacidad individual de cada uno de los individuos, en beneficio de toda la comunidad.

Para el mismo autor, en la Carta Política, cuando se definieron los deberes y responsabilidades de los colombianos dentro de la forma de organización política concebida para la sociedad colombiana, se les impone a los ciudadanos el deber de solidaridad social respecto a las demás personas, cuando se vean amenazadas en la vida, la salud y en su integridad personal.

Por lo anterior, si un trabajador tiene pérdida de capacidad laboral como resultado de un accidente o una enfermedad laboral y la misma no fue ocasionada por la culpa patronal, es decir, el empleador no tiene responsabilidad sobre el hecho que generó la situación del trabajador, se mantiene el deber del empleador de respetar los derechos del trabajador en situación de vulnerabilidad respecto a su estabilidad laboral y el Estado en el marco del principio

de solidaridad debe brindarle un apoyo adicional al trabajador, así como reconocer el papel del empleador.

En virtud de lo anterior, el Estado debe asumir un rol garantista de los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores, asegurando mínimamente la seguridad social y la eliminación de barreras para las personas en situación de discapacidad.

Al respecto, tal como lo indican Paz, Gonzalez y Montoya (2018) en la Sentencia C-076 de 2006 de la Corte Constitucional se establece que las personas en situación de discapacidad deben ser visualizadas en el ordenamiento jurídico colombiano como sujetos de especial protección, quienes a su vez deben gozar de manera plena y efectiva de un amparo y salvaguarda fortalecido y de carácter global, planteado de esta manera: *En segundo término, el Estado debe adoptar medidas de diferenciación positiva que permitan que las personas que se encuentran en las circunstancias descritas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al goce de sus derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha señalado que las personas que integran los grupos sensorial o físicamente desaventajados tienen derecho a una protección constitucional reforzada para lograr su plena inclusión social.*

Adicionalmente, en Sentencia T-487 de 2007, la misma corporación consideró:

La jurisprudencia constitucional ha señalado, desde sus inicios, que el derecho a la educación es un derecho fundamental y un servicio público con función social que constituye un instrumento de cambio, igualdad y democracia. Adicionalmente, ha considerado que, en el caso de las personas en situación de discapacidad, en virtud de la protección reforzada proveniente del propio ordenamiento constitucional, existe una prohibición de discriminación y un deber de establecer medidas de diferenciación positiva o acciones afirmativas que eliminen los obstáculos que se imponen a este grupo social para acceder a tal derecho en igualdad de condiciones a los demás.

Por otra parte, en el reconocimiento que se les da a los empleadores, debe resaltarse que el Estado ha establecido una serie de beneficios para aquellos empleadores que mantengan o contraten personas en situación de discapacidad:

La ley 361 de 1997 establece en sus artículos 24 y 31, los siguientes:

- a) Preferencias en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados.
- b) Prelación en el otorgamiento de créditos o subvenciones del Estado.
- c) Beneficios arancelarios en la importación de maquinaria y equipos destinados al trabajo de PcD.
- d) Deducción en el impuesto de renta del 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable.
- e) Disminución del 50% en la cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador.

Por su parte, la Ley 1429 de 2010, dispuso:

- a) Descuento en el impuesto sobre la renta y complementarios de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina

Bajo el principio de solidaridad tanto el Estado como el empleador (limitando su libertad de empresa), deben cumplir con el deber social de brindar protección y garantías a aquellos trabajadores que por una situación laboral pudiesen presentar algún tipo de discapacidad, para ello el Estado debe crear mecanismos de protección y el empleador acatar aquellas disposiciones vigentes en la materia. Así mismo, debe considerarse que el Estado reconoce a los empleadores una serie de beneficios como los previamente señalados por mantener o contratar dentro de su nómina a personas en situación de debilidad manifiesta.

3. Comprobación de la hipótesis

3.1. Fundamentos epistemológicos en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en condición de discapacidad.

La epistemología se refiere a la reflexión sistemática y rigurosa que se realiza sobre las posibilidades del conocimiento, la forma como puede llegarse a conocer y justificar afirmaciones verdaderas sobre un objeto de estudio determinado. (Aguirre y Pabón, 2020).

Se trata entonces del estudio y el análisis de las condiciones y circunstancias, bajo las cuales se establece que alguien pueda afirmar que determinado enunciado es verdadero o falso. (Alston, 1989, Armstrong, 1973).

La epistemología jurídica proporciona los fundamentos y métodos del conocimiento científico y su validación. (Torres y Toledo, 2020). Por su parte, el fundamento epistemológico es la consideración del derecho como categoría de la integración social (Habermas, 1982)

Los principales modelos epistemológicos del derecho se relacionan con los paradigmas del iusnaturalismo y Positivismo, existe a su vez, en medio de ellos, paradigmas que toman atributos de ambos para analizar y pensar la realidad jurídica y social, como lo son el Neo-Positivismo, la Teoría Jurídica Crítica o el enfoque Sociológico Marxista. (Torres y Toledo, 2020)

La definición epistemológica, respecto al objeto de estudio de la ciencia jurídica y la concepción de derecho, va a determinar la naturaleza de la lógica jurídica, lo cual implica que si partimos de la concepción positivista que considera que derecho es igual a validez, normas jurídicas o sistema jurídico y que la ciencia del derecho tiene como objeto la descripción y sistematización de este ordenamiento, entonces, estaremos haciendo uso de la lógica jurídica formal, que deriva en la aplicación exegética y generalizada de la norma. (Manson, 1974).

En un acercamiento epistemológico desde el análisis económico del Derecho, Chiassoni (2013) señala que la ciencia jurídica, remonta a la concepción de rasgos formalistas que deben ser

puestas en tela de juicio por parte de los juristas- economistas: *el conceptualismo doctrinal* y la idea de la autonomía de la ciencia jurídica, que desarrolla la idea de que los juristas puedan y deban desempeñar su papel sin tomar herramientas desde otras disciplinas.

Según el Análisis Económico del Derecho, el enfoque doctrinal conceptualista padece de cuatro vicios: 1. el formularismo en el análisis de las sentencias judiciales; 2. la concepción arqueológica del derecho; 3. La irrelevancia practica de las elaboraciones doctrinales de *iure condendo* y 4. La superficialidad ético – normativa. (Posner, 1990)

En primer lugar, el formularismo consiste en la atención exclusiva para las *formulaciones* judiciales de reglas y principios, por lo que los conceptualistas no van detrás de las fórmulas de las máximas judiciales, para indagar lo que los jueces hacen al decidir en una determinada forma un caso o una clase de casos, ateniéndose a lo que ellos dicen y no consideran necesario analizar y esclarecer el sentido de los principios judiciales, reformulándolos con palabras diferentes y desde enfoques diferentes, de modo que se limitan típicamente a la reiteración de fórmulas normativas obtenidas desde el discurso judicial. Según Posner (1987), actuando de esta forma, el discurso de la ciencia jurídica conceptualista, no se distingue de su discurso – objeto, lo que arroja una luz siniestra sobre su utilidad.

En segundo lugar, la *concepción arqueológica* del derecho consiste en la idea de que los principios del derecho pueden ser indagados en sí mismos sin prestar atención ni a los fines o valores que son favorecidos por ellos, ni a los fines o valores que podrían ser alcanzados por su trámite, por lo que, desde ese enfoque, se rechazan perspectivas instrumentalistas y consecuencialistas. (Chiassoni, 2013)

A su vez, el formularismo y la concepción arqueológica del derecho afectan también las propuestas de *iure condendo* que los conceptualistas formulan, puesto que los micro-sistemas de reglas que estos juristas proponen para una determinada clase de casos son tildados de indeterminación, lagunas, y/o inconsistencias. (Posner 1995)

Desde este enfoque, el conceptualismo, aunque invoque a menudo principios morales como fundamentos de partes del derecho positivo, se abstienen de sacar de esos principios todas las consecuencias para la regulación jurídica específica (Kornhauser, 2005)

Dentro de los modelos epistemológicos podemos destacar tres dimensiones: la normativa, la axiológica y la fáctica. (Torres y Toledo, 2020)

El modelo de la jurisprudencia de intereses, cuyo exponente es Ihering, concibe al jurista como intérprete de los diversos intereses y su fin es la armonía general, mientras que el modelo de la jurisprudencia sociológica, como oposición al formalismo jurídico, cuyo máximo exponente fue Oliver Wendell Holmes, define el derecho como “*las predicciones que los jueces harán de los hechos*” (Atienza M., 1998) lo que implica abordar el objeto de estudio derecho como expresión de la sociedad. Como variante de esta escuela se encuentra el realismo jurídico, que comprende las costumbres jurídicas de una comunidad, así como los factores que permean las decisiones de los jueces. Esta corriente tiende a examinar la influencia que puede llegar a tener el contexto sobre las decisiones jurídicas, y el comportamiento de los ciudadanos respecto a la norma, lo que pone en duda la objetividad absoluta. (Torres y Toledo, 2020)

Siguiendo al profesor Mejía Quintana (2006), la teoría que se deriva de la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho debe cumplir dos tipos de funciones: por un lado, explicativa que posibilita la clasificación conceptual de las diferentes problemáticas, y por otro lado la heurística que proporciona marcos para la solución de los problemas prácticos concretos. Estas funciones que son interdependientes y complementarias deben a su vez ser congruentes con el sistema de derecho positivo (validez) y el contenido material de justicia del ordenamiento (legitimidad), de lo que va a depender la estabilidad (eficacia) del sistema social. De esta manera el núcleo del planteamiento teórico se centra en una tríada de elementos fundamentales: los principios o valoraciones, las reglas y las soluciones paradigmáticas. (Mejía, 2006)

Teniendo claro los conceptos anteriores, se procedió a realizar la línea jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad entre los fundamentos epistemológicos en la asignación de riesgos y distribución de cargas, para lo cual se planteó como problema *jurídico* *¿Cuál es el alcance de la solidaridad en la distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad?* señalando como respuestas extremas posibles, por un lado, que *el alcance se limita a una protección general de no ser despedido sin una justa causa y solo para aquellos casos definidos en la ley*, y en el otro extremo que *el alcance de la solidaridad como principio se constituye en un mandato de optimización y en tal sentido el Juez debe evaluar en cada caso las condiciones particulares*

del trabajador para asignar en mayor o menor medida las cargas a asumir por parte del empleador el empleador. Estos postulados cumplen con ambas funciones: por un lado permiten la clasificación conceptual dentro de un espectro delimitado (explicativa) y por otro lado proporciona marcos para la solución de los problemas prácticos concretos que se comprueba con la generación del precedente jurisprudencial (heurística).

Tabla 4: Problema jurídico y respuestas extremas posibles

Problema Jurídico	
¿Cuál es el alcance de la solidaridad en la distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad?	
El alcance se limita a una protección general de no ser despedido sin una justa causa y solo para aquellos casos definidos en la ley, como garantía de seguridad jurídica y de protección a los derechos a la propiedad y a la libre empresa.	El alcance de la solidaridad como principio se constituye en un mandato de optimización y en tal sentido el Juez debe evaluar en cada caso las condiciones particulares del trabajador para asignar en mayor o menor medida las cargas a asumir por parte del empleador.

Fuente: Elaboración propia

Se realizó de la elección del conjunto de decisiones judiciales de la Corte Constitucional, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de estado, determinando el interés de la Sentencia o del conjunto de Sentencias elegidas. Los criterios de selección fueron la unidad temática, el reconocimiento o no del fuero de estabilidad laboral reforzada a personas en situación de discapacidad a partir de la aplicación del principio de solidaridad en el lapso de los últimos 20 años (2000 a 2020), que se trataran de decisiones relevantes donde se pudiera visibilizar con una mayor tangibilidad un escenario claro del alcance del principio constitucional de la solidaridad para la distribución de riesgos y asignación de cargas. En total fueron analizadas 108 fallos judiciales, teniendo como principal pauta de análisis la manera en que estas abordaron el principio de la solidaridad:

De la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia se analizaron las Sentencias 25130/06, 32532/08, 35606/09, 38992/10, 39207/12, 10538/16, 11411/17, 1360/18, 848/20, 3225/21, 1507/21 y 405/21.

De la Corte Constitucional las Sentencias C-531/00, T-1040/01, C-1064/01, T-519/03, C-800/03, T-519/03, T-198/06, T-687/06, T-996/10, T-140/11, T-190/11, T-287/11, T-492/11, T-529/11, T-531/11, T-613/11, T-614/11, T-742/11, T-777/11, T-850/11, T-271/12, T-341/12, T-225/12, T-372/12, T-459/12, C606/12, T-651/12, T-988/12, T-1040/12, T-018/13, T-447/13, T-691/13, T-761/13, T-738/13, T-843/13, T-876/13, T-901/13, T-154/14, T-215/14, T-217/14, T-041/14, T-316/14, T-359/14, T-400/14, T-413/14, T-673/14, T-917/14, T-405/15, T-691/15, T-594/15, T-106/15, T-332/15, T-351/15, T-098/15, T-251/16, T-040/16, T-057/16, T-076/16, T-141/16, T-320/16, T-368/16, T-632/16, T-683/16, T-723/16, T-188/17, SU-049/17, T-161/17, T-277/17, T-317/17, T-340/17, T-372/17, T-426/17, T-442/17, T-443/17, T-502/17, T-589/17, T-597/17, T-068/18, T-305/18, T-372/18, T-373/18, T-041/19, T-118/19, C-200/19, SU-040/18, T-052/20, T-099-20, T-102-20, T-386-20 y T035-22

A su vez, del Consejo de Estado se analizaron los fallos 2500023 42000 2012 00122 01, 2074956 05001-23-33-000-2014-01779-01, 2102317 08001-23-40-000-2017-00025-01, 00538 de 2017, 2154006 11001-03-15-000-2017-01136-00, 2140497 11001-03-15-000-2019-03784-00, 11001-03-15-000-2020-01532-01, 11001-03-15-000-2020-03687-00 y 08001-23-40-000-2017-00025-01.

El asunto bajo análisis es uno de aquellos donde mayor divergencia existe entre las posiciones de las altas cortes. Se trata de criterios establecidos para determinar que un individuo se encuentra en condición de discapacidad: para la Corte Suprema de Justicia es claro que son aquellas personas que padecen una limitación moderada, severa o profunda superior al 15%; mientras que, para la Corte Constitucional el fuero de estabilidad por debilidad manifiesta es un derecho que se debe reconocer a todo aquel que “experimente una afectación de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa).

En la Sentencia T-1040 de 2001, una de las primeras sobre la materia, la Corte Constitucional indicó que: *“La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano - impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos*

antiguísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso sub-judice, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético”.

En Sentencia C-1064 de 2001, la Corte indicó que una de las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado Social de Derecho se encuentra, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a las personas en situación de discapacidad, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C.P.). La Corte concluye que la interpretación sistemática del principio fundamental del Estado Social de Derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas.

Desde la solidaridad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que prioritariamente se deben atender en un Estado Social de Derecho que contempla el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos.

Los distintos sectores de la población, en virtud del principio de solidaridad, asumen cargas públicas razonables para permitir que sectores excluidos puedan progresivamente ser incorporados al goce de los beneficios del progreso, lo cual sólo se puede lograr mediante el actuar mancomunado para mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y superar gradualmente las desigualdades presentes.

En este sentido sostuvo la Corte: *“La apelación a la solidaridad reforzada en un Estado Social de derecho no puede, sin embargo, llegar al extremo de eliminar la libertad individual y social*

a través de la materialización de un Estado que, so pretexto de ejercer sus funciones de dirección de la economía, se transforma en uno totalitario. El Estado Social de Derecho tiene el significado, de crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”. En esta dirección, el principio de Estado Social de Derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas. El Estado Social de Derecho no impone un modelo económico o social, pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana. Tal interpretación deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de gobierno atribuida al Ejecutivo, y busca conciliarla con los contenidos materiales que la propia Constitución consagra y que vinculan a todas las autoridades públicas. Es así como el legislador, por ejemplo, puede intervenir en la economía y la sociedad mediante normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno (artículo 150 numeral 19 C.P.), de forma que asegure los objetivos propios del Estado Social (artículo 1 C.P.). (...) Es en este contexto fundamental – el cual se inspira en la idea de una sociedad que propende la igualdad real de los seres humanos y que responde con acciones solidarias ante la escasez, la marginación, la exclusión o el desamparo - que deben interpretarse los principios mínimos en materia laboral.”

En Sentencia T-519 de 2003 la Corte Constitucional vinculó los fundamentos del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada al principio de solidaridad. Dijo, a este respecto, que el derecho a la estabilidad especial o reforzada, que se predica respecto de ciertos sujetos, *“se soporta, además [...] en el cumplimiento del deber de solidaridad; en efecto, en estas circunstancias, el empleador asume una posición de sujeto obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta”*.

En Sentencia C-800 de 2003 la Corte resolvía la demanda contra una norma que autorizaba a las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud a interrumpir indiscriminadamente los servicios de salud de las personas, después de seis meses de verificada una mora en los aportes. La Corte señaló que si está en curso un tratamiento del cual dependa la integridad o la vida de la persona, es inconstitucional a la luz del principio de solidaridad interrumpirlo aduciendo mora: *“Si el paciente ha sido desvinculado laboralmente, por ejemplo, el servicio de salud específico que venía recibiendo, y del cual depende su vida o*

su integridad, debe continuar prestándose en virtud del principio de solidaridad, el cual impide que la vida o la integridad de una persona gravemente enferma quede desprotegida debido a que la compensación proveniente de los aportes ya no opera para continuar financiando el servicio”.

En Sentencia T-154 de 2014 la Corte consideró que la solicitud presentada por los familiares de una persona, para que el sistema de salud le proporcionara a esta un cuidado permanente, constituía una carga soportable que en principio debía ser asumido por los parientes: *“El principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal”*

En la Sentencia T – 332 de 2015 la Corte Constitucional definió la calificación de pérdida de capacidad laboral como *“un mecanismo que permite fijar el porcentaje de afectación del “conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual”*. Se trata de un medio probatorio para el goce efectivo de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital. (Corte Constitucional, Sentencia T-876/2013)

En la Sentencia T-203 de 2017, la Corte Constitucional se refirió a la reubicación laboral como *“una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios”*.

En Sentencia SU 049 de 2017, la Corte decide reiterar su jurisprudencia con el fin de unificar la interpretación constitucional en el sentido de que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a *“la estabilidad en el empleo”* (CP art 53); en el derecho de todas las personas que *“se encuentren en*

circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “*especialmente*” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “*real y efectiva*” (CP arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo “*en todas sus modalidades*” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “*condiciones dignas y justas*” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “*integración social*” a favor de aquellos que pueden considerarse “*disminuidos físicos, sensoriales y síquicos*” (CP art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “*obrar conforme al principio de solidaridad social*” (CP arts. 1, 48 y 95).

En la mencionada Sentencia de unificación, la Corte señala que estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada de orden constitucional en el sentido de que no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “*especialmente*” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “*estabilidad*” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación, sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “*en todas sus formas*” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

Indica la Corte que la protección especial de estabilidad laboral reforzada se funda en los principios de solidaridad e integración social (CP arts. 1, 43 y 95). La solidaridad supone asumir como propias causas en principio ajenas, cuando el titular de ellas no puede por razones objetivas ejercer su defensa y protección individualmente de forma integral. El hecho de elevar a deber constitucional el principio de solidaridad implica que incluso si, en tales casos, las causas ajenas no se asumen voluntariamente por otras personas, pueden ser adjudicadas por las instituciones del Estado entre distintos individuos, grupos o entidades. Un posible detonante del deber constitucional de solidaridad puede ser la pérdida de capacidad laboral en un grado considerable, o la experimentación objetiva de una dolencia o problema de salud que afecte sustancialmente el desempeño en condiciones regulares de las labores de las cuales uno o más seres humanos derivan su sustento. En tales eventos, obrar solidariamente implica hacerse cargo total o parcialmente de los costos humanos que implica para la persona su situación de salud. Si no se observa una asunción voluntaria del deber de solidaridad, el Estado puede distribuir las cargas de la persona afectada de forma razonable entre otras personas. La Constitución, la ley y la jurisprudencia han tenido en cuenta para tal efecto los vínculos preexistentes a la situación que motiva el obrar solidario. Así, por ejemplo, cuando una persona experimenta una afectación de salud relevante, el principio de solidaridad implica para sus familiares la asunción de su cuidado y asistencia personal; para las instituciones de salud con las que estaba vinculado y venía recibiendo tratamiento, el deber de continuar la prestación de servicios que requiera; y para sus empleados y contratantes, el deber de preservarlo en el empleo a menos que concurra justa causa convalidada por la oficina del Trabajo, sin perjuicio de la obligación de reubicarlo, capacitarlo y ajustar las condiciones de su trabajo al cambio en sus condiciones existenciales, pues esto además se acompasa con el principio de integración social (CP art 43).

En esa oportunidad la Corte concluye su argumentación en abstracto señalando que los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás; que las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un 'desperfecto' o 'problema funcional'. Resalta que un fundamento del Estado constitucional es "*el respeto de la dignidad humana*" (CP art 1), y la Constitución establece que el trabajo, "*en todas sus modalidades*", debe realizarse en condiciones dignas y justas (CP art 25) y que estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos: "*Quien*

contrata la prestación de un servicio personal –con o sin subordinación- debe tener presente que adquiere con la persona que se lo presta una relación relevante a la luz de la Constitución, pues adquiere el deber de actuar con solidaridad cuando las circunstancias se lo requieran, y sus relaciones deben entonces trascender el principio de utilidad que en general es válido observar en los actos contractuales que desarrolle, y en las relaciones patrimoniales de disposición de sus bienes económicos. Una persona en condiciones de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia, y su seguridad social.”

Ahora bien, en Sentencia SU-040 de 2018, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre si existe o no derecho a la estabilidad laboral reforzada de una persona en situación de discapacidad, pensionada por invalidez y vinculada con la administración distrital en virtud de una política de inclusión social con carácter temporal y, por consiguiente, si se violaron sus derechos fundamentales al finalizar la relación laboral por vencimiento del plazo convenido y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo. En dicho caso concreto, la Sala Plena de esta Corte consideró que la respuesta al problema planteado es negativa,

Toda vez que si la estabilidad laboral reforzada es una garantía que está dirigida a proteger a aquellas personas en situación de discapacidad, cuya relación laboral finaliza como consecuencia de esa condición, es decir, por un criterio discriminatorio. Motivo por el cual, en los eventos en los que el empleador requiera dar por terminada una relación laboral con una persona beneficiaria de este fuero, precisa de la configuración de un hecho objetivo que demuestre que el despido no está relacionado con la discapacidad y, además, de la autorización de la autoridad de trabajo correspondiente. En el caso objeto de revisión, tanto la accionante como la accionada reconocían que la vinculación de la primera con la administración distrital se realizó teniendo en cuenta su condición de discapacidad, en otras palabras, fue contratada en virtud de su estado de invalidez, antes de ser pensionada, y en el marco de una política de inclusión social materializada con la Directiva 10 de 2015, la cual fue expedida en virtud del Plan de Desarrollo "Bogotá Humana 2012-2016", y que definió en su

“Eje Uno - Una ciudad que supera la Segregación y la Discriminación - Programa: Lucha contra distintos tipos de Discriminación y violencias por condición, situación, identidad, diferencia, diversidad o etapa del Ciclo vital- Proyecto: "Aumento de Capacidades y oportunidades incluyentes" (...)", y que fijó además, una meta de contratación equivalente al 3% que supera con creces el porcentaje establecido por el legislador. Así, como en el caso concreto la contratación se realizó con conocimiento de su discapacidad y en virtud de la misma, bajo una política específica de inclusión de personas en situación de discapacidad, esta situación marca una diferencia estructural con los supuestos analizados por la jurisprudencia y tenidos en cuenta por el legislador al establecer la prohibición de discriminación a las personas trabajadoras en situación de discapacidad, en los cuales se entiende que la discapacidad sobreviniente del trabajador puede ser vista como un obstáculo para la continuidad de la relación laboral o donde la discapacidad anterior a la vinculación no fue la causa de esa contratación. Ello por cuanto, en esta oportunidad, la administración elegida para los años 2012 a 2016 hizo uso de las medidas a su alcance para lograr la integración social de la accionante, quien para el momento de la contratación ya se encontraba en situación de discapacidad y estaba a la espera del reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, realidad que la situaba en un estado de vulnerabilidad al no contar con ingresos propios para satisfacer sus necesidades básicas y por tanto, la hacía beneficiaria de las políticas distritales vigentes en ese momento.

Bajo ese contexto, precisó la Corte que en este tipo de vinculaciones que se surten en el marco de una política pública específica de inclusión social y, en consecuencia, su causa se fundamenta en la situación de discapacidad de la persona, no se constata discriminación en la desvinculación por vencimiento del plazo, es decir, no se observa un componente de discriminación negativa en el desarrollo o terminación de la relación laboral. Por el contrario, dijo la Corte que en estos eventos las contrataciones obedecen a acciones afirmativas por parte de las administraciones locales, que persiguen asegurar el disfrute de sus derechos fundamentales en condiciones dignas y trata de políticas públicas propias de un específico plan de desarrollo cuatrienal que, por lo mismo, gozan de temporalidad y flexibilidad para permitir el acceso a estos beneficios a otros en la misma condición de vulnerabilidad, en virtud del principio constitucional de solidaridad.

Revisados las más recientes Sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema, se observa que se ha mantenido y respetado el precedente expuesto en las Sentencias de unificación de 2017 y 2018 anteriormente referidas.

Por su parte, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15% (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-10538 de 2016)

La Sala Laboral ha clarificado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-11411, del 02 de agosto de 2017, Radicado No. 67595)

En Sentencia SL 1360 del 11 de abril del 2018 la Corte Suprema de Justicia estableció que no habrá obligación de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato laboral de un empleado en situación de discapacidad, cuando exista una justa causa legal que lo fundamente, siendo ésta una razón objetiva para ello.

Frente a lo anterior, es interesante observar cómo la Corte Suprema, dentro del fallo mencionado, invoca lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-531 de 2000, dejando entrever que de tiempo atrás, esta Corte también pretendía que la autorización de la Oficina de Trabajo precediera la terminación de aquellos contratos laborales cuyo objeto ya no podía realizarse por la incompatibilidad del trabajador frente a sus actividades laborales, en razón a sus condiciones de salud, más no en casos donde existieran otras causas legales que justificaran la cesación de dicho vínculo.

La Corte Suprema de Justicia explica la finalidad legal y constitucional del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que prohíbe la terminación del contrato laboral de una persona en razón

a su limitación sin que medie autorización de la Oficina del Trabajo, comprendiendo que esta disposición pretende que un tercero objetivo intervenga en aquella decisión para establecer si la disminución física del empleado es la causa de la misma, más no por un motivo de discriminación, sino de incompatibilidad de aquél con su cargo o con cualquier otro cargo de la empresa, resaltando con ello que “nadie está obligado a lo imposible.

Por su parte, el Consejo de Estado acoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional resaltando la distinción que hace la Corte entre los conceptos de *discapacidad* y *debilidad manifiesta*, para concluir que, si una persona tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% se tratará de una *invalidez*, mientras que si es inferior dicho porcentaje o sin necesidad de calificación se establece que el sujeto sufre una enfermedad que le impide el cumplimiento de una función, bien por una incapacidad transitoria o permanente, sufre una discapacidad en razón de sus condiciones de salud, se encuentra en un estado de *debilidad manifiesta*. Indica que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se da con independencia del vínculo y del origen de la enfermedad, esto es, si es laboral o común. El Consejo de estado también concuerda con la jurisprudencia constitucional en cuanto a que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que sufre una disminución en su estado de salud, sino también con la posibilidad que tiene de ser reubicado para desempeñar un puesto conforme a sus condiciones de salud. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo señala como parte de la estabilidad laboral reforzada, el derecho no solo a no ser despedido, sino también a casos en los que resulta procedente que el trabajador sea reubicado⁷ en un empleo acorde con las restricciones y recomendaciones médicas del caso, situación que impone no solo la posibilidad de garantizar la continuidad en su trabajo, sino también a una serie de aspectos⁸ que deben ser previstos al momento de ordenar la reubicación en un puesto de trabajo diferente. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, 24 de septiembre de 2020 Rad.: 11001-03-15-000-2020-03687-00)

En reciente jurisprudencia las altas cortes coinciden en que el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada tiene arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

A partir de la revisión de la jurisprudencia, se concluye que la Corte Constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización

de su trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

La estabilidad laboral reforzada es un mecanismo implementado con el objetivo de ofrecer protección laboral a aquellas personas con una condición especial que los impide estar al 100% de sus condiciones, o en su defecto, la misma condición hace que estén en riesgo permanente de ser despedidos. El término estabilidad laboral, es restrictivo a las personas vinculadas mediante contratos de trabajo exclusivamente y deja por fuera vinculaciones como los contratos de prestación de servicios, así como a los contratos de aprendizaje, razón por la cual, la Corte Constitucional con la intención de ampliar la cobertura implementa por medio de la Sentencia SU-049 de 2017 M.P. el término estabilidad ocupacional donde se incluyen todas las personas que ejercen algún tipo de labor, sea subordinada o no.

Coinciden también las cortes, en que la estabilidad laboral reforzada es una garantía real de la cual disponen los trabajadores para no ser despedidos con motivo a la disminución de pérdidas de capacidad laboral u ocupacional. El incumplimiento por parte de los empleadores a estos lineamientos de la protección, implican que al desvincular algún trabajador con motivo su estado de salud, pueden hacerse acreedores a sanciones previstas en la ley, las cuales varían dependiendo al tipo de fuero del trabajador para cada caso en particular y van desde dejar sin efecto las terminaciones de contrato del trabajador con el fuero hasta el pago de indemnizaciones económicas.

De acuerdo con Vieda y Quinchara (2019) en la jurisprudencia de las altas Cortes en Colombia se observa que: i) la determinación de la responsabilidad del empleador, a través del concepto de culpa, en un principio resultaba compleja su demostración para el trabajador, dada la rigurosidad impuesta por la jurisprudencia, sin embargo, con el desarrollo de políticas de prevención del riesgo laboral y el fortalecimiento de la salud ocupacional, dicha tarea se ha flexibilizado, a tal punto que, por la carga dinámica de la prueba, es el empleador quien debe acreditar la satisfacción de sus obligaciones y el haberse ceñido a los protocolos de seguridad y salud; ii) en materia de causales de exoneración de responsabilidad, no es viable esgrimir la culpa de la víctima o de terceros (ajenos o no al sitio de trabajo, como los representantes del empleador), de la misma manera que en el ámbito civil; iii) en lo atinente a los responsables, la

Corte ha permitido el ingreso de las empresas de servicios temporales, las cooperativas, los usuarios, los intermediarios, los contratistas y los beneficiarios, según su grado de acción frente al infortunio; iv) en cuanto a los montos indemnizatorios, actualmente no pueden reducirse con las prestaciones económicas que provea el Sistema de Seguridad Social, debe repararse integralmente a la víctima, con ampliación, además, del grupo de receptores de la indemnización, pues está ya no solo cobija únicamente al trabajador, sino también a quien sufra las consecuencias de la contingencia laboral; y v) en lo que corresponde al momento oportuno de la reclamación ante el empleador, la prescripción se dice que opera desde cuando se tiene la certeza de la secuela definitiva, ampliando con ello, las posibilidades de resarcimiento en garantía de la indemnidad plena.

Lo esencial de la prueba emana de la razón práctica en la filosofía del derecho aplicada a la epistemología y de la variedad de conocimientos para determinar un hecho en particular, de un lado, la regulación que hacen las autoridades del derecho a través de las instituciones y en segunda medida, la validez de la decisión judicial visto como el derecho positivo general y la correlación con la existencia de esas entidades o instituciones que permite armonizar en un panorama completo de las ideas sobre un hecho a través de la prueba.

Ahora bien, tal como señala Jaramillo (2003), los epistemólogos están tratando de comprender fenómenos como conocimiento, creencia y derecho, entre los que se destacan aspectos o implicaciones justificativos o normativos, por lo que tratar de comprender estos fenómenos es intentar comprender su justificación.

Los métodos que analizan los problemas puntuales de la epistemología de la prueba indagan sobre la eventualidad de un conocimiento objetivo frente al hecho objeto de estudio y las interpretaciones a los mismos con relación a la representación mental del material probatorio ya que sin estos elementos se dificulta esclarecer o llegar a esta realidad que se pretende buscar.

A partir de la revisión bibliográfica, la epistemología se considera un tratado para alcanzar la verdad de un fenómeno que relaciona al Derecho y su relación con el sujeto, de conformidad con las necesidades inmersas en el Derecho, como disciplina científica.

La epistemología de la prueba tiene como propósito originar alternativas para ampliar el conocimiento de la realidad y con ello no se afirma que sea una verdad dominante o absoluta

en ningún estado del conocimiento, puesto que, ese conocimiento de los hechos está sujeto a la certeza y/o probabilidad frente a la prueba que tendría que agotar un trámite procesal.

Existe un conjunto particular de principios epistemológicos sobre el yo y los "otros" que son visibles en las corrientes europeas y americanas, conectadas con el ciudadano en la formación de las repúblicas modernas, como tesis culturales. Entre ellos se encuentran las nociones de agencia, la inserción de un tiempo regular e irreversible, y la noción de conciencia humana en el acceso y la planificación para el cambio social.

En Colombia, con la expedición de la Constitución Política de 1991, y de manera particular, la expedición de la Ley 100 de 1993, la Seguridad social se convirtió en tema de amplio interés colectivo, siendo uno de los mecanismos jurídicos que más recursos ha demandado, y en donde más vacíos y prohibiciones se han identificado para poder alcanzar los propósitos del legislador con relación a la protección de los trabajadores frente a las posibles contingencias a las que se enfrentan día a día en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, desarrollado reformas que pretenden asegurar y ampliar la cobertura de la gran mayoría de las vinculaciones que exigen la prestación personal de un servicio y la exposición a los factores de riesgo en el cumplimiento de los objetivos pactados a favor de un contratante.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones, ha hablado sobre el tema de la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad, empero, ha mantenido una visión reducida de la titularidad y de los destinatarios de estos derechos, pues esta entidad ha estado sujeta a las previsiones normativas establecidas en la Ley 361 de 1997 donde consta que, únicamente, deben protegerse las limitaciones calificadas como moderadas, severas y profundas; un ejemplo de esta posición puede verse en las Sentencias SL-1360 y SL-5103 de 2018 y, en donde se ha interpretado de forma restrictiva la Sentencia C-531 de 2000 de la Corte Constitucional.

En la Sentencia SL1360-2018 la ponderación realizada fue suficiente porque abarcó todos los pasos que debe contemplar su fundamentación gracias a que la fórmula del peso empleada permitió establecer que era necesario modular el sentido e interpretación del alcance al principio de la libertad de empresa para permitirle un mayor grado de protección, sin que por este hecho se haya afectado el otro principio en colisión, el cual requiere de la adopción de medidas para su protección integral. En este caso, la aplicación de un test de solidaridad, habida cuenta de que la Corte Suprema tuvo en cuenta los criterios de idoneidad, necesidad y

proporcionalidad en estricto sentido, previa identificación de los intereses implicados, el test de solidaridad no se tornaría conducente y además, podría considerarse excesivo de cara a la tensión que genera el principio de la libertad de empresa y su consecuente interés económico. Téngase en cuenta que la Corte tuvo que tomar en cuenta los criterios de eficiencia que permiten un mayor margen de ejercicio de cara a la realidad del país para los empleadores, quienes a partir de dicho precedente, se encuentran obligados a acudir a las autoridades del trabajo como el Ministerio de Trabajo a solicitar autorización para el despido de trabajadores en situación de discapacidad, sólo cuando las actividades laborales a cargo del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo y a demostrar en el curso de los procesos judiciales que el despido estuvo sustentado sobre razones objetivas.

Ante estos planteamientos, y teniendo en cuenta lo aportado por las altas cortes en los últimos años en el tema de estabilidad laboral reforzada, se evidencian fenómenos sociales descritos teóricamente por Michael Foucault, Jürgen Habermas y Niklas Luhmann: la realidad es construida por el conocimiento y, sin embargo, no es la conciencia individual del sujeto la que constituye la realidad sino que es el discurso, una cadena de sucesos lingüísticos, anónima e impersonal, donde es el uso social del lenguaje lo que construye el elemento básico de la realidad. (Teubner, 2002)

También se evidencia en el aporte hecho por las altas cortes, contribuciones de autores como Habermas, como es la de resaltar el elemento social en el conocimiento normativo-empírico, parte de que el conocimiento es precisamente un proceso comunicativo.

La intersubjetividad ocupa el puesto del sujeto epistémico kantiano y es el propio consenso de la comunidad comunicativa y no la conciencia del individuo autónomo el que determina la verdad en los asuntos cognitivos y normativos. A raíz de esto, la pregunta kantiana: “¿cuáles son las condiciones para que el conocimiento sea posible?”, se predispone desde las condiciones de la conciencia hacia las de la comunicación. (Chavez y Gadeo, 2018)

Se comprueba lo señalado por Tezanos (2006) y Ostau y Niño (2017), en el sentido de que, en términos epistemológicos, puede indicarse que el mundo del trabajo al nacer y construirse en el siglo XIX, causó un examen y una cimentación de la realidad en el escenario económico y social, en la ciencia social, la filosofía y en la ciencia jurídica, formando una epistemología para afrontar la obediencia del ser humano al mercado bajo los lineamientos de la ley de la oferta y

la demanda, atiende a criterios de justicia social como principio interventor tuitivo del estado en el mercado de trabajo.

La jurisprudencia y los argumentos epistemológicos de las altas cortes sobre el tema en cuestión generan una mejor fundamentación filosófica y epistemológica para incrementar el estado reflexivo del derecho y en particular del derecho del trabajo basada inicialmente en el derecho natural como filosofía y luego en el derecho científico en la representación del positivismo en la creación de la ley y la norma. Vimos entonces que la metodología desarrollada permite abordar la epistemología jurídica, para analizar la distribución de cargas y riesgos bajo el prisma de la solidaridad ante la estabilidad laboral reforzada y la limitación de los derechos de propiedad y libre empresa.

Desde el punto de vista de la gestión del riesgo legal, así como del análisis económico del derecho y su interés por realizar predicciones empíricas del comportamiento de los actores o jugadores, el ejercicio es útil, especialmente para casos de indeterminación legal, presentándose la cuestión de la procedimentalización del criterio de verdad en la teoría habermasiana del discurso, especialmente importante para el derecho social.

En materia de aplicación del principio de solidaridad y su relación con la ponderación y la proporcionalidad, conforme a la metodología desarrollada, se resalta la importancia del análisis económico del derecho al poner en colisión dos derechos, pues es necesario que no se pierda de vista el factor económico al proferir decisiones judiciales, pues en el caso en que no se considere esta variable, afectaría el cumplimiento de ellas, y en últimas la sostenibilidad financiera.

Ahora bien, es importante resaltar la importancia del método de ponderación en el ámbito jurídico, pues es un mecanismo de optimización y objetividad frente a las decisiones judiciales, pues permite que no se presenten decisiones injustas y arbitrarias, que aquellas lagunas jurídicas que se puedan presentar en un caso en específico se puedan dilucidar, creando subreglas legales y evitando transgredir la importancia de los derechos constitucionales como fuentes del derecho.

Gracias al método de la ponderación empleado por la Corte Suprema de Justicia, fue posible establecer los argumentos de peso que permitieron resolver la colisión de derechos bajo la

fórmula de que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro pues el principio de la libertad de empresa debe afectarse en mayor medida para proteger al principio de la estabilidad en el empleo a los trabajadores que por sus disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales deben ser tratados preferentemente, en el sentido de garantizarles la permanencia en el empleo, pues tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional, entre otras en Sentencia C-531 de 2000: *“en el caso de las personas con limitaciones, es un hecho ampliamente conocido, que la importancia del acceso a un trabajo no se reduce al mero aspecto económico, en el sentido de que el salario que perciba la persona limitada sea el requerido para satisfacer sus necesidades de subsistencia y las de su familia. No, en el caso de las personas con limitaciones, el que ellas puedan desarrollar una actividad laboral lucrativa adquiere connotaciones de índole constitucional pues, se ubica en el terreno de la dignidad de la persona como sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991, que permite romper esquemas injustamente arraigados en nuestro medio, como aquel de que un limitado físico, sensorial o psíquico es ‘una carga’ para la sociedad”*.

En la Sentencia SL1360-2018 se ratificó la necesidad de seguir otorgando un mayor grado de protección al principio de la estabilidad en el empleo, gracias al ejercicio de ponderación realizado por la Corte Suprema de Justicia, fue posible delimitar el alcance y límites en la interpretación de la presunción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la medida de que dicha protección no se consagra como una estabilidad absoluta, incondicional e indisoluble para el empleado en situación de discapacidad, habida cuenta que lo que prohíbe la norma son los despidos fundados en motivos discriminatorios, en consecuencia, se aminoró el grado de afectación del principio a la libertad de empresa permitiendo que se desvirtúe cuando se alegan razones objetivas, bien sea soportadas en una justa causa legal o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio, gracias a una adecuada formulación de los pesos de los principios en colisión.

Recapitulando, la presente tesis de doctorado partió de la hipótesis de que los fundamentos epistemológicos que subyacen a las distintas interpretaciones efectuadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia al determinar los criterios para reconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta radican en la valoración del alcance del Principio de Solidaridad que cada Corte ha asignado a partir de una promiscuidad epistemológica, ante descriptores abiertos y difusos, por lo que encontrar o

construir una solución que coincide con los datos disponibles depende de la posibilidad de encontrar y ponderar la argumentación

El conocimiento preliminar de la jurisprudencia indicaba que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se basa principalmente en el uso de la lógica formal y el método interpretativo es generalmente el exegético, tiene como base el método deductivo y principalmente bajo un pensamiento normativista, mientras que la Corte Constitucional acude a diversas lógicas, sin despreciar la lógica formal, preferenciando el método inductivo, a través de una construcción racionalista de la jurisprudencia que impulsa la cultura del precedente, con un pensamiento jurídico axiológico, humanista y garantista, enfocado en la profundización de la igualdad, la libertad, la solidaridad y la justicia social.

En esta tesis se analizan los fallos y la jurisprudencia de dos de los tres tribunales de cierre de la rama judicial del poder público en Colombia, por un lado, la Corte Suprema de Justicia, específicamente en su sala laboral quien funge como tribunal de casación en los asuntos ordinarios y, por otro lado, la Corte Constitucional.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia nace como máximo tribunal de Justicia de la Nación con la Constitución de 1886, la cual tuvo dentro de sus principales propósitos, además de servir como tribunal de casación, la centralización radical de los poderes públicos y la unidad del derecho que, con las Constituciones federalistas, concretamente con la de 1863, se había dispersado y su aplicación difuminada en cada uno de los Estados Soberanos que hacían parte de los Estados Unidos de Colombia. (Melo, 1989)

La Constitución política de 1991 asignó a la Corte Suprema de Justicia las siguientes funciones:

1. Actuar como tribunal de casación;
2. Juzgar al presidente de la República o a quien haga sus veces y otros altos funcionarios (fiscal general de la Nación y magistrados de Altas Cortes).
3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso;
4. Juzgar, previa acusación del fiscal general de la Nación, del vicefiscal general de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los ministros del Despacho, al procurador general, al defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los Departamentos Administrativos, al contralor general de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los

gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

Por su parte, la Corte Constitucional nació con la Constitución Política de 1991 y tiene a su cargo las siguientes funciones: 1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución; 2) Decidir, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; 3) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional; 4) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes, los decretos con fuerza de ley, los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los estados de excepción; 5) Decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias; 6) Revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; 7) Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, entre otras.

Históricamente en Colombia, han coexistido dos fórmulas de control de constitucionalidad de las leyes, por un lado el control difuso, a cargo de todos los jueces y tribunales y a su cabeza la Corte Suprema, y de la jurisdicción contencioso-administrativa, encabezada por el Consejo de Estado y el control concentrado, el cual, antes de la Constitución de 1991, residía en la Corte Suprema, con ocasión de la impugnación directa de leyes.

Con la Constitución de 1991 se creó Corte Constitucional, separada de la jurisdicción ordinaria y de la contencioso administrativa, con jurisdicción en todo el territorio nacional, teniendo a su cargo de manera excluyente la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, sin perjuicio de que los demás órganos jurisdiccionales ordinarios y contencioso administrativos puedan inaplicar una Ley en cualquier proceso judicial que considere contraria a la Constitución. Resulta entonces común la obligación de ambas Cortes de aplicar e interpretar la Constitución y de interpretar las leyes de conformidad con ella. En ese sentido, la competencia de la Corte Suprema de Justicia para actuar como tribunal de casación no es impermeable a la Constitución.

Teniendo en cuenta lo anterior, el alcance y los objetivos que basan las decisiones de las dos corporaciones judiciales pueden compararse frente a propósitos comunes, pero debe

considerarse que sus funciones son distintas; específicamente porque la Sala Laboral de la Corte Suprema decide el recurso de casación, mientras que la Corte Constitucional tiene un espectro más amplio.

La Ley 1564 de 2012 amplió los fines de la casación al prescribir que tiene por objeto defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado colombiano en el orden interno, amparar los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia y reparar los agravios causados a las partes debido a las sentencias recurridas.

El recurso de casación es un medio de impugnación de carácter extraordinario cuya naturaleza es dispositiva y estricta cuyo propósito es el quiebre de una sentencia amparada por la presunción de legalidad y acierto, lo que exige que para sustentar el recurso se cumplan determinados requisitos formales. Ello supone que tal medio de impugnación se constituye en un marco dentro del cual la Corte debe encaminar su estudio, sin que sea posible hacer, en principio, interpretaciones, por lo que se considera formalista.

En materia laboral sólo serán susceptibles del recurso de casación, los procesos cuya cuantía exceda de ciento veinte (120) veces el salario mínimo legal mensual vigente y procede por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea o por contener la sentencia de decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia, o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta. La regla general es la improcedencia del recurso; la excepción, su procedencia, en los casos previstos en la ley.

El recurso de casación tiene como fin último garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico mediante la unificación de criterios de interpretación de la ley, para así lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto a los principios de legalidad y de igualdad. Al respecto, la misma Corte Constitucional ha reconocido que, no es que la eventual injusticia de un caso concreto no tenga ninguna relevancia frente a la interposición de la casación, sino que pone el interés que tiene el particular en que se corrija el agravio en su contra, al servicio de la protección de la coherencia sistemática del ordenamiento. (Sentencia C-1065 de 2000)

El carácter de extraordinario del recurso va de la mano con el hecho de que no constituye una nueva instancia, toda vez que, al tramitar el recurso de casación, la Corte realiza control de legalidad sobre la sentencia que puso fin a la actuación de los juzgadores de instancia, para decidir si en ellos se produjo un *error in iudicando* o un error *in procedendo* de tal naturaleza que no exista solución distinta a infirmar, destruir, casar, la sentencia impugnada. Su función, es de orden sistémico, para proteger la coherencia del ordenamiento y la aplicación del derecho objetivo, por lo cual ha sido denominada por algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia como “nomofilaquia”. En el recurso extraordinario de casación no se estudian de nuevo los hechos ni el caso concreto como ocurriría en la apelación, sino que actúa sobre la decisión del juez de instancia”. No obstante, en el Estado Social de Derecho, dicho recurso extraordinario, constituye también un elemento esencial en la aplicación igualitaria de la ley, en la defensa de la legalidad y en la garantía de la vigencia de la Constitución, incluidos los derechos fundamentales” (Sentencia C-1065 de 2000 y Sentencia C-372 de 2011).

Al respecto, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido sobre la Casación que “*debe concebirse en una dimensión amplia, de modo que involucre la integración de preceptos de orden Superior y, por lo tanto, la protección de los derechos constitucionales que de él se derivan*”. Igualmente, ha advertido que “*el propósito de realización del derecho material también debe ser interpretado en una dimensión amplia, de manera que comprende no sólo la protección de los derechos constitucionales fundamentales, sino todos los derechos y principios reconocidos en el ordenamiento jurídico*”. En ese sentido al resolver el recurso, la Corte debe velar por la realización del ordenamiento constitucional y legal y, en consecuencia, por la realización de los derechos fundamentales. (Sentencia C-713 de 2008).

Como subhipótesis se planteó que en la aplicación del principio de solidaridad frente al derecho a la estabilidad laboral reforzada ante la disminución de la capacidad laboral de un trabajador, se deben tener en cuenta aspectos tales como el alcance a la limitación al derecho a la libertad de empresa, la medición de la capacidad laboral, los incentivos del mercado laboral y la organización y el financiamiento del Sistema de Seguridad Social, los cuales son de carácter interdisciplinar involucrando también a la economía y donde la informática jurídica, si bien no resolvería el problema, podría aportar en la asignación de riesgos y distribución de cargas entre el trabajador, el empleador, la familia y el Estado.

A partir de lo anterior, también se planteó como subhipótesis que se podría plantear un test de solidaridad cuyas reglas generales se podrían abstraer a partir del caso específico de la

asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en situación de discapacidad.

Hasta este punto, se verifica entonces parcialmente la hipótesis, principalmente en cuanto a lo relacionado con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya que se evidenció que la Sala Laboral se basa principalmente en el uso de la lógica formal y el método interpretativo es generalmente el exegético, tiene como base el método deductivo y principalmente bajo un pensamiento normativista. En los capítulos siguientes nos encargaremos de validar las subhipótesis.

El ordenamiento jurídico colombiano ha venido incorporando algunos de los preceptos de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente en el artículo 2 del Decreto 1507 de 2014, la Circular 009 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, la Resolución 583 de 2018, modificada por la Resolución 246 de 2016 del Ministerio de Salud, y la Resolución 113 de 2020 y con especial relevancia en lo relacionado con el enfoque de que para verificar la discapacidad de una persona existen unas reglas y unas categorías denominadas discapacidades avaladas por el ordenamiento jurídico: discapacidad física, discapacidad auditiva, discapacidad visual, sordoceguera, discapacidad intelectual, discapacidad psicosocial y discapacidad múltiple, con sus respectivos grados.

Estos ajustes normativos buscan identificar con precisión la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, que dificulte la prestación del servicio, es decir, una afectación relevante al estado de salud que impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, y de esa manera ser objeto de protección en el empleo.

Paralelamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha analizado la normatividad internacional de Derechos Humanos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales y sus exigencias en el alcance de los derechos.

En ese sentido, en sentencia SL1360-2018 la Corte cambió del criterio jurisprudencial señalando que el despido de un trabajador en situación de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en el juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

En Sentencia SL 3610 de 2020 la Corte, basándose en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, analizó la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad; indicó que los conceptos de invalidez y discapacidad no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad, como puede que no, por lo que señalar que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo sino también su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar. Por lo anterior, la Corte precisó que es factible el reintegro de una persona con discapacidad, declarada a su vez inválida, pues lo contrario implicaría negarle el derecho a obtener un trabajo productivo y remunerado, a la igualdad de oportunidades y al reconocimiento de su dignidad.

En los últimos años, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su posición de protección laboral de la siguiente manera: i) en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 las personas limitadas físicamente no pueden ser despedidas sin autorización del Ministerio de Trabajo, aún si se efectuara el pago de la indemnización de los 180 días; ii) la protección laboral para las personas con limitación en el ejercicio de sus derechos fundamentales por limitaciones severas y profundas procede tanto para aquellos trabajadores con calificación laboral, como para aquellos que presentan una clara disminución en su salud; y iii) las garantías a la estabilidad laboral, previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, operan siempre que se acredite que el trabajador se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato. (Ver entre otras la Sentencias SL5163-2017, SL11411-2017, SL4609-2020 y SL572-2021)

En Sentencia SL 572 de 2021, la Sala reiteró que la protección por estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 requiere que el trabajador esté en situación de discapacidad, al tiempo que implica soportar un nivel de limitación que influya en el desempeño laboral necesario para establecer la relación directa de esta con el acto discriminatorio del despido, razón por la cual se exige la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral. Resaltó que no es la patología padecida por el trabajador lo que activa la protección por estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que esta produce en su salud con incidencia en el desarrollo de sus labores, por lo que los soportes de las patologías y secuelas del trabajador registrados en la historia clínica no son suficientes.

Asimismo, ante la inexistencia de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador, para el momento del despido con fines de determinar la limitación que lo pone en situación de discapacidad, precisó que, en virtud del principio de libertad probatoria, esta se puede inferir por otros medios, siempre que sea notoria, evidente y perceptible y demuestre su el grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

A su vez, en sentencia CSJ SL711-2021, reiterada en CSJ SL1039-2021, la Sala Laboral, al revisar el criterio de que la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado, indicó que, basándose en preceptos constitucionales y de manera articulada con normas de carácter internacional, dicha protección solo tiene cabida en las limitaciones moderadas, severas y profundas, se mantiene en el sentido de que los destinatarios de la garantía especial contenida en la norma citada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15 %, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas, en el entendido que no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.

En ese sentido, para acreditar la condición generadora de la protección prevista en la Ley 361 de 1997, señala la Sala Laboral que debe acudir preferiblemente a una calificación técnica que describa el nivel de la limitación padecida por el trabajador; sin embargo, en virtud de los principios de libertad probatoria y de libre formación del convencimiento, si no se cuenta con aquella, tal limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y esté precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, su grave estado de salud o la severidad de la lesión que inciden en la realización de su trabajo.

La postura actual de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al tema del asunto se puede resumir en que, para que la acción afirmativa de protección tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine

por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. (Sentencia SL116 de 2022).

La Corte ha señalado que no se puede entender que durante el período que estuvo vigente el Decreto 2463 de 2001, hasta el año 2013, con la incorporación de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, sin que exista contradicción con el hecho de que se identifique en forma particular y objetiva unos rangos de protección, para hallar con certeza a personas con discapacidad, y no simplemente cualquier limitación o afectación a la salud que no pueda encajar allí.

Al respecto, es importante señalar que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad acoge expresamente un modelo social o de derechos humanos de discapacidad, que la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad soportado en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF de la OMS, según la cual la pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica no es suficiente para determinar una discapacidad, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, pues es indispensable, poner esa limitación en contexto con las funciones y entornos laborales, en el cual se imposibilite o dificulte que el trabajador desarrolle roles ocupacionales o participe en la vida laboral en igualdad con los demás, es una discapacidad.

Este distanciamiento de las posturas de la Corte Suprema de Justicia frente al precedente de la Corte Constitucional que se ha basado en las normas internacionales antes citadas, se ha sustentado por la primera Corte en cuanto a la diferencia existente entre el precedente derivado de las decisiones en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad y las proferidas como resultado de las acciones de tutela o jurisprudencia en vigor, tesis según la cual, al no contar con una fuerza especial y obligatoria, permite el alejamiento del Juez ordinario teniendo en cuenta sus efectos inter partes, siempre que se cumpla con los deberes de transparencia y argumentación suficiente, no tornándose, por tanto, absoluta la fuerza vinculante de las sentencias de unificación por ella proferidas, ni restándole por ello la connotación de órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL184-2021, reiterado en Sentencia SL 116 de 2022)

Ahora bien, respecto a la Corte Constitucional, esta ha señalado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que se debe garantizar a todas las personas que, por el detrimento de su salud, se hallen ante una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta garantía se hace efectiva para cualquier trabajador que, por su condición de salud, se afecte su productividad, sin que por ello se necesite la condición de una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado.

La estabilidad laboral reforzada, originaria de la jurisprudencia Constitucional por vía de tutela, empezó a ofrecer una alternativa a los trabajadores con disminuciones físicas de cualquier clase y se ha vuelto el mecanismo más significativo en la protección inmediata de los derechos fundamentales, en este caso, los derechos vulnerados por los empleadores en el desarrollo de la relación contractual con sus trabajadores, ello ofrece reglas que regulan y determinan las causales por las cuales se puede ser acreedor de este derecho, informándole al empleador las consecuencias en las que podría incurrir al incumplir los parámetros contenidos en cada uno de los pronunciamientos y sirviendo de criterio, para el Juez de tutela, al momento de emitir un fallo congruente, preciso y justo del caso concreto.

La Corte Constitucional ha radicado el fundamento de su doctrina en la materia, generalmente, en argumentos de autoridad y de derecho comparado. Señalando los argumentos de autoridad, la Corte ha tenido en cuenta la concepción del Estado Social de Derecho, en la igualdad material, en la solidaridad, en el Artículo 47 del Texto Constitucional y en el desarrollo legislativo. Según el significado del Estado Social de Derecho, al Estado le toca adelantar acciones para llegar a lograr la procura existencial de las personas. De acuerdo con la interpretación del Artículo 13 de la CP, se ha entendido que las personas en situación de discapacidad están en una especial condición de debilidad, por lo que se hace necesario tomar medidas fácticas y jurídicas para buscar una igualdad real. Según el Artículo 47 de la Constitución Política, las personas en situación de discapacidad gozan de una especial protección.

Los argumentos de derecho comparado están basados en referencias que mantiene la Corte a los instrumentos universales y latinoamericanos de protección a la discapacidad, en las que

se destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad y su protocolo facultativo, la Declaración de los Derechos de las Personas con Retardo Mental, la Declaración de los Derechos de los Impedidos, la Declaración de las Personas Sordo- Ciegas, el Programa de Acción Mundial para las Personas en situación de discapacidad, y normas uniformes para la igualdad de oportunidades para personas en situación de discapacidad. Mediante estos acuerdos, además de fundamentar la adscripción del derecho a la estabilidad laboral reforzada, ha sido posible fincar su alcance y orientar la protección.

Es evidente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de considerar que el Derecho del Trabajo ya no puede ser concebido como unas normas reguladoras, sino como el estatuto de la clase trabajadora que se propone realizar justicia social en el equilibrio de las relaciones de trabajo y capital, con varias funciones: la función pacificadora; la función protectora vinculada al control del mercado del trabajo para poder establecer que el trabajo humano no puede considerarse una mercancía y la llamada pacificación de la conflictividad social.

El requisito de la autorización de la oficina de trabajo para que el empleador pueda despedir o dar por terminado el contrato laboral, lo entiende como una mediación de la autoridad encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para coincidir con la situación fáctica que describe la causa legal de despido y proteger así al trabajador. Por otra parte, el señalamiento de una indemnización tarifada a cargo del empleador cuando éste efectúe un despido sin justa causa va de la mano con las garantías laborales referidas, pues se busca que, por el monto de la indemnización, que se logre reparar el daño al empleado y así mismo disuadir al empleador de llevar a cabo esa conducta.

La Corte Constitucional fue la que introdujo el principio de estabilidad laboral reforzada, inicialmente para las trabajadoras en estado de embarazo y, luego, para quienes padecen enfermedades terminales y de alto costo, como un mecanismo de integración social. Esta perspectiva de inclusión, desarrollada en todo Estado Social de Derecho, permitió a la Corporación, igualmente, hacer extensiva su jurisprudencia a otros sectores poblacionales, como el de las víctimas de un riesgo laboral. La estabilidad laboral reforzada a la luz del principio de solidaridad involucra tanto la defensa de los derechos fundamentales y el acceso

a las prerrogativas propias de todo trabajador, incluyendo la garantía de no ser discriminado por su diversidad funcional, lo cual aboga por el acceso al derecho de reubicación en actividades acordes con su condición y a recibir el entrenamiento requerido para un desempeño exitoso de sus nuevas responsabilidades, dejando de lado los argumentos sobre las cargas económicas que ello implica para los empleadores, sobreponiendo las categorías de dignificación del trabajador y de su familia, mediante la integración laboral y social.

Los criterios de aplicación de la estabilidad laboral reforzada desde la Corte Constitucional son un claro ejemplo de la evolución del Estado colombiano de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, que trajo consigo el abandono del carácter formal y programático de la Constitución de 1986, por una nueva Carta Política basada en una concepción finalista y axiológica de principios. Este cambio en el esquema jurídico y político demarcó el proceso de constitucionalización del derecho en Colombia, implicando con ello que al legislar - y al interpretar la legislación - se tuviera en cuenta los preceptos y principios constitucionales, por éstos la base del ordenamiento jurídico, y otorgando al trabajo una triple dimensión: como derecho fundamental, principio y valor del Estado Social del Derecho. Al incorporar los grados de intensidad (leve, intermedio y estricto) al test de razonabilidad conservando tanto la teoría norteamericana (test de razonabilidad) como la europea (test de proporcionalidad) brindando mayor claridad en las razones que fundamentan una decisión.

Se lograba evidenciar la aplicación de métodos de interpretación de la norma, predominando los métodos literal e histórico, por ello, la estabilidad laboral reforzada a la luz de la Corte Constitucional muestra un sólido precedente en el que proceden todos los derechos y obligaciones tanto del Trabajador, Empleador y Ministerio del Trabajo, que busca garantizar la permanencia en su trabajo; la jurisprudencia constitucional ha desarrollado a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada, ya que el empleador sólo podrá desvincular al trabajador que presente disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajo y por causa distinta a la de su padecimiento, en ese sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas Sentencias los principios rectores constitucionales.

Ahora bien, en cuanto a la subhipótesis sobre si se pudiera plantear un test de solidaridad cuyas reglas generales se podrían abstraer a partir del caso específico de la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en

situación de discapacidad, se presentan varias consideraciones, que serán analizadas en el punto 3.3. de esta tesis.

3.2. Avances de la informática jurídica y la gestión del riesgo legal que pueden ayudar a determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad

Según la Constitución Política de 1991, *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”* Sin embargo, el panorama hoy en día es totalmente distinto, ya que el bajo índice de empleabilidad en los últimos años se ha aumentado el trabajo informal, la precariedad en el trabajo, la desigualdad de roles según género, la inclusión laboral, etc., problemáticas de carácter estructural.

La Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad de Naciones Unidas, que Colombia adopta a través de la Ley 1346 de 2009, cuyo propósito es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas en situación de discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*; también, describe los tipos de discapacidades que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Y en los artículos 3, señala los principios, se destaca el inciso c) *“La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”*; y entre, sus obligaciones generales mencionado en el artículo 4, inciso g) *“Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas en situación de discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible”*

Desde la normativa internacional, se impulsa la política de inclusión del personal en situación de discapacidad desde el uso de la tecnología. En la normativa colombiana, se encuentra la Ley Estatutaria No. 1618 de 2013, en su artículo 1. *Su objetivo es “garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en situación de discapacidad, mediante la*

adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.”; igualmente, también se menciona el acceso y accesibilidad que tienen las personas en situación de discapacidad, al establecer estrategias de inclusión a través del uso de la tecnología, en el artículo 2, inciso 4:

“4. Acceso y accesibilidad: *Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas en situación de discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.”*

Bajo este marco conceptual, para el empleador, la connotación que tiene el riesgo laboral para una persona en condición de discapacidad hace necesaria una intervención de estrategias que ayuden no solo desde el aspecto meramente acordes al rendimiento laboral, sino, también a su proceso de inclusión adentro y afuera de la organización, para lo cual se requiere de métodos que prevean las condiciones del trabajador en ejercicio de sus funciones.

De allí, la importancia de fortalecer las herramientas de asignación del riesgo del empleado en relación con su actividad ejercida, al comprometer al empleador en aceptar o no el apoyo que brinda la tecnología, creando estrategias propias de una gestión inclusiva del riesgo, hace referencia al proceso de planificación, toma de decisiones, implementación, control y evaluación; que evite el peligro, a la medida de reducirlo o controlarlo cuando, manejar la situación, y recuperación de un caso presentado.

La inteligencia artificial, al servicio de la informática jurídica, adoptada desde el derecho y las ciencias de la información, tiene por objetivo la simplicidad de implementación de los recursos informáticos en el derecho.

Para Aguilar (2015), *“el Derecho Informático es el conjunto de normas jurídicas encargadas de regular los fenómenos jurídicos como producto de la utilización de los recursos informáticos por parte de los sujetos.”* (p,20); esto se debe aquel Derecho como toda ciencia, va en constante

cambio de acuerdo con la circunstancia que demande la sociedad; *“esa transformación necesaria en toda ciencia es el que lo ha llevado hasta el día de hoy que la Informática haya accedido al área jurídica como facilitador de las labores del Abogado, Jurista, de la Administración de Justicia o Pública.”* (p.22)

En ese sentido, básicamente se destaca como ciencia de los recursos informáticos, llegando a través de la “inteligencia artificial”, término acuñado, para hacer referencia a la revolución causada por la tecnología, al desarrollo lógico y complejo ejercido por las maquina manejado y al servicio del ser humano. Esta inteligencia artificial, propia de la informática en función del derecho, se encarga de los procesos de análisis, investigación y/o gestión en lo concerniente al aspecto jurídico.

La asignación de riesgos, en el contexto de un empleador al hacer uso de la inteligencia artificial, para recopilar datos, que ayuden al trabajador a no disminuir la posibilidad de ocurrencia de un siniestro, y así generar una estabilidad laboral que ayude su proceso de inclusión y superación personal, producto del beneficio de usar *Big data*, análisis de datos que ayuden a la prevención y disminución del riesgo dentro de la empresa u organización. Sirve también al empleador para diagnosticar la situación a la que se enfrenta su trabajador en condición de discapacidad, mediante la buena estimación y anticipación de un riesgo y respondiendo en tal caso.

Ahora bien, para el empleador, depende de una multiplicidad de factores, entre los que se destacan las medidas en que el riesgo se correlaciona con sus otros activos y pasivos; también, su capacidad para traspasar el riesgo y la naturaleza de los portadores de riesgos finales, en este caso, los trabajadores en condición de discapacidad.

En los procesos de asignación de riesgos generalmente se recurre a una matriz, encargada de enumerar los riesgos, generalmente ordenados por categorías, y la definición de quién asume cada riesgo; es allí, donde entra la inteligencia artificial con la recopilación y análisis de datos, que son manejados para la asignación en la población de trabajadores en condición de discapacidad. Para llegar a ese punto de diagnóstico se requiere de una infraestructura tecnológica que analice cada ítem a evaluar dentro de la matriz.

Como crítica a raíz de la carencia propia de la informática jurídica, encontrándose el escaso rigor del pensamiento razonable en la interpretación detallada de los casos, Guibourg (2015) señala que pueden existir malos criterios desde el análisis aparente de una matriz de asignación de riesgo, lo cual no quiere decir que no posea validez en su objetividad y en cada ítem a evaluar; sino, que, dentro del derecho, se requiere de la reflexión acorde a cada caso.

Debido a lo anterior, deben existir especialistas, que ayuden a orientar, interpretar y analizar detalladamente uno a uno los casos que puedan incurrir en riesgo para la población de trabajadores en condición de discapacidad. De eso depende la estabilidad laboral que le genere al trabajador cumplir con su función en ejercicio de su labor con el mayor desempeño, sin agravar su estado de salud. De ahí la necesidad de los empleadores en ser minuciosos con la información e interpretación de resultados en la matriz de riesgos elaborada desde programas informáticos al servicio de las empresas, organizaciones, entendidas e instituciones públicas y privadas.

La Big Data en relación con la inteligencia artificial para la asignación del riesgo, puede favorecer el diagnóstico y prevención de riesgo. La Big Data se entiende como la cantidad de datos que logren existir, pero, su concepto va más allá, al tratar en términos de variedad, volumen y velocidad del acceso y procesamiento; asiste al direccionamiento de la empresa a cumplir con sus objetivos, fortalece el proceso de toma de decisiones; ayuda a los empleadores al acondicionamiento de sus entornos laborales, además de mejorar el rendimiento, e implementar nuevas estrategias como la automatización de tareas, a través de aplicaciones de la inteligencia artificial. El análisis se logra en tiempo real gracias al volumen de información que se obtiene, recopila y decodifica para su diagnóstico; es decir, pasa de ser una práctica de transacción de la información a ser de interacción entre las partes involucradas.

La fase de almacenamiento de Big Data ha generado la necesidad de superar los sistemas de gestión de bases de datos relacionales implementando tecnologías de almacenamiento de datos masivos como almacenamiento con conexión directa y el almacenamiento en red, diferenciando entre transacción e interacción de la información.. (Hernández et al. 2017)

La Big Data a partir de algoritmos enfocados en la predicción de talentos y habilidades, seguimiento continuo del rendimiento, el posicionamiento de objetivos y valoración de resultados obtenidos o previstos en alcanzar; puede obtener en tiempo la información del

trabajo en relación al riesgo que pueda estar expuesto desde su lugar de trabajo; tiene en cuenta los estados de ánimo y emociones y proporciona formación modular del personal de trabajadores, facilitando la toma de decisiones desde el área de gestión del talento humano.

En este punto, cabe hacer referencia a la gestión de riesgos, según la norma ISO 31000 (2009) es aplicable a toda una organización, sin distinción de áreas y niveles, funciones específicas, proyectos y actividades; por consiguiente, la situación del empleado en condición de discapacidad para una empresa, lo hace perteneciente al grado de incidencia de la gestión.

La ISO 31000 (2009), define la gestión de riesgos, como un proceso organizacional que debe implicar la aplicación sistemática de políticas, procedimientos y prácticas a las actividades de comunicación y consultoría, estableciendo el contexto, evaluando, tratando, monitoreando y revisando el riesgo. Todas estas actividades deben ser controladas por los actores internos y externos del proceso de gestión de riesgos; es decir, un proceso sistemático, en medición del porcentaje de exposición de una organización, en este caso, sobre los sujetos en cualidad de empleados en condición de discapacidad, la cual, ayuda, orienta y facilita ante una eventualidad producto de una causalidad de riesgo; es menester, la creación y ejecución, para el conocimiento, prevención, impedimento, reducción y control de acuerdo a la situación.

Como ejemplo, una de las herramientas utilizadas para medir la gestión de riesgo es la Metodología para Análisis de Riesgos Sistemático Basado en Modelos Asociativos Inteligentes (MARISMA), una Big Data, utilizada para la reducción de los costos del proceso de gestión de riesgos, caracterizada por su automatización y la captación de toda la información obtenida a través de una mayor velocidad y, por consiguiente, a menos tiempo.

Se considera evaluación de riesgos, al informe detallado de lo que podría perjudicar la seguridad y salud de las personas en el lugar de trabajo, y su objetivo determina si las medidas preventivas son idóneas al problema o si debería realizarse a favor la estabilidad laboral, en este caso, de las personas en condición de discapacidad. Para ello, MARISMA, define todas las interacciones y el trabajo que el empleador debe realizar durante la identificación y análisis de los riesgos del sistema (identificación, amenazas, probabilidad e impacto, etc.); también, se calcula el nivel de riesgo y su evaluación para la toma de decisiones; y por último, puede llegar a encargarse de la gestión de forma automáticamente toda la información proporcionada a través de patrones de conocimiento. (Rosado, et al. S.F.)

Las reacciones que tiene la Big Data en la obtención de resultados para la prevención de riesgo de un empleado en condición de discapacidad se traducen en los resultados, al tener varias interpretaciones dentro de la organización. Verbigracia, frente al índice de incidencia de accidentes de trabajo, al gerente o director al considerarlo relevante en la medida que esté por encima o por debajo de la media del sector o de sus competidores; en ese sentido, las empresas y/o organizaciones reúnen un contenido variable de información, que van más allá de la evaluación del trabajador, al tener en cuenta regresiones lineales y correlaciones, es decir, todo el tráfico de almacenamiento producto del análisis Big Data, producto del análisis tradicional, se complementa con los datos de incidentes, observación, auditoría, etc. Como resultado, todo culmina al probar relaciones y causas no tradicionales.

Para estos efectos debe ser significativa la información o datos suministrados, a la vez, que debe ser simple y precisa, al momento de analizar tendencias al generar series temporales, tener en cuenta los índices de frecuencia de incidentes o participación, de acuerdo con el tamaño de la población, y así, hacer análisis diferencial de resultados que permanezcan interconectados. (Marín, s.f).

Como aspecto a considerar, de la inteligencia artificial a partir de la implementación de la Big Data, principalmente implica dos problemas, su software y hardware necesario, y lo significativo de su costo; por un lado, escepticismo por parte del empleador y personal de trabajo en relación a su función; el cubrir gastos de formación del personal capacitado para el manejo del software; al blindar la información de privacidad y evitar la filtración de información (López, 2013).

La implementación de tecnologías como la inteligencia artificial, a través de software de almacenamiento de información en el uso de la Big Data, son de gran utilidad tanto para el empleado como para el trabajador en condición de discapacidad. Sin embargo, desde el derecho informático, se debe dejar espacio para la racionalización y el análisis en el estudio de cada caso, es decir, por más que se opte por este tipo de herramientas, debe ser el profesional quien tome las decisiones para la evaluación de la asignación de riesgo.

El uso de la tecnología, al servicio de personas con limitaciones físicas, pasó de ser una opción a una necesidad. Los recursos económicos que dispongan las empresas para financiar iniciativas de inteligencia artificial para la evaluación del riesgo al momento de contratar o a

causa de un accidente laboral, son determinantes en la consolidación de una política de inclusión dentro de la organización.

Dentro de la inteligencia artificial, hay una clase de métodos conocidos como "machine learning" ("aprendizaje de máquinas" en español). En términos generales, el aprendizaje de máquinas implica algoritmos informáticos que tienen la capacidad de "aprender" o mejorar su rendimiento con el tiempo en alguna tarea (Flach, 2012). Estos métodos son destacados dentro de la inteligencia artificial dado el éxito que han tenido para automatizar sofisticadas tareas que antes requerían de la cognición humana (Surden, 2014).

De hecho, estudios como los de Pääkkönen & Ylikoski (2021), han mostrado cómo el uso de estos métodos pueden hacer que el análisis hermenéutico de los textos sea más objetivo en las ciencias sociales, pues elimina los juicios de los investigadores en el proceso de producción de evidencia de las teorías. De esta manera, el aprendizaje de máquinas proporciona a los investigadores los recursos para justificar ante la academia que sus interpretaciones son correctas, dada la eliminación de interpretaciones arbitrarias y retrasa el momento de la interacción subjetiva con los textos hasta que se descubre evidencia de patrones de palabras (Lee y Martin 2015; Mohr y Bogdanov 2013) .

Respecto a este último tema, es de destacar que varios han cuestionado el derecho de autor en la innovaciones tecnológicas. Y por esto es importante distinguir el software o programa de ordenador de inteligencia artificial, y el producto, o salida, que la ejecución de este genera. Mientras en el software no hay duda de que es susceptible de protección desde el derecho de autor, es en el producto frente al cual las dudas de derecho de autor se plantean (Amado, 2020). Para este y otros efectos, debemos precisar los tipos de algoritmos dentro del aprendizaje de máquinas como paso esencial.

En primer lugar, el aprendizaje supervisado es un modelo productivo, el cual recibe instrucciones sobre lo que se requiere aprender, y cómo aprenderlo. Aquí encontramos un conjunto de dato y el algoritmo intenta optimizar la función del modelo y de esta manera encontrar la combinación de valores de características que tengan como consecuencia el resultado objetivo. Dadas estas especificaciones, este aprendizaje de máquinas supervisado tiene como uso frecuente predecir y clasificara qué categoría pertenece un caso (Lantz, 2013).

Por su parte, el otro tipo de aprendizaje es el no supervisado, en el cual se utilizan modelos descriptivos para tareas que se benefician de información al resumir y organizar datos de maneras novedosas. En este modelo, a diferencia del supervisado, ninguna características importa más que otra pues no hay un objetivo particular de aprendizaje. Este tipo de aprendizaje se usa frecuentemente en la minería de datos y en descubrir patrones de esos datos. (Lantz, 2013).

Con esto en mente e intentando resolver la problemática de derechos de autor, Amado (2020) ha concluido que los algoritmos de aprendizaje no supervisado no son susceptibles de protección desde el derecho de autor pues no son creaciones del intelecto humano mientras que las del aprendizaje supervisado, sí.

Ahora bien, aunque este tipo de aplicaciones de tecnología se ha usado como valor para las empresas (Cheatham, et al. 2019), para los procesos productivos, entre otros. Pero estamos equivocados si pensamos que este tiene injerencia profunda también en el ámbito del derecho.

Losavio (2022), en el artículo “Algorithms of Machines and Law : Risks in Pattern Recognition, Machine Learning and Artificial Intelligence for Justice and Fairness” examina cómo sucede, qué daños pueden ocurrir y qué impacto ético y jurídico tiene el hecho de que se optimicen los procesos de reconocimiento de objetos, texto, gráficos, voz y patrones y generen eficiencia en la gestión, concluye que se deben seguir construyendo marcos legislativos para el reconocimiento de la inteligencia artificial para que estos fomenten su efectividad a la vez que limitan al diseño de una inteligencia artificial deficiente y dañina.

Monaro et al. (2022), en su artículo “Detección del engaño a través de expresiones faciales en un conjunto de datos de entrevistas grabadas en video: una comparación entre jueces humanos y modelos de aprendizaje de máquinas” prueban la capacidad de diferentes modelos de extracción de características y técnicas de machine Learning para distinguir a los mentirosos de los que dicen la verdad a través de microexpresiones faciales. Al correr la investigación, los resultados confirmaron que la inteligencia artificial fue más precisa y se desempeña mejor que los humanos (en este caso, los jueces), en la tarea de detección de mentiras.

Otros autores como Sengupta y Dave (2021), han usado el aprendizaje de máquinas para analizar textos legislativos y así automatizar el proceso de identificación de las secciones

apropiadas de las leyes aplicables a casos particulares. Estos autores usan el aprendizaje supervisado y el procesamiento de lenguaje natural y aunque su trabajo se limita a casos relacionados con las leyes de impuesto sobre la renta, concluyen que su metodología se adapta a cualquier otra sección de la norma.

Además de investigadores que hacen uso del aprendizaje de máquinas, hay otros autores que se centran en revisar las aplicaciones que ha tenido este aprendizaje en la práctica legal. Es el caso de Harry Surden (2014), quien analizó la relación entre el enfoque informático y el impacto en la materia legal. Aquí se argumenta que fuera de la ley, las técnicas de inteligencia artificial, en particular el aprendizaje automático, se han aplicado con éxito a problemas que tradicionalmente se pensaba que requerían la cognición humana. De manera similar, hay una serie de tareas dentro de la ley para las cuales es probable que las evaluaciones estadísticas dentro del ámbito de las técnicas actuales de aprendizaje automático tengan un impacto a pesar de la incapacidad de replicar tecnológicamente la cognición de orden superior tradicionalmente solicitada por los abogados. El autor hace énfasis en que hay subconjuntos de tareas legales que probablemente sean automatizables bajo el estado actual de la técnica, siempre que las tecnologías se correspondan adecuadamente con las tareas relevantes, y que las limitaciones de precisión se comprendan y se tengan en cuenta.

En materia de procesamiento de datos legales y predicción de resultados, en el estudio de Medvedeva et al. (2020), se predijeron de manera automática las decisiones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizando herramientas de procesamiento de lenguaje natural y aprendizaje automático. De la misma manera Lora et al. (2012), pudieron predecir los resultados de los tribunales de drogas entre participantes que usaban anfetaminas basándose en modelos de regresión binaria multivariable. Así como estas, investigaciones como las de Sales y Denle (2020), Shaikh et al. (2020), Metsker et al. (2019), y Zeroual y Lakhouaja (2018), inspiraron a Aissa et al. (2021) a usar el aprendizaje automático para predecir los resultados de los casos de accidentes en tribunales marroquíes.

A pesar de que la técnica de aprendizaje de máquinas se ha visto teñida por impresiones que aseguran que las máquinas dominarán el mundo y que la mano de obra humana desaparecerá, hay que saber que los algoritmos actuales son tan específicos en la aplicación, que no representan un peligro que haga de las máquinas unos algoritmos autoconscientes. Es

entonces objetivo central del aprendizaje automático ayudar a dar sentido a los enormes almacenes de datos del mundo, más que crear un cerebro artificial. (Lantz, 2015).

Automatizar el proceso de asignación de cargas mediante el diseño de un modelo inteligente, que facilite la toma de decisiones.

La elaboración de esta automatización se divide en los siguientes pasos:

- a) Extracción de la data y elaboración de las bases de datos.
- b) Selección de variables importantes (Feature selection).
- c) Elaboración del modelo de selección de cargas.

Inicialmente, se debe tener en cuenta que, como se indicó, no existe la suficiente jurisprudencia en este tema que sirva de base para generar un modelo lógico simple que clasifique cada caso siguiendo ciertas reglas preestablecidas. Por lo tanto, como primer paso, se debe recurrir a la captura y recolección de toda la información disponible para cubrir de una manera holística cada caso.

En este sentido, se debe buscar de manera exhaustiva todas las variables que podrían influir en cada una de las personas involucradas. Es importante tener en cuenta el impacto social de cada persona tanto en el ámbito laboral, familiar y en la sociedad. Por ejemplo, estas variables deben incluir indicadores sociodemográficos, económicos, médicos, familiares, laborales, etc.

Dependiendo de las fuentes dónde se encuentre esta información se pueden ejecutar diferentes métodos inteligentes para la extracción de la data. Si la data ya está en la forma requerida (por ejemplo, en bases de datos relacionales), se pueden ejecutar diferentes métodos de Web Scraping para acceder a ella en la web y luego escribirla en las bases de datos propias.

Si, por el contrario, no está en la forma requerida, sino en texto plano (por ejemplo, en oraciones o párrafos), se pueden aplicar modelos de inteligencia artificial de Modelos de Lenguaje Natural (NLP) para extraer las variables importantes de los documentos. En este caso se pueden realizar análisis de tipo sintáctico y semántico de los textos. Estos métodos de Machine Learning permiten identificar palabras relacionadas a una cierta categoría o encontrar las palabras de mayor relevancia dentro del texto. Es de destacar que el uso de estos métodos implica un previo entrenamiento o calibración de los algoritmos.

Así mismo, se debe construir el *data lake* (en español lago de datos), es decir, una base de datos propia que permita ordenar y almacenar las variables extraídas anteriormente. Las variables deben ser inicialmente categorizadas en cualitativas y cuantitativas, y así registradas independientemente en cada una de las columnas de las tablas. Las variables cualitativas idealmente deben ser transformadas en variables categóricas jerarquizadas.

Ahora, dentro de todo el conjunto de variables recolectadas en el *data lake*, se deben tomar aquellas que tienen una mayor influencia para la toma de decisiones de estos casos de personas con discapacidad y debilidad manifiesta. En otras palabras, se descartan las variables que son poco informativas o redundantes para nuestro caso con el fin de reducir el *overfitting*. Es importante anotar, que antes de seleccionar las variables, se deben estandarizar bajo una misma escala de tal manera que sean comparables.

En este paso se puede usar tanto la metodología supervisada como la no-supervisada, y finalmente evaluar cuál de ellas se acerca mejor a los resultados esperados. En el primer caso, se debe tomar una gran cantidad de casos previos resueltos por expertos. Es decir, se toman muchos casos con todas las variables recolectadas, y con la asignación de cargas resuelta en función de todas las variables. De este modo se tendría la data de entrenamiento con el resultado conocido y, así, se pueden ejecutar las técnicas de feature selection supervisadas como:

- Árboles de decisión (Decision trees).
- Métodos estadísticos.
- Eliminación recursiva de variables (RFE)

Por el otro lado, en el caso no supervisado no se tienen estos casos previos resueltos, entonces se deben reducir las variables mediante técnicas de correlación para descartar variables redundantes dentro del data set como análisis de componentes principales (PCA).

Por ejemplo, la selección final de variables relevantes puede ser las que aparecen en la siguiente tabla como criterio de asignación y los ámbitos en los que se quiere automatizar la selección de cargas son la familia, el empleador y la sociedad.

Tabla 6. Ejemplo de variables y ámbitos.

Variable	Tipo de carga	Criterio de asignación
Carga a la familia	Cuidado	Personas a cargo
		Ingresos del núcleo familiar
Carga al empleador	Preservación en el trabajo	Tamaño del empleador (por número de trabajadores y por ingresos o patrimonio) Existencia de cargos en donde se pueda reubicar
	Ajuste de las condiciones de trabajo al cambio de sus condiciones existenciales	
	Reubicación en un cargo en el que pueda trabajar sin agravar su salud	
Carga a la sociedad	Prestacionales	De salud: Asistenciales y Económicas
		De ingresos: prestaciones económicas que pudieran hacer parte de un piso de protección social

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis jurisprudencial

Por último, con las variables relevantes ya definidas, se crea una nueva base de datos donde se almacenen todos los casos con los datos de estas últimas variables seleccionadas.

A continuación, se realiza el diseño y construcción del algoritmo o modelo de clasificación que asigna automáticamente los porcentajes de cargas según las variables del caso.

La elección del modelo se puede hacer según la metodología del paso anterior, es decir, se puede elaborar un modelo supervisado o un algoritmo no-supervisado, y finalmente evaluar cual tiene una mejor precisión en los resultados.

En el caso supervisado, se reutilizan los casos resueltos por expertos mencionados previamente, con los cuales se pueden ejecutar métodos de clasificación multiclase. Por

ejemplo, metodologías de clasificación de tipo *one vs one* o *one vs. All*, en las que se pueden usar algoritmos como:

- k-Nearest Neighbors.
- Decision Trees.
- Naive Bayes.
- Random Forest.
- Gradient Boosting.

De este modo, se pueden usar las probabilidades obtenidas de cada una de las clasificaciones como el porcentaje de asignación de cargas.

Para el caso no supervisado, se pueden usar algoritmos de tipo lógico con las variables resultantes que se adecuen a la lógica usada por los expertos. En este caso, se deben seleccionar pesos de relevancia para cada una de las variables. Así mismo, se pueden ejecutar técnicas de clasificación como los árboles de decisión.

Finalmente se deben evaluar todos los modelos y elegir el que mejor precisión tenga. En este caso se pueden usar los scores de multicategoría como el *Score F1*.

3.3. Aplicación del principio de solidaridad en la distribución de riesgos y asignación de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad.

El artículo 1 de la Constitución política señala que Colombia está fundada en la solidaridad de las personas que la integran; el artículo 48 establece que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley; y el artículo 95 indica que es un deber de la persona y del ciudadano obrar conforme al principio de solidaridad social.

Por otro lado, el artículo 58 dispone la garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores y que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Por su parte, el artículo 333 señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones; que el Estado debe estimular el desarrollo empresarial e impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica. También señala que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social.

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común y, así mismo la libre competencia económica es un derecho de todos, que supone responsabilidades. El ejercicio de la libertad de empresa conlleva asumir un comportamiento negativo por parte de las autoridades, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas, de tal suerte que el empresario cuenta con la libertad de decisión, lo cual implica establecer sus propios fines u objetivos económicos y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad. (Sentencia C-432 de 2010).

La Corte Constitucional ha señalado que la libertad de empresa, es un derecho de naturaleza económica que se reconoce a los particulares por motivos de interés público, pero que no es en sí mismo, un derecho fundamental, por lo que en el momento de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo. (Sentencias C- 197 de 2012 y 263 de 2011)

La libertad de empresa puede ser limitado válidamente por el legislador, a efectos de preservar determinados bienes jurídicos constitucionales, tales como la seguridad, la salubridad pública, la preservación del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el patrimonio cultural de la nación, el interés general, entre otros. (Sentencia C-432 de 2010).

La jurisprudencia constitucional ha señalado sobre las libertades económicas que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa

y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas. (Sentencia C-432 de 2010).

Para efectos de analizar las Sentencias seleccionadas a través de la ponderación y el análisis económico del derecho integrados es necesario reconstruir el marco de las libertades económicas en un modelo de economía social de mercado como el que establece la Constitución Política de Colombia, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. (Ver Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011, Sentencia C- 228 de 2010 y Sentencia C- 032 de 2017)

La Corte Constitucional ha señalado que cuando se trata de materias económicas, o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, por otra parte, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Congreso de la República para configurar el ordenamiento jurídico. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen. (Sentencia C-432 de 2010).

Son varias las características de una economía social de mercado que sirven como criterios al momento de ponderar derechos que se desarrollan dentro de un ordenamiento jurídico:

En el Estado Social de Derecho, las libertades económicas constituyen formas de expresión propias de una sociedad democrática que protege las libertades, siempre dentro de los límites del bien común y de los propósitos de una comunidad social y política. (Sentencia SU 747 de 1998).

Si bien se reconocen y garantizan libertades económicas a los individuos para que lleven a cabo actividades de carácter económico que les permita incrementar su patrimonio, también se confiere al Estado la facultad y la obligación de intervenir la economía con el fin de corregir fallas de mercado y promover el desarrollo económico y social. (Sentencia C-263 de 2011).

Se parte del reconocimiento de que una sociedad de mercado, es un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos. (Sentencia C- 032 de 2017).

La Constitución contempla cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales, desde una doble perspectiva: por un lado, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad que implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores; por otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. (Sentencia C- 228 de 2010)

La intervención del Estado en la economía tiene por finalidad la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales, por lo que se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores. (Sentencia C- 228 de 2010)

El Estado no puede intervenir en la economía de cualquier modo, sino que por el contrario la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha previsto que esa intervención debe ser compatible

con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado y solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia C- 228 de 2010)

La libertad de empresa, también denominada libre iniciativa privada puede definirse como aquella garantía que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias. (Sentencia C- 228 de 2010)

Dentro del núcleo esencial de la libertad de empresa, la Corte Constitucional indicó que existen algunos contenidos que revisten especial importancia, en tanto no pueden ser desconocidos ni quebrantados como consecuencia de la intervención de las autoridades públicas, para limitar el ejercicio de esta libertad económica, como son: (i) el derecho al tratamiento igualitario y no discriminatorio entre empresarios o competidores en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio según los requisitos de ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. A su vez, dentro del aspecto instrumental de la definición de empresa, relacionado con la organización económica de la empresa, la Corte Constitucional ha incluido la abstracción de las formas jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral. (Sentencia C- 228 de 2010).

Partiendo de esta conceptualización realizaremos a continuación el análisis de las sentencias mencionadas a la luz de la integración de la ponderación con las herramientas del análisis económico del derecho.

3.3.1. Análisis de las Sentencias escogidas a través de la ponderación y el análisis económico del derecho integrados.

La ponderación implica la existencia de una colisión de principios que puede solucionarse mediante la relación de precedencia entre uno y otro y según la cual "*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*". (Alexy, 2002, p. 161) con lo cual se busca que "*algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas preexistentes*" (Alexy, 2002, p. 757). A su vez la ponderación también se puede entender como una especie de técnica de argumentación a la cual se recurre cuando no es posible solucionar un caso a partir de las reglas de la subsunción (Alexy, 2002).

El ejercicio de la ponderación está compuesto de tres aspectos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La relación de restricción / protección de un principio es inversamente proporcional pues cuanto mayor sea la protección de un principio, el principio conflicto protegido debe ser más importante.

En segundo lugar, la fórmula del peso que constituye la aplicación práctica que permite apreciar la forma en que opera la ley de la ponderación mediante la utilización de tres variables: el grado de afectación de un principio frente a otro, la importancia de protección de un principio con respecto a otro y si la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación del otro.

El grado de afectación de los principios puede establecerse a través de una escala tríadica en la que afectación puede ser leve, media o intensa. (Alexy, 2007) a su vez el peso abstracto indica que si bien los principios pueden tener un mismo peso dada la jerarquía que pueden ostentar dentro del ordenamiento jurídico, puede suceder que en este acto y ante un determinado caso uno de ellos puede tener una mayor importancia, de conformidad con los valores que posea una sociedad. Y respecto a la seguridad de las apreciaciones empíricas, ésta se relaciona con el grado de certeza de que, si no se protegen más un principio que el otro, no podrá satisfacerse ninguno de los dos adecuadamente.

La ley del peso se ha formalizado de diferentes maneras por parte de Alexy, Bernal, Sieckma, Quiroga, entre otros, pero para efectos metodológicos del presente documento se utilizará la anotación:

$$P(1,2) = A1/A2 + W1/W2 + S1/S2$$

En la cual:

P (1,2): es el peso abstracto un del principio uno frente al principio dos.

A1: es el grado de afectación del principio uno con respecto al principio dos.

A2: es el grado de afectación del principio dos con respecto al principio uno.

Esta variable se puede representar numéricamente siendo la afectación leve equivalente a 2^0 , la afectación media equivalente a 2^1 y la afectación intensa o grave es equivalente a 2^2 .

W1: es igual al peso extracto del principio uno en el caso bajo estudio.

W2: es igual al peso extracto del principio dos en el caso bajo estudio.

S1: es igual al grado de certeza de que se afectará el principio dos frente al principio uno.

S2: es igual al grado de certeza de que se afectará el principio uno frente al principio dos.

Esta variable está determinada por una escala donde la seguridad de la afectación de los derechos que equivale a 2-0, es decir que protegiendo más el principio en estudio que el otro se satisface de mejor manera los dos; plausible equivalente a 2-1 es decir que protegiendo más el principio estudio que el otro se satisface de manera plausible más un principio que los; no evidentemente falso equivalente a 2-2 es decir que no se afectará el principio estudio al proteger el otro.

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es el de las cargas de la argumentación que operan cuando por alguna razón sea un empate entre los principios sometidos a la fórmula del peso, empate que se puede resolver a favor de los principios que mejor garanticen la igualdad y la seguridad jurídica y, en segundo lugar, a favor del legislador en aquellos casos en los cuales enjuicia un principio consagrado en una ley frente a un principio constitucional.

En ese sentido se observa que la ponderación no es un procedimiento que conduzca a la objetividad o certeza de única respuesta que un caso difícil ofrecerá colisión de principios pues como es evidente comporta un alto grado de discreción en el que el juzgador puede aplicar tanto sus propios criterios sobre la prevalencia de principio sobre otro como sus posturas ideológicas.

No obstante, su utilidad es palpable en cuanto a dedicar un marco en el que es posible establecer el espacio sobre cuáles iba mover la subjetividad siendo un instrumento valioso para argumentar las decisiones judiciales reduciendo los costos de transacción para los interesados

en tales decisiones, puesto que brinda cierta predictibilidad sobre las valoraciones que pueda hacerse al momento decidir el caso. (Medellín, 2013)

En este punto se ha encontrado que el análisis jurídico puede encontrar una verdadera aplicación de teoría económica en la equidad de la administración de los recursos en beneficio la justicia frente a lo cual se resaltan los conceptos de eficiencia, el análisis costo beneficio, y los costos de transacción que en comunicación con la ponderación en un lenguaje interdisciplinar permiten formular una ley que el peso que tiene en cuenta los costos de la protección de un principio sobre otro y los efectos económicos en el largo plazo con respecto al precedente. (Medellín, 2013).

Estos nuevos elementos se incorporan a la fórmula del peso de la siguiente manera:

$$P(1,2) = A1/A2 + W1/W2 + S1/S2 + C1/C2 + E1/E2$$

Donde C1 y C2 equivalen al costo de la protección del principio 1 con respecto al principio 2 es decir el análisis costo beneficio que se realiza con el fin de estimar el costo de proteger el derecho con respecto al otro y que se representa a través de la escala triádica de 2-2 para un costo elevado, 2-1 para los costos en el largo plazo moderado y 2-0 para los costos en el largo plazo leves. Por su parte, E1 y E2 representarían los efectos económicos de la decisión en el largo plazo con respecto al presente, es decir, reproduce los efectos que podría tener la decisión de largo plazo y los incentivos que crearía lo cual se configuraría a través de tres valores: 2-2 para unos costos en el largo plazo elevados, 2-1 para unos costos en el largo plazo moderado y 2-0 para los costos en el largo plazo leves. (Medellín, 2013)

3.3.1.1. Sentencia SL-10538 de 2016 de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia

En esta Sentencia, la Corte Suprema de Justicia estudia el caso de una mujer que interpuso demanda ordinaria laboral en contra de una Institución de educación superior con el objetivo de que se declarara nula la terminación unilateral de su contrato de trabajo y, como consecuencia de esa declaratoria, se ordenara el reintegro a un cargo de igual o mayor jerarquía, argumentando

que por tener una condición médica denominada stress laboral contaba con estabilidad laboral. La actora fundamenta sus pretensiones, principalmente en el hecho de que fue desvinculada sin la autorización del Ministerio del Trabajo, desconociendo así lo dispuesto en los artículos 39 y 45 del decreto 1295 de 1994 y el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

La actora manifestó que, en vigencia de la relación laboral, presentó a su empleador una recomendación médica de cambio de puesto de trabajo por estrés laboral, sin embargo, no presentó o radicó incapacidad alguna durante la vigencia del contrato de trabajo, así como tampoco fue evaluada por una junta de calificación de invalidez que determinara el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral. Posterior a la terminación unilateral, la demandante fue evaluada por la Junta de Calificación de Invalidez, organismo que determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 42.93%.

En primera instancia el juez de la causa condenó a la institución de educación superior al pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y dejó en firme la terminación del contrato de trabajo. En segunda instancia, el Tribunal revocó parcialmente el fallo, declarando la ilegalidad del despido y ordenando el reintegro de la actora y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la terminación del contrato hasta la fecha de la reincorporación efectiva.

Al ser interpuesto recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema de Justicia revisa el caso, frente a lo cual decide casar la Sentencia del Tribunal, absolviendo de la totalidad de las pretensiones a la demandada señalando que no podía considerarse como prueba suficiente el hecho que la actora tenía un diagnóstico de estrés laboral y la solicitud de reubicación presentada a su empleador, toda vez que aunque la solicitud de calificación ante la junta médica de calificación de invalidez se dio con ocasión del estrés laboral, la calificación y la fecha de estructuración son posteriores al origen de la pérdida de capacidad laboral.

En el caso particular, se observó una colisión entre el derecho de solidaridad derivado a partir de la aparente estabilidad laboral reforzada que le asiste a la trabajadora dada su condición de vulnerabilidad por su diagnóstico y estado de

salud; y el derecho de libertad contractual como manifestación de la autonomía de la que es acreedora la entidad demandada, quien utiliza los instrumentos que le otorga el ordenamiento jurídico para la regulación de sus relaciones en procura de sus intereses propios, esto es, la posibilidad que tiene de disponer de los elementos integrantes de su patrimonio, su actividad económica, la fuerza de trabajo y demás derechos con estimación económica.

En materia laboral, el derecho de libertad contractual tiene una dimensión diferente a la tradicionalmente acogida por el derecho privado, pues su alcance tiene como objetivo equilibrar una relación donde existe una parte débil (el trabajador) frente a una fuerte, un empresario que es el encargado de constituir los factores o condiciones de producción. Esta desigualdad ha restringido las facultades del empleador en torno al uso de la condición resolutoria la cual se encuentra intrínseca en el contrato de trabajo, con miras a deshacer el vínculo con sus trabajadores sin que ello le traiga una consecuencia económica adversa como el pago de una indemnización en caso de una terminación unilateral basada en la discrecionalidad. (Corte Constitucional, T - 1040 de 2001)

Para el caso concreto, al plantear la fórmula del peso, conviene determinar qué tanto se afecta o restringe el derecho de solidaridad cuando se concede el amparo al derecho de libertad contractual tal como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia analizada. Así las cosas, el grado de afectación es el índice que nos permite evaluar en un plano objetivo la vulneración de un derecho en proporción a la defensa de otro.

La parte actora considera afectado su derecho fundamental al trabajo por causa de la conducta arbitraria del empleador de dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo, pues a su criterio, gozaba del fuero de estabilidad laboral reforzada con ocasión de su estado de salud. Por su parte, la parte demandada argumentó que la decisión en segunda instancia por parte del tribunal relativa al reintegro de la trabajadora, dio por sentada la base de que el despido se efectuó exclusivamente por las limitaciones padecidas, sin que esto se encontrara probado, ya que en el transcurso de la relación laboral la demandante no tuvo incapacidades, ni recomendaciones y/o restricciones para ejecutar la actividad contratada en razón de una limitación física, psíquica o sensorial que conlleve a

una pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje de calificación igual o superior al 15%.

De lo anterior, puede inferirse que no existe una afectación al derecho de solidaridad en la medida que, conforme a lo probado, la trabajadora no era merecedora de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud. En ese sentido, el grado de afectación de dicho derecho corresponderá a $A1 = 2(0)$ o de calificación leve, pues no se cumplen los requisitos previstos en la ley 361 de 1997 para declarar la nulidad de la terminación unilateral del contrato y el reconocimiento de la indemnización.

Por otro lado, de concederse el reintegro a la trabajadora sin el cumplimiento de los requisitos legales no solo se estaría frente a una decisión injusta y contraria a derecho, sino que se menoscabaría la facultad de libertad a negociar de la empresa y su autonomía para determinar su estructura orgánica de acuerdo con las necesidades de su actividad económica. Adicionalmente, el reintegro arbitrario sería una clara muestra de una intromisión externa en la libertad del empleador en la configuración de su planta de personal que lo obligaría a realizar movimientos no deseados o a la creación de un cargo donde garantice iguales o mejores condiciones a la reintegrada, además de sobrecostos por el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la colaboradora desde la terminación del vínculo laboral en el año 2001 hasta el 2016. Por ende, en contraposición con el derecho de solidaridad de donde subyace la estabilidad laboral reforzada, la libertad contractual se afectaría gravemente si se enmarca en una decisión que no respete los condicionamientos de la figura de protección, motivo por el cual le corresponde un valor de $A2 = 2(2)$.

$$A(P1, P2) \rightarrow \frac{2(0)}{2(2)} = \frac{1}{4} = 0,25 \qquad W(P2, P1) \rightarrow \frac{2(2)}{2(0)} = \frac{4}{1} = 4$$

Del análisis de las variables ilustradas anteriormente, tenemos que el grado de afectación de la libertad contractual es mayor en caso de protegerse el derecho

a la estabilidad reforzada, frente al no cumplimiento de los requisitos propios de la figura por parte de la demandante.

- **Peso Abstracto:**

La variable de peso abstracto permite evaluar y determinar el valor de cada derecho que entra a colisión, para de esta forma poder definir en cada caso concreto cual derecho prima y tiene una mayor primacía al momento de una ponderación.

Ahora bien, en la Sentencia se determina que si bien los derechos de solidaridad en la estabilidad laboral reforzada y la libertad contractual tienen un mismo peso en nivel respecto a su jerarquía legal, en el caso concreto de acuerdo a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, sobrepasa el derecho de la libertad contractual, pues el derecho de solidaridad en la estabilidad laboral reforzada no se configura por parte de la demandante, es decir, no se evidencia que se presente una situación de vulnerabilidad por condición médica. Lo anterior, debido a que la actora no padecía de una limitación o discapacidad física, psíquica o sensorial, no se encontraba dentro de un tratamiento médico vigente, no contaba con restricciones médicas o incapacidades que no le permitieran laborar, así no le configuraba dicha protección legal a que alude el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así, frente al peso abstracto el derecho de Solidaridad en la estabilidad laboral reforzada (P1) tiene un peso leve 2(0) y el derecho de libertad contractual un peso abstracto superior de 2(2), representándose de la siguiente manera:

$$W(P1, P2) \rightarrow \frac{2(0)}{2(2)} = \frac{1}{4} = 0,25 \qquad W(P2, P1) \rightarrow \frac{2(2)}{2(0)} = \frac{4}{1} = 4$$

- **Probabilidad de Certeza:**

Al entrar a analizar la afectación que tiene un derecho cuando se protege otro, se tiene que, al amparar la solidaridad en la estabilidad laboral reforzada, hay una afectación frente a la libertad contractual, pues se estaría obligando a una

parte de relación a pagar a favor de la otra valores no procedentes, pues si bien el juzgador en primera instancia condenó al empleador a pagar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y en segunda instancia se condenó a restablecer el contrato de trabajo y a pagar montos dejados de percibir, la Alta Corporación concluyó que con el material probatorio no se logró demostrar que en vigencia de la relación laboral la actora tuviera calificada una condición de discapacidad o limitación en los porcentajes establecidos en la ley. Ahora, si se propende por la libertad contractual, no se vería afectada la solidaridad en la estabilidad laboral reforzada, en la medida de que se estableció que no era procedente dicho amparo.

Entonces, se asigna el valor de 2 (-2) a P1 y 2(0) a P2.

$$S(P1, P2) \rightarrow \frac{2(-2)}{2(0)} = \frac{0,25}{1} = 0,25 \qquad S(P2, P1) \rightarrow \frac{2(0)}{2(-2)} = \frac{1}{0,25} = 4$$

- **Ponderación:**

La ponderación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia llevó a cabo en el caso en concreto es la siguiente:

$$P(P1, P2) \rightarrow \frac{0,25}{4} * \frac{0,25}{4} * \frac{0,25}{4} = 0,015625 = \frac{0,002441406}{64}$$

$$P(P2, P1) \rightarrow \frac{4}{0,25} * \frac{4}{0,25} * \frac{4}{0,25} = \frac{64}{0,015625} = 4,096$$

Así, analizando las variables de grado de afectación, peso abstracto y la probabilidad de certeza, la Corte Suprema de Justicia, respecto al conflicto presentado entre el derecho de Solidaridad en la estabilidad laboral reforzada y la libertad contractual, determinó que en la Sentencia de análisis SL-10538 de 2016, prima el derecho de libertad contractual, pues este derecho tiene un grado mayor de no satisfacción frente al derecho de solidaridad en la estabilidad laboral reforzada, por lo que se debe casar la Sentencia exonerando a la demandada

del reintegro laboral de la demandante y del pago de la indemnización contemplada en el Art. 26 de la ley 367 de 1997, negando la premisa de la existencia de una ilegalidad en la terminación de la relación laboral.

En el análisis de los dos derechos ponderados, se tiene que la solidaridad en la estabilidad laboral reforzada tiene un mayor costo en la medida de que el Estado en cumplimiento de sus fines, tiene la obligación de intervenir para garantizar el mínimo vital y la dignidad humana de todos los ciudadanos, en especial a aquellos que se puedan ver afectados por distintas situaciones, tales como su condición de salud. En ese orden, genera un impacto superior en la economía y sociedad como tal, pues implica que bien sea, voluntaria u obligatoriamente, se tenga que propender por las garantías que la Constitución otorga.

La decisión de la Corte aplicó el concepto de eficiencia, al priorizar el carácter objetivo de la decisión ciñendo su decisión estrictamente a los requisitos necesarios para que de manera objetiva se considere a una persona como en situación de discapacidad y cobijada por la estabilidad laboral reforzada.

Del análisis de la Sentencia se pueden resaltar 3 puntos objetivos que señaló la corte:

- La certificación de la pérdida de capacidad laboral debe darse durante la vigencia del contrato de trabajo.
- El empleador debe tener un indicio serio e inequívoco de la condición de discapacidad del trabajador.
- La discapacidad debe impedirle al trabajador el desempeño de sus funciones.

En relación con el análisis Costo-Beneficio de los derechos en conflicto, tenemos que es más viable en temas económicos la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, ya que, si la misma hubiera decidido NO casar la Sentencia, se hubiera generado para la Institución Universitaria un alto grado de afectación financiera al ser confirmada la condena en pago de salarios, prestaciones sociales y demás indemnizaciones a favor de la parte actora.

Si bien es claro que las personas en condiciones de discapacidad gozan del derecho de estabilidad laboral reforzada, no es correcto condenar al empleador a que asuma el costo anteriormente descrito cuando este no conocía de las condiciones de discapacidad de su trabajador y de manera adicional, cuando la fecha de estructuración de la discapacidad se dio con posterioridad a la finalización del vínculo laboral.

Los costos de la transacción en el presente caso se pueden observar desde el momento en que las partes toman la decisión de acudir a la vía jurisdiccional, incluyendo para ellos como partes privadas del proceso, lo relativo a pagos de honorarios de abogados, copias del proceso, peritajes y eventuales costas que se pueden generar para una u otra parte del proceso dependiendo de la decisión del juez.

Así mismo, para la administración de justicia se tienen algunos costos que implican un desgaste en términos de funcionarios quienes deben acudir a las audiencias, tales como los honorables jueces, secretarios, escribientes y demás funcionarios que deben estar al tanto del proceso, no solo en las audiencias sino en todas las etapas del mismo.

Al analizar los costos económicos al largo plazo, encontramos que, en caso de que la Corte no hubiera casado la Sentencia, los costos serían enormes para la Corporación universitaria, pues tendría que asumir los salarios debidos más las prestaciones y la reubicación de la demandante en un puesto de trabajo apropiado para sus características, recargando de esta manera su nómina de contratación. Respecto a la administración de justicia, la decisión no hubiera implicado un desgaste económico para el sistema de seguridad social, pues la obligación se recargaba solo en el demandado.

Por otro lado, la decisión de la Corte al casar la Sentencia del tribunal afectó a largo plazo la parte actora, ya que la dejó sin seguridad económica, sin ingresos, sin prestaciones sociales y sin la oportunidad de cotización en el sistema de seguridad social, máxime cuando está comprobado que a la parte demandante

se le diagnosticó una pérdida de discapacidad laboral del 42.93%, porcentaje muy cercano al indicado (50%) para solicitar la pensión de invalidez.

- **Costos de Protección:**

$$C(P1, P2) \rightarrow \frac{2(2)}{2(0)} = \frac{4}{1} = 4 \qquad C(P2, P1) \rightarrow \frac{2(0)}{2(2)} = \frac{1}{4} = 0,25$$

- **Económicos en el Largo Plazo:**

$$EE(P1, P2) \rightarrow \frac{2(2)}{2(0)} = \frac{4}{1} = 4 \qquad EE(P2, P1) \rightarrow \frac{2(0)}{2(2)} = \frac{1}{4} = 0,25$$

$$P(P1, P2) \rightarrow \frac{0,25}{4} * \frac{0,25}{4} * \frac{0,25}{4} * \frac{4}{0,25} * \frac{4}{0,25} = 0,25 = 0,0625$$

$$P(P2, P1) \rightarrow \frac{4}{0,25} * \frac{4}{0,25} * \frac{4}{0,25} * \frac{0,25}{4} * \frac{0,25}{4} = 4 = 16$$

3.3.1.2. Sentencia SU-049 de 2017 Corte Constitucional

En esta Sentencia, la Corte Constitucional analiza el caso de un trabajador que interpuso acción de tutela en contra de una empresa, por la presunta vulneración de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, argumentando que la accionada dio por terminado su segundo contrato de prestación de servicios, alegando una justa causa relacionada con el incumplimiento de sus obligaciones como contratista, a pesar de que la decisión fue notificada cuando se encontraba incapacitado producto de un accidente de trabajo que había sufrido. El problema jurídico que aborda la Corte en esta Sentencia gira entorno a establecer si la empresa vulneró el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada del contratista al dar por terminado el contrato de prestación de servicios de manera unilateral y anticipada sin obtener la autorización previa del inspector del trabajo, cuando el accionante padecía los efectos del accidente de origen profesional que le dificulta realizar sus funciones en condiciones regulares, para partir de allí analizar la viabilidad de la aplicación de la indemnización.

Para dar respuesta a este problema jurídico la Corte Constitucional analizó 3 aspectos a saber: el primero de ellos hace referencia a si la estabilidad laboral reforzada es una garantía que debe predicarse únicamente de las personas que cuentan con una calificación de pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda, el segundo de ellos gira en torno a si la estabilidad laboral reforzada es aplicable a las relaciones originadas en un contrato de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales subordinadas en la realidad y la tercera, consiste en determinar si la violación de la garantía de la estabilidad ocupacional reforzada en los contratos de prestación de servicios puede dar lugar a la indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361/97. Una vez abordados los tres aspectos antes mencionados, la alta Corte decide revocar el fallo proferido en segunda instancia por medio del cual se confirmó la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar amparar el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada vulnerado por la compañía contratante y en consecuencia ordenó a la entidad accionada la renovación del contrato de prestación de servicios al accionante, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el pago de la indemnización equivalente a 180 días de honorarios.

Para la Corte Constitucional la aplicación de la estabilidad ocupacional reforzada no solamente se limita a quienes han sido calificados con una pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda sino que se extiende a todas las personas que presenten una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares indistintamente del tipo de vinculación contractual, esto teniendo en cuenta, que la estabilidad laboral reforzada, tiene como fundamento en el Estado Constitucional, promover el respeto a la dignidad humana en todas sus modalidades, estableciendo unas condiciones dignas y justas para quienes presenten una afección en su salud.

Por lo anterior, es necesario analizar a quién le corresponde asumir aquellos costos que genera la protección del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, adquiriendo especial relevancia el principio de solidaridad, pues este

impone una carga al empleador y en el caso específico de esta Sentencia, al contratante, quien debe conservar el empleo hasta tanto no se tenga una justa causa debidamente aprobada por el Ministerio del Trabajo, sin perjuicio de las obligaciones de reubicación, capacitación y ajuste de las condiciones de trabajo existentes, lo cual claramente afecta la autonomía que tienen las partes para hacer valer las condiciones establecidas en los contratos, además de una limitación a la libertad de empresa, que podría llegar a desconocer lo preceptuado en el artículo 333 de la Constitución Política.

Al efectuar la formulación de la ley del peso, se establece el peso abstracto como: (P1) solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada y, (P2) la libertad de empresa, dado que, si bien es cierto que la libertad de empresa tiene una relevancia en la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad, cierto es también, que esta libertad de empresa no es absoluta y por ende puede llegar a restringirse por parte del Estado cuando se requiera proteger el interés general, dar aplicación al principio de solidaridad o algunas de las finalidades establecidas en la Constitución Política.

Con respecto al grado de afectación de (P1), frente al (P2) se evidencia una afectación moderada al principio de libertad de empresa frente a una mayor afectación de la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada, por cuanto, este último principio tiene como finalidad ampliar la cobertura y brindar protección a aquellas personas que por su estado de salud no pueden prestar sus servicios en condiciones normales, indistintamente del tipo de vinculación contractual, existencia de una calificación de pérdida laboral y/o certificación de la capacidad laboral.

Como consecuencia, el grado de afectación de la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada se formularía de la siguiente manera:

$$A(P1, P2) = \frac{2^2}{2^1 \cdot 2} = \frac{4}{2} = 2 \quad \text{---} \quad A(P1, P2) = \frac{2^1}{2^2 \cdot 4} = \frac{2}{8} = 0.25$$

Por lo anterior, la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada tendría un mayor grado de afectación frente a la libertad de empresa, dado que tenemos unos valores de comparación que son: 2 unidades versus 0,5 unidades.

La fórmula del peso abstracto sería:

$$W(P1, P2) = \frac{2^2}{2^1} = \frac{4}{2} = 2 \qquad W(P1, P2) = \frac{2^1}{2^2} = 0.5$$

De la representación anterior, se observa que, la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada (P1) tiene un peso medio (2^1), mientras que la libertad de empresa (P2) tiene un peso abstracto intenso (2^2). El peso abstracto de la libertad de empresa es menor (0,5), frente a la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada, que es mayor (2).

Por otro lado, la seguridad de las premisas empíricas en el caso de estudio (P1) solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada impacta colateralmente de forma plausible a (P2) libertad de empresa, debido a que la extensión de esta garantía en los contratos de prestación de servicios, aunque genera un mayor costo económico, implica una mayor aceptación o aprobación de la ponderación realizada.

$$S(P1, P2) = \frac{2^{-1}}{2^{-1}} = \frac{0.5}{0.5} = 1 \qquad S(P1, P2) = \frac{2^{-1}}{2^{-1}} = \frac{0.5}{0.5} = 1$$

$$P(P1, P2) = \frac{2}{0.5} * \frac{2}{0.5} * 1 = 16$$

La ponderación de la libertad de empresa frente a la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada tiene un grado menor de no satisfacción y en consecuencia se debe proteger el derecho del contratista frente a la estabilidad ocupacional reforzada, de acuerdo con lo siguiente:

$$P(P1, P2) = \frac{0,5}{2} * \frac{0,5}{2} * \frac{1}{1} = 0.0625$$

Al analizar el costo-beneficio en el principio de solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada, se observa que el ejercicio de la libertad de empresa genera un mayor impacto económico, toda vez que los contratantes tendrán que afrontar esta nueva realidad jurídica, asumiendo los costos que puedan generarse con ocasión a la garantía de la estabilidad ocupacional reforzada que se pregona en favor del contratista, quienes en coordinación con el Estado deberán propender por sufragar estos gastos y disminuir estas brechas de diferencias que existen entre los vínculos contractuales.

Así mismo, es necesario analizar los costos económicos de monitoreo y ejecución forzosa de dicha decisión, previendo además que las decisiones que se adopten al momento de la ponderación pueden llegar a modificar la línea jurisprudencial y el precedente para fallar casos similares.

Frente a los costos de la protección, debe tenerse en cuenta que el precio de la defensa del principio de la solidaridad en la estabilidad ocupacional reforzada versus el principio de libertad de empresa, es alto, pues el P1 genera un impacto en la autonomía de la voluntad de las partes para determinar sus condiciones contractuales, ya que la facultad de dar por terminado el contrato por parte del contratante estaría supeditada a esa variable.

$$C(P1, P2) = \frac{2^1}{2^2} = \frac{2}{4} = 0,5 \qquad C(P1, P2) = \frac{2^2}{2^1} = \frac{4}{2} = 2$$

Respecto a las implicaciones económicas en el largo plazo de la protección de P1 frente a P2, podrían ser elevadas, dado que, al brindar la garantía de P1 se genera una carga para el contratante quien deberá proteger el empleo de aquellas personas que presenten una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente la prestación de sus servicios en condiciones normales, hasta tanto no medie una justa causa debidamente convalidada por el inspector

del trabajo para que desaparezca dicha protección, lo anterior lleva implícito que la terminación del vínculo debe estar supeditada a la autorización y no a la voluntad de las partes inicialmente materializada en el contrato, así mismo, debe indicarse que la omisión de dicho trámite ante la autoridad competente acarrea para el contratante el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las obligaciones de reubicación y capacitación a que hubieren lugar.

De la misma manera, se denota que podría generarse un impacto a futuro para las entidades del sistema de seguridad social, quienes deberán asignar un presupuesto destinado al cubrimiento de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la garantía de P1, en función del principio de solidaridad.

$$EE(P1,P2) = \frac{2^2}{2^1 \cdot 2} = \frac{4}{2} = 2 \qquad EE(P2,P1) = \frac{2^1}{2^2 \cdot 4} = \frac{2}{8} = 0,25$$

La representación de la ley del peso en este caso, integrando los elementos del análisis económico del derecho sería:

$$P(1,2) = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1 \cdot 0,5 \cdot 2}{0,5 \cdot 0,5 \cdot 1 \cdot 2 \cdot 0,5} = 16 \qquad P(2,1) = \frac{0,5 \cdot 0,5 \cdot 1 \cdot 2 \cdot 0,5}{2 \cdot 2 \cdot 1 \cdot 0,5 \cdot 2} = 0,0625$$

3.3.1.3. Sentencia SL-1360 de 2018 de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia

En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Laboral, presenta una nueva postura en relación con el contenido y alcance de la presunción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al analizar el caso de un trabajador que demandó a su empleador solicitando el reintegro al cargo, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su despido hasta la fecha en que se efectuara su reintegro. En subsidio, solicitó se condenara al demandado al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las costas del proceso. Lo anterior fundamentado en el hecho de que sufrió un accidente de trabajo durante la vigencia de la relación

laboral que le ocasionó una pérdida de capacidad para laborar del 39.33% y que, a pesar de lo anterior, el empleador terminó el contrato de trabajo sin previa autorización de la autoridad del trabajo, razón por la cual consideró que el verdadero motivo para su despido fue su discapacidad como un motivo oculto. Por su parte, la Compañía indicó que el despido del demandante obedeció a su comportamiento agresivo y hostil con sus compañeros de trabajo, a quienes amenazó incluso con la muerte; sin embargo, no despidió al demandante con justa causa legal, sino que le pagó la indemnización por despido injusto.

La Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó la Sentencia de primera instancia que resolvió condenar a la Compañía únicamente al pago de la indemnización de perjuicios por despido en estado de limitación física, es decir, a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En su lugar ordenó el reintegro, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, principalmente por considerar que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el despido de una persona en condición de discapacidad se presume discriminatorio.

En esta Sentencia se contraponen los principios de solidaridad en la estabilidad laboral reforzada y el principio de libertad de empresa en la potestad de dirección y organización empresarial, ya que la empresa alega inseguridad jurídica en la aplicación judicial de la protección a la estabilidad laboral reforzada, restringiendo la maniobrabilidad del empresario en su estructura de talento humano, desestimando al conglomerado empresarial a contratar personas con algún tipo de limitación física, hecho que afecta directamente a los trabajadores.

La libertad de empresa hace referencia a la libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte. Así mismo la Jurisprudencia Constitucional entiende la libertad de empresa, también denominada libre iniciativa privada, como *“aquella facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios”*. En ese sentido, la libertad de empresa puede definirse como aquella garantía que *“se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente*

de capital) para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias". (Sentencia C-228 de 2010)

La libertad de empresa es un derecho de naturaleza económica que se reconoce a los particulares por motivos de interés público pero que no es en sí mismo, un derecho fundamental, ya que las libertades económicas no son absolutas y el Estado tiene la posibilidad de intervenir en la economía y el libre desarrollo empresarial. Sin embargo, esta intervención no se puede dar de manera arbitraria, por lo que este derecho cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental podría elevarse a esta categoría.

Tal como se establece en la Constitución Política, la libertad de empresa tiene una función social que implica obligaciones, por lo tanto, el empresario deberá orientar su actuar lucrativo no sólo a la producción de bienes y servicios en pro de una utilidad, sino además debe dar cumplimiento a esa función social cooperando con el desarrollo y crecimiento económico de la nación, apoyando la cohesión social y, promoviendo el respeto por los derechos fundamentales de los individuos.

Por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, la Compañía le atribuyó al fallo la violación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en la medida que este precepto no establece una presunción de hecho o de derecho por despedir a una persona en situación de discapacidad, sin autorización administrativa. Sumado a lo anterior, propuso cargos por la vía indirecta por la ocurrencia de errores de hecho.

Para resolver los cargos, la Corte Suprema de Justicia llevó a cabo la ponderación de los principios que se contraponen, teniendo en cuenta el grado de afectación entre los mismos, así, estableció que las medidas adoptadas en favor de las personas en situación de discapacidad tienen una particular proyección en el campo laboral, donde de forma idéntica a otros ámbitos sociales, se asientan fuertes actitudes, estructuras y prácticas empresariales tendientes a anular o dejar sin efecto el reconocimiento y disfrute de los derechos

de los trabajadores con deficiencias físicas, sensoriales y mentales, por lo que para prevenir esa alta afectación, llevada a cabo por los actores empresariales de la sociedad bajo el postulado del principio a la libertad de empresa, es que se han desarrollado medidas como la consagrada en los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política de Colombia, la adopción de normas internas como la Ley 361 de 1997, la Ley 1618 de 2013 y en el campo internacional la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas en situación de discapacidad de la OEA, y la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Por otro lado, en cuanto al peso abstracto, esto es, el nivel jerárquico que ocupa el principio de cara a los valores de la sociedad o de las circunstancias objeto de análisis, la Corte Suprema de Justicia indicó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una estabilidad absoluta, incondicional e indisoluble para el empleado discapacitado, ya que lo que prohíbe la norma son los despidos fundados en motivos discriminatorios, de manera que el nivel jerárquico que ocupa el principio de la estabilidad en el empleo es alto bajo el entendido de que este tipo de protecciones generan avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza ya que usualmente, si los trabajadores en situación de discapacidad encuentran barreras para el pleno desarrollo y goce de sus derechos, es por el entorno, las estructuras, prácticas y los prejuicios existentes que impiden su integración laboral.

Conforme lo anterior, la Corte Suprema también evaluó el grado de certeza de que si no se seguía protegiendo en un mayor grado el principio a la estabilidad laboral reforzada en comparación la libertad de empresa, no podría satisfacerse ninguno de los dos adecuadamente, por lo que finalmente concluyó necesario abandonar su criterio sentado en la Sentencia CSJ SL-36115 y reiterada en la Sentencia SL-35794, en la que se adoctrinaba que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso; en su lugar, postuló que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

Grado de Afectación: A

$$A1 = 2^2 = 4$$

$$A2 = 2^1 = 2$$

$$A(P1, P2) = 2^2/2^1 = 2 \quad A(P2, P1) = 2^1/2^2 = 0.5$$

Peso Abstracto: W

$$W1 = 2^2 = 4$$

$$W2 = 2^1 = 2$$

$$W(P1, P2) = 2^1/2^1 = 2 \quad W(P2, P1) = 2^1/2^2 = 0.5$$

Seguridad de las premisas empíricas: S

$$S1 = 2^0 = 1$$

$$S2 = 2^{-1} = 0.5$$

$$S(P1, P2) = 2^0/2^{-1} = 2 \quad S(P2, P1) = 2^{-1}/2^0 = 0.5$$

Fórmula Ley del peso:

Principio 1 contra el principio 2:

$$P(1,2) = 4/2 * 4/2 * 1/(0.5) = 16/8 = 2$$

Principio 2 contra el principio 1:

$$P(1,2) = 2/4 * 2/4 * (0.5)/1 = 8/16 = 0.5$$

Al ponderar estos dos principios bajo la ley del peso, encontramos que la solidaridad en la estabilidad laboral reforzada es de mayor impacto (2) frente a la libertad de empresa en la potestad de dirección y organización empresarial (0.5), en la medida que el primer principio vela por la protección de dignidad humana, la salud y la vida digna de las personas en estado de debilidad

manifiesta, siendo el segundo protector del derecho del empresario de organizar su negocio y disponer del talento humano.

Darle preponderancia a la libertad empresarial, podría afectar gravemente a las personas en estado de debilidad manifiesta, estando en contra del estado social de derecho y de la función social de debe tener la empresa.

Al efectuar el análisis de los dos principios a luz de la de la eficiencia y la forma como fue aplicado este concepto en el caso objeto de estudio, se tiene que esta eficiencia fue aplicada al principio de Solidaridad en la Estabilidad Laboral Reforzada, como el criterio central sobre el cual deben desarrollarse todos los demás criterios que conforman el ordenamiento jurídico y las decisiones de los jueces, en especial aquellas decisiones que van a tener gran repercusión económica, por cuanto la aplicación de la Ley 361 de 1997, fue concebida para establecer mecanismos de integración social de la personas con limitación.

La eficiencia aplicada en la Sentencia, ratifica la finalidad principal de la protección, vale la pena traer a colación la posición que en su momento tenía la Corte Suprema de Justicia, en la que establecía que: *“... no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el*

contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento (CSJ Sentencia 39207 del 28 de agosto de 2012)

Para determinar y lograr alcanzar la armonización entre el costo –beneficio del impacto alcanzado con esta Sentencia, resulta necesario encontrar de manera alternativa y sostenible el equilibrio entre el impacto y manejo de los recursos que permitan salvaguardar y/o proteger los derechos fundamentales, que para el caso sub examine, se tiene que están en juego derechos como la protección al empleo digno y a la seguridad social, el cual es una protección fundamental, que el Estado debe garantizar, ya que es conexo a derechos como la dignidad humana, la salud y el mínimo vital y móvil, derechos que para el Estado también tiene sus consecuencias negativas.

3.3.1.4. Sentencia SU-040 de 2018 de la Corte Constitucional

En este caso una trabajadora interpuso acción de tutela con el objeto de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a una vida digna, al trabajo y a la igualdad, los cuales, presuntamente fueron vulnerados por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C al terminar unilateralmente su contrato de trabajo sin tener en cuenta su condición de salud (polineuropatía diabética funcional para la marcha- trastorno depresivo, entre otras). La demandante había sido contratada mediante contrato de prestación de servicios por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, como operador de recepción en la línea de emergencias 123, por el término de 10 meses y en el marco de una política de inclusión social establecida en la Directiva 10 de 2015, la cual, fue expedida en virtud del Plan de Desarrollo "Bogotá Humana 2012-2016". La Corte Constitucional procedió a resolver el siguiente problema jurídico: ¿existe derecho a la estabilidad laboral reforzada en una persona en situación de discapacidad, pensionada por invalidez y vinculada con la administración distrital en virtud de una política de inclusión social con carácter temporal y por consiguiente, se violan sus derechos fundamentales al finalizar la relación laboral por vencimiento del plazo convenido y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo?

Respecto a dicha problemática, la Corte aclaró que la terminación del contrato no es injustificada ni puede enmarcarse como discriminatoria, por la inexistencia de una estabilidad ocupacional reforzada en esta ocasión, ya que, la contratación era derivada de una política pública especial. Por ello, no era necesario que para la terminación del contrato de la accionante se contara con la autorización del Ministerio de Trabajo y por ende, no resulta aplicable la sanción contenida en la Ley 361 de 1997, más sí el reconocimiento de las prestaciones sociales correspondientes.

En este caso, (P1) la Corte Constitucional consideró que el grado de afectación del principio de solidaridad en la estabilidad laboral reforzada de la accionante era leve porque: *“la terminación del mismo no es injustificada ni puede calificarse de discriminatoria al no existir, se repite, estabilidad ocupacional reforzada en esta ocasión, por tratarse de una contratación derivada de una política pública especial. Así las cosas, no era necesario que para la terminación del contrato de la señora María Eugenia Leyton se contará con la autorización del Ministerio de Trabajo y por tanto no es aplicable la sanción contenida en la Ley 361 de 1997, más sí el reconocimiento de las prestaciones sociales correspondientes”*. (Corte Constitucional, SU - 040/18)

En este caso, la formulación de la ley del peso con el análisis del grado de afectación, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas o el grado de certeza P (1,2) es el peso abstracto del principio de solidaridad en la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad (P1) frente al derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de discapacidad (P2).

$$P(1,2) = A1 + W1 + S1 \quad \underline{\quad} \quad \underline{\quad}$$

$$A2 \quad W2 \quad S2$$

Por otra parte, (P2) se analiza que la afectación al derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de

discapacidad, se considera con un alto grado de afectación, toda vez, que está claramente se ve limitada en las ejecuciones que se realiza durante la vigencia de sus políticas públicas pues se entienden adoptadas con carácter temporal y de conformidad a las necesidades de la entidad distrital. A su vez, se evidencia que la vinculación de la accionante obedeció a una política pública de inclusión específica, ya que, esta pertenecía a una población en situación de discapacidad, adicionalmente, la terminación de la dicha relación contractual no se dio en manera alguna, por motivo de su discapacidad ni mucho menos se trató de un acto de discriminación, toda vez que, la finalización del contrato de prestación de servicios, se dio por motivo del vencimiento del término inicialmente pactado y a la respectiva perdida de la vigencia de la política pública distrital por la cual había sido contratada. En consecuencia, (P2) obligar a la administración distrital a mantener una protección establecida mediante una política pública que carece de vigencia, manteniendo los beneficios de un programa adoptado por el gobierno anterior, resultaría en un grado de afectación grave al amplio margen de acción que le asiste a la administración distrital para desarrollar los planes de gobierno que generen inclusión de las personas en condición de discapacidad.

En consecuencia, la representación numérica sería: P1 al tener un grado de afectación leve, su valor numérico se podía representar como 2^0 , es decir, 1; mientras que el grado de afectación de P2 se puede representar como 2^2 , es decir, 4. Por lo que la variable se puede expresar como:

$$\begin{array}{cc}
 Ap_{1,p_2} = 2^0 = 1 = 0,25 & Ap_{2,p_1} = 2^2 = 4 = 4 \\
 2^2 \quad 4 & 2^0 \quad 1
 \end{array}$$

Respecto de la segunda variable, correspondiente al peso abstracto (W) del principio de solidaridad en la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad (P1) frente al derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de discapacidad (P2), su representación numérica sería: P1 al tener un peso moderado abstracto, su valor numérico se

podía representar como 2^1 , es decir, 2; mientras que el peso abstracto de $P2$ se puede representar como 2^2 , es decir, 4. Por lo que la variable se puede expresar como:

$$Wp_1p_2 = \frac{2^1}{2^2} = \frac{2}{4} = 0,5 \qquad Wp_2p_1 = \frac{2^2}{2^1} = \frac{4}{2} = 2$$

Ahora bien, respecto el grado de certeza que favoreciendo un derecho se podría afectar al otro, la representación numérica sería: $P1$ al tener un grado de certeza moderado, su valor numérico se podía representar como 2^1 , es decir, 2; mientras que el grado de certeza de $P2$ es leve y se puede representar como 2^0 , es decir, 1. Por lo que la variable se puede expresar como:

$$Sp_1p_2 = \frac{2^0}{2^1} = \frac{1}{2} = 0,5 \qquad Sp_2p_1 = \frac{2^1}{2^0} = \frac{2}{1} = 2$$

La fórmula del peso en el caso estudiado, quedaría así, desde la perspectiva del principio de solidaridad en la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad ($P1$):

$$Pp_1p_2 = \frac{1}{4} * \frac{2}{4} * \frac{1}{2} * \frac{1}{16} = \underline{0.0625}$$

A su vez, el peso abstracto del derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión, mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de discapacidad ($P2$), se representa de la siguiente manera:

$$Pp_2p_1 = \frac{4}{1} * \frac{4}{2} * \frac{2}{1} = \underline{16}$$

El análisis de costo beneficio nos permite identificar que frente a la alternativa de dar primacía a la solidaridad en la estabilidad laboral reforzada de una persona en condición de discapacidad, se generaría la posibilidad de una negación de contratación para este grupo poblacional por parte del Estado, debido a que resulta una carga gravosa para la administración distrital, al tener que mantener los vínculos laborales más allá de la temporalidad que comprende la implementación de determinada política pública.

Por otro lado, frente a la alternativa de proteger el derecho de las administraciones distritales de desarrollar sus políticas públicas para la inclusión de las personas en condición de discapacidad, es evidente que resulta favorable permitir que la administración cuente con un amplio margen de acción que la faculte cada cuatro años para elaborar un programa de gobierno que se ajuste a las necesidades de este grupo poblacional y de las administraciones distritales, y de esta forma, permitir que otras personas en condición de discapacidad puedan acceder a los beneficios que se otorgan en el marco de las políticas que cada distrito pretenda desarrollar. Mientras que, si se le impone a la administración mantener la vinculación de personas que previamente fueron beneficiadas con una política que ya no se encuentra vigente, se negaría el acceso al mismo derecho a personas que se encuentran en las mismas condiciones de debilidad. A través de la optimización de recursos para el funcionamiento estatal se puede dar acceso a la inclusión social al mayor número de personas en condición de discapacidad y no generar con ello, pérdidas económicas en el presupuesto asignado a las entidades estatales.

Respecto a los costos de transacción, en este caso los costos que asume la administración que se encuentre en curso, corresponden a publicidad, contratación de talento humano idóneo, planeación de actividades entre otros, lo cual en caso mediante decisión judicial se imponga a la administración el deber de asumir el mandato y el desarrollo de las políticas de inclusión con la responsabilidad de aceptar la estabilidad laboral reforzada, de aquellas personas que se encuentran contratadas en la política del gobierno anterior, generaría costos altísimos que no fueron presupuestados al momento en que se realizaron los estudios para la implementación de las políticas.

El costo de protección de la solidaridad en la estabilidad laboral reforzada de una persona en condición de discapacidad frente al derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de discapacidad, es más alto. Ya que implica mantener vinculadas a la entidad a las personas en condición de discapacidad por un tiempo que, puede ser indeterminado y genera un mayor costo a una posible implementación de una

nueva política pública por la nueva administración y, que la contracción debe ser por un determinado tipo de contrato para este grupo de personas.

$$P_{(1,2)} = \frac{A^1}{A^2} * \frac{W^1}{W^2} * \frac{S^1}{S^2} * \frac{C^1}{C^2} * \frac{EE^1}{EE^2}$$

Los costos de protección a la estabilidad laboral reforzada de una persona en condición de discapacidad ($P1$) frente al derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de discapacidad ($P2$). El costo de protección de $P1$ es más alto frente al costo de protección de $P2$ que es moderado lo cual se representa de la siguiente manera:

$$C(p_1, p_2) = \frac{2^2}{2^1} = \frac{4}{2} = 2 \quad C(p_2, p_1) = \frac{2^1}{2^2} = \frac{2}{4} = 0.5$$

Frente a los efectos económicos a largo plazo de acuerdo con lo establecido en el punto anterior, tenemos que $P1$ representa un mayor costo frente a $P2$ que tiene un costo moderado:

$$EE(p_1, p_2) = \frac{2^2}{2^1} = \frac{4}{2} = 2 \quad EE(p_2, p_1) = \frac{2^1}{2^2} = \frac{2}{4} = 0.5$$

Aplicando la fórmula de ley del peso integrado al análisis económico ($P1$) del derecho a la estabilidad laboral reforzada de una persona en condición de discapacidad frente al ($P2$) derecho que tiene la administración distrital para la adopción de medidas de protección e inclusión mediante políticas públicas dirigidas a la población en condición de discapacidad, se representaría así:

$$P(1,2) = \frac{1 * 2 * 1 * 4 * 4}{4 * 4 * 2 * 2 * 2 * 4} = 1 = 0,25 \quad P(2,1) = \frac{4 * 4 * 2 * 2 * 2}{1 * 2 * 1 * 4 * 4} = 4$$

Como conclusión de este capítulo, el análisis de las cuatro Sentencias seleccionadas nos permite reflexionar sobre si acaso la ponderación sería suficiente, si se utilizaría un test de proporcionalidad o si sería necesario crear un test de solidaridad específico. A partir de la aplicación de la ponderación a las Sentencias seleccionadas incorporando los criterios del análisis económico del derecho, se considera que el método de la ponderación resulta suficiente para resolver aquellos casos difíciles donde no es posible para el Juez aplicar el método de la subsunción, al tratarse de una herramienta que no solo busca analizar la prevalencia de un derecho o un principio frente a otro, sino que también analiza el impacto económico que podría traer consigo la decisión en un largo plazo, buscando una integración entre el derecho y la economía.

El método de ponderación permite que el estudio del caso se realice bajo criterios más amplios desde la economía, la sociología o la filosofía, los cuales brindan más herramientas al juez que los criterios tradicionales del estudio de la norma a través de un silogismo, es decir, conforme a lo señalado por MacCormick y las teorías neoinstitucionales se presenta tanto la justificación interna que es aquella que recurre a normas del sistema jurídico y se limita a la congruencia de la norma general vigente y la norma concreta del fallo, como la justificación externa basada en normas que no pertenecen a dicho sistema que fundamenta la Sentencia, tales como las costumbres, principios morales, juicios valorativos e incluso los costos de transacción, también pueden ser los costos derivados de las actividades del Estado, al ser estos desde la perspectiva neo - institucional, la unidad básica de medición económica (Mercurio et al., 2006)

Desde el marco teórico planteado, la consagración de un derecho no tiene posibilidades reales de exigibilidad si la contrapartida no es la consagración del mecanismo judicial correspondiente para hacerlo valer, para investigar su violación y para sancionar a los responsables de esa violación. Sin mecanismos

judiciales de garantía los derechos fundamentales no serían más que declaraciones de principio o expresiones de buenas intenciones, sin posibilidades reales de servir para aquello para lo cual han sido concebidos; tienen sentido en la medida en que sean herramientas eficaces para preservar la dignidad de la persona humana.

El papel de los jueces es trascendental: es la autoridad responsable de darles vida a los derechos: obligar su cumplimiento, investigar, juzgar y sancionar los incumplimientos y reconocer a las víctimas de violaciones de derechos mecanismos de reparación adecuados.

La insolidaridad es una realidad negativa que impide a los seres humanos acceder a sus más elevadas aspiraciones, gozar de legítima autonomía, desenvolver libremente su personalidad, participar de modo activo en la vida pública y demandar de las autoridades y de los particulares el más absoluto respeto por su indeclinable dignidad.

Finalmente, teniendo en cuenta la postura y el análisis realizado en las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia SU 049 de 2017, se pueden identificar tres dimensiones que harían parte del test de solidaridad que complementarían la ponderación integrada con los elementos del Análisis Económico del Derecho.

- i. Es una pauta de comportamiento según la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones.
- ii. Es criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales.
- iii. Es límite de derechos propios.

3.3.2. El test de vulnerabilidad y la condición de no-resiliencia

Durante el periodo comprendido entre los años 2018 y 2021 (ver entre otras las Sentencias SU003-18, T-029/18, T-304/18, T-436-18, T-122/19) hizo carrera dentro de la Corte Constitucional una postura teórica respecto de un requisito para la procedencia de la protección de derechos a través de la acción de tutela conocida

como test de vulnerabilidad y condición de no resiliencia, que tuvo en el magistrado Carlos Bernal Pulido como su ponente más visible y a la Magistrada Diana Fajardo Rivera como su mayor detractora.

Dicho test, que tiene como fundamento el carácter subsidiario de la acción de tutela, busca valorar la eficacia de los otros medios de protección de los derechos a partir de, inicialmente, dos criterios: 1) la situación de riesgo del tutelante y 2) su capacidad de resistir esa situación específica de riesgo satisfaciendo sus necesidades básicas mientras se pueda agotar el mecanismo ordinario, a lo cual se le ha llamado “resiliencia”. (Sentencia T 304 de 2018)

El primer criterio, que se refiere a la constatación del riesgo al que está expuesto el tutelante implica valorar las circunstancias en la que éste se encuentra incluyendo, entre otros a su pertenencia a una de las categorías de especial protección constitucional, su situación personal de pobreza, de analfabetismo, discapacidad física o mental, o de encontrarse en un situación resultado de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales y humanitarias, o que deriva de causas relativas a la violencia política, ideológica o del conflicto armado interno.

El segundo criterio implica constatar si el accionante, frente a la situación de riesgo a la que se encuentra expuesto, es capaz de resistir dicha situación con ayuda del entorno, determinando el grado de autonomía o dependencia para la satisfacción de sus necesidades básicas y el nivel de seguridad con que podría resistir mientras se agota la duración estimada del trámite del mecanismo ordinario. De esa manera si la persona no está en capacidad de resistir, se le considera vulnerable y por tanto es procedente su amparo a través de la acción de tutela.

Posteriormente, en Sentencia T 304 de 2018, la Sala decidió establecer dos criterios adicionales 1) la intensidad de la probable afectación de los derechos fundamentales del accionante; y 2) el nivel de complejidad probatoria de la controversia que se pretende resolver por medio de la tutela. En este sentido, la sentencia señala que si la afectación es demasiado alta, tiene lugar con ocasión de un acto administrativo y el debate que plantea cuenta con un nivel bajo de complejidad, en caso de que tal acto sea contrario a la Constitución, no puede

seguir haciendo parte del ordenamiento jurídico bajo el amparo de la presunción de legalidad, mientras se define un litigio.

Son varias las críticas que se realizan al test de vulnerabilidad y no resiliencia, en la manera como lo planteó la Corte Constitucional:

1. Implica una carga adicional y desproporcionada para los sujetos de especial protección constitucional, toda vez que hace más gravosa su situación, en pugna con el principio de igualdad y el acceso a la administración de justicia y cierra la puerta para que dichos individuos acudan a este trámite excepcional a invocar la salvaguarda de sus derechos fundamentales, impidiéndoles obtener un amparo oportuno y eficaz.
2. Se plantea una nueva concepción de la eficacia de los mecanismos ordinarios para la protección de los derechos basada en la vulnerabilidad del accionante, restringiendo la valoración judicial acerca de la oportunidad y la integralidad de los recursos judiciales, tanto para personas vulnerables como para no vulnerables, limitándola a las condiciones personales del accionante.
3. Desaparece el concepto de idoneidad del mecanismo ordinario, referido a la aptitud para resolver un problema jurídico, tomando en consideración todas sus dimensiones constitucionales, así como las condiciones personales del accionante.
4. La capacidad de recuperación que pueda tener un sujeto frente a los embates de la vida, que es diferente en cada persona, no implica que la violación o amenaza de un derecho, extingan las obligaciones del Estado frente a cada individuo.
5. Desde ese enfoque teórico la resiliencia ya no tendría la connotación positiva con la que actualmente se concibe y resultaría mejor no desarrollarla ni estimularla para no perder el acceso a la justicia constitucional.

Al respecto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha diseñado un *test de vulnerabilidad* que depende de cinco factores: i) el contexto que causa la desprotección, ii) el grado de exposición a un riesgo o limitación, iii) el nivel de afectación potencial o real en relación con una amenaza de conformidad con las características del grupo que la soporta; iv) la intensidad, frecuencia y duración de la amenaza o situación y v) la capacidad de reacción o de agencia.

Por su parte, el artículo 4.27 de la Ley 1523 de 2012 indica que la vulnerabilidad es: "(...) la susceptibilidad o fragilidad física, económica, social, ambiental o institucional que tiene una comunidad de ser afectada o de sufrir efectos adversos en caso de que un evento físico peligroso se presente. Corresponde a la predisposición a sufrir pérdidas o daños de los seres humanos y sus medios de subsistencia, así como de sus sistemas físicos, sociales, económicos y de apoyo que pueden ser afectados por eventos físicos peligrosos".

3.3.3. Los Pisos de Protección Social como mecanismo para fomentar la inclusión laboral de trabajadores con pérdida de capacidad laboral

A pesar del reconocimiento de la seguridad social como un derecho humano y el desarrollo de convenios y recomendaciones sobre seguridad social por parte de la OIT, la gran mayoría de la población mundial todavía no tiene acceso a la protección de la seguridad social.

Para abordar esta brecha de protección global, la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001 decidió dar la máxima prioridad a llevar la seguridad social a quienes no están cubiertos por los regímenes existentes. En 2003, la OIT lanzó la Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura e inició varios estudios sobre este tema. Se llegó a la conclusión de que la deficiencia básica de los instrumentos de la OIT existentes radica en la falta del requisito del acceso universal a al menos un conjunto básico de prestaciones.

Como resultado, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en 2008 la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, que reafirmó el compromiso de extender la seguridad social a todos los que necesitan dicha protección en el marco del Programa de Trabajo Decente.

La Conferencia Internacional del Trabajo de 2011 reconoció que "la tarea de globalizar la seguridad social requiere que la OIT complemente el conjunto actual de normas actualizadas con un nuevo instrumento de alto impacto" y adoptó la idea de establecer pisos de protección social nacionales. Se decidió que se necesitaba

una nueva recomendación para complementar las normas existentes y proporcionar una orientación flexible pero significativa a los Estados miembros en la construcción de pisos de protección social dentro de sistemas integrales de seguridad social adaptados a las circunstancias y niveles de desarrollo nacionales. (Dijkhoff et al., 2018)

El principal objetivo de esta Recomendación sería 'proteger a las personas actualmente desprotegidas, a los pobres y a los más vulnerables, incluidos los trabajadores de la economía informal y sus familias, para garantizar que puedan disfrutar de una seguridad social esencial eficaz a lo largo del ciclo de vida '. En consecuencia, en junio de 2012, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Recomendación 202 de Pisos de Protección Social autónoma de 2013.

La cobertura de los beneficios todavía se concentra en gran medida en los trabajadores urbanos y sus familias en la economía formal, e incluso entonces los trabajadores migrantes tienen poco acceso. La mayoría de las personas en la economía informal, donde las mujeres y los pequeños agricultores están representados de manera desproporcionada, solo tienen acceso rudimentario, si es que tienen acceso, transferencias o beneficios en efectivo básicos. Su acceso a servicios sociales y sanitarios esenciales asequibles (incluido el suministro de agua potable) es igualmente deficiente.

Se concibió el concepto de piso de protección social nacional para que constara de dos elementos principales que ayuden a hacer realidad los derechos humanos, por un lado los servicios esenciales para asegurar la disponibilidad, continuidad y acceso a los servicios públicos (como agua y saneamiento, salud, educación y apoyo al trabajo social centrado en la familia); por otro lado las transferencias sociales como un conjunto básico de transferencias sociales esenciales, en efectivo y en especie, pagadas a los pobres y vulnerables para mejorar la seguridad alimentaria y la nutrición, proporcionar una seguridad de ingresos mínima. y acceso a servicios esenciales, incluida la educación y la atención médica.

Lamentablemente, la idea de que la seguridad de los ingresos y la disponibilidad, continuidad y acceso a los servicios esenciales son dos elementos diferentes de la

protección social, no se refleja en el título ni en el contenido de la Recomendación 202. De hecho, la Recomendación 202 solo cubre la transferencia social forma parte de un piso de protección social, aunque esto no se ha hecho explícito.

Ahora bien, el principal objetivo de la Recomendación es orientar a los Estados miembros en el establecimiento y mantenimiento de pisos de protección social como elemento fundamental de sus sistemas nacionales de protección social. A su vez, describe una serie de garantías básicas que involucran la protección de la salud y los ingresos:

Las autoridades nacionales son libres de elegir qué formas de protección social consideran convenientes, siempre que los ciudadanos tengan acceso efectivo a un paquete de beneficios básicos durante su ciclo de vida que les permita vivir sus vidas con dignidad. Con el fin de promover la creación de esquemas de protección social justos, equitativos y universales, la Recomendación contiene una extensa lista de principios que deben aplicarse con respecto a todos los elementos de un piso de protección social nacional. Esta lista refleja lo que la comunidad internacional considera importante. para que se cumplan las medidas de protección social.

La OIT, los gobiernos, los empleadores y los empleados, con sus diferentes antecedentes, experiencia e intereses. Esto queda ilustrado por el hecho de que el cuestionario inicial elaborado por la OIT abordó doce principios, mientras que el texto final incluye diecinueve principios. La necesidad de consenso ha hecho que la lista sea larga, un poco confusa y, a veces, superpuesta.

Además, los diversos principios y su relevancia para un piso de protección social no se explican sistemáticamente la falta de coherencia y transparencia con respecto a los valores fundamentales que subyacen a la seguridad social puede afectar la aplicabilidad y el impacto de la recomendación en la práctica, y obstaculizar el desarrollo de la seguridad social. Se formuló un conjunto de principios practicables que pueden utilizarse tanto como una herramienta de política como un marco de evaluación para la creación, mantenimiento y supervisión de los diferentes esquemas que en conjunto componen un piso nacional de protección social.

Con la adopción de la Recomendación sobre los pisos de protección social de 2012, el mundo ha dado un paso significativo hacia la realización del derecho humano a la seguridad social al definir las garantías básicas de seguridad social que deberían ser accesibles para todos a través del piso de protección social y al comprometerse a alcanzar niveles más altos de protección tan pronto como personas, como sea posible.

Esto se debe a que la Recomendación 202 ofrece una hoja de ruta a los países para el diseño e implementación de sistemas integrales de protección social y pisos de protección social como componentes integrales de tales sistemas. Orienta a los Estados miembros en la ampliación de la seguridad social, con el objetivo de alcanzar la protección social universal de forma progresiva y sostenible. De esta manera, no es solo una herramienta legal sino también una herramienta política.

La protección social incluye la seguridad social, pero dada la dimensión de la economía informal y la masiva y persistente pobreza, el concepto de protección social debe incluir la idea del empleo productivo y la reducción de la pobreza.

El Convenio 102 de 1952, norma mínima de seguridad de la OIT, incluye definiciones estrictas por cada riesgo social y contempla tres métodos de transferencia de recursos: seguridad social, asistencia social y beneficios universales, con una clara preferencia por la seguridad social. Por su parte, la Recomendación 202 utiliza la fórmula “seguridad básica del ingreso”, la cual incluye todas las posibles medidas que puedan servir para cumplir con su objetivo; asimismo los grupos objetivos “niños”, “personas en edad activa que no devengan o suficiente” y las “personas mayores” no se constituyen en limitantes.

A su vez, el término “garantía” refleja un enfoque en resultados y no en métodos o técnicas como era el caso del Convenio 102. Por ejemplo, la seguridad en el ingreso para personas en edad activa puede incluir seguros por la pérdida de cosechas debido a desastres naturales o a la pérdida de herramientas; o programas para fortalecer la productividad.

La ambivalencia detrás del concepto de protección social puede venir del hecho de que la protección de los trabajadores frente al empleo siempre ha sido el interés central de la actividad de la OIT, por lo que puede ser cierto que las instancias más conservadoras de los sindicatos y de los empleadores fueron parte de la barrera para desarrollar un instrumento que fuera más allá de la protección efectiva de los trabajadores.

Mirando más de cerca la estructura de la Recomendación, la diferencia del estatus de las garantías de la seguridad social y otras medidas son claramente visibles, lo que lleva a concluir que:

El Piso de Protección Social previsto en la Recomendación es un conjunto de medidas de seguridad social (garantías) establecidas por ley, que se relacionan con el concepto tradicional de seguridad social, pero enfocado en los resultados y no en los métodos. Simultáneamente, a la implementación de las medidas de seguridad social, los estados miembros deben tener en cuenta otras medidas que cubren el amplio espectro de la protección social que va más allá de la protección social. Estas medidas son diferentes de las garantías, pues son permisivas y dependen de la situación nacional y del nivel de desarrollo.

No obstante, a pesar de su título y de las amplias ambiciones, el núcleo de la Recomendación está limitado a la atención básica sanitaria y la seguridad en el ingreso.

La Conferencia de la OIT optó por una recomendación en lugar de un Convenio, lo cual no es una circunstancia obvia. En muchos casos, una recomendación es adoptada para soportar y elaborar un Convenio de la misma materia para ser implementadas por los países que lo ratifiquen. La Recomendación 202, es un instrumento autónomo que no está atado a ningún Convenio en específico, por lo que no tiene fuerza vinculante: no hay supervisión en su implementación, y no hay sanciones por su no cumplimiento, pues los estados miembros son libres de incluir o no en sus programas las sugerencias de la Recomendación.

La razón de haber elegido una Recomendación en lugar de un Convenio no está del todo claro. Algunos señalan que el Piso de Protección Social se creó con el objetivo de promover el Convenio 102, y en ese sentido un Convenio no puede crearse para implementar lo previsto en otro Convenio. Algunos otros indican que la razón de haberse inclinado por una recomendación era, atendiendo a las experiencias anteriores, más fácil de ser políticamente aceptado que un documento con fuerza vinculante del cual se esperaría una baja ratificación por parte de los países en desarrollo, pues al tener un amplio margen de apreciación por las autoridades locales pudiera convertirse en un incentivo para comprometerse en una creación gradual del piso de protección social.

La formulación de los 19 principios que realiza el artículo 3 de la Recomendación no es obvia, y no constituyen un conjunto de valores claro que pueda servir de guía a los responsables de política pública y autoridades de los países. Por esa razón se presenta una lista más manejable de principios que se fundamenta en tratados de derechos humanos y documentos explicativos relacionados con la protección social.

La recomendación explícitamente asigna la responsabilidad general y primaria de hacer efectivo el piso de protección social a los estados miembros. Existe una amplia conciencia de la idea de que el derecho humano de la seguridad social impone tres obligaciones básicas a los estados: respetar, proteger y realizar.

Algunas indicaciones de lo que es el alcance de la responsabilidad del Estado frente al piso de protección social, puede ser encontrada al relacionarlo con el Convenio 102 de la OIT donde se señaló que la responsabilidad de los estados no descarta el uso de esquemas voluntarios y / o privados para el cumplimiento de sus obligaciones, señalando que el estado debe generar el marco legislativo que requiere de la participación de las personas aseguradas en la administración de los temas que les conciernen.

Por otro lado, los estados deben proveer de manera sostenible y suficiente los recursos financieros necesarios para cumplir con sus obligaciones; asegurar un balance entre las recaudaciones para la seguridad social y los beneficios

entregados, lo que permite la redistribución entre grupos diferentes de acuerdo con el principio de solidaridad.

La recomendación provee algunas claridades sobre campos específicos de la responsabilidad del Estado: primero, el Estado es responsable de establecer y mantener el piso de protección social (Artículo 4) a la vez que señala la obligación de los Estados a establecer las garantías básicas de seguridad social (Artículo 7). Segundo, el Estado debe formular e implementar estrategias para el piso de protección social, lo que significa que no puede delegarlos en privados u otras instituciones. Tercero, el Estado debe monitorear el desarrollo del piso de protección social y definir los mecanismos para hacerlo. (Artículo 19).

La recomendación retorna a los derechos humanos en el sentido de que sus objetivos son de cobertura total, a través del piso de protección social. No obstante, el artículo 6 señala que “a reserva de sus obligaciones internacionales vigentes, los Miembros deberían proporcionar las garantías básicas de seguridad social mencionadas en la presente Recomendación por lo menos a todos los residentes y niños, con arreglo a lo estipulado en la legislación nacional”, lo cual claramente resulta en una contradicción con el principio de universalidad, pues atiende a un criterio de edad o legalidad de la residencia en un país proporcionar las garantías básicas, más aun teniendo en cuenta que en muchos países los migrantes ilegales constituyen una parte importante de la economía informal.

El principio g) señala la realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos. Para estos efectos, la Recomendación promueve la combinación de diferentes beneficios que puedan ser los más efectivos dependiendo el contexto nacional, lo cual se enfatiza en el principio i) “consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones.” No obstante, se debe enfatizar que, para una cobertura universal, los esquemas no contributivos son indispensables

La aproximación “basado en derechos” está incluido en el término “garantías de seguridad social” al referirse que la ley y la regulación deben especificar el rango,

requisitos y niveles de los beneficios a otorgar para esas garantías y proveer una fácil accesibilidad a los mismos. El reto es crear leyes para permitir que los derechos individuales se entreguen en la práctica a nivel nacional y comunitario, por ejemplo, a los trabajadores informales.

Si se acepta que la aproximación "basado en derechos" significa que los derechos deben estar basados en la Ley. Al respecto, dentro del concepto de ley se incluyen no solo la legislación internacional de derechos humanos, las leyes regionales, constitucionales las leyes estatutarias sino también las leyes vivientes, esta última categoría que incluye derechos informales y normas de comportamiento asociadas con localidades y culturas, que operan a nivel micro, y que no son incorporadas en los sistemas legales nacionales. No obstante, las élites locales pueden ser capaces de cooptar a elementos del estado para ayudar a hacer cumplir los elementos de la ley viva. Desde este punto de vista, "basado en la ley" tiene un alcance mucho más amplio y puede incluir la protección social basada en la comunidad.

Por el contrario, una interpretación de "basado en la ley" que solo tenga en cuenta a los regímenes superiores, es fácil de defender en relación con los pisos de protección social, pues refuerza la seguridad jurídica, la transparencia y, eventualmente, el acceso a los derechos sociales. Esto es aún más importante en casos de sistemas administrativos débiles y de corrupción generalizada. Los arreglos informales a menudo se caracterizan por la discriminación, la arbitrariedad y la insostenibilidad y son difíciles de combinar con la responsabilidad estatal. Aun así, las iniciativas de base, como los esquemas de seguros locales o regionales de menor escala, pueden marcar una diferencia significativa, particularmente en áreas remotas y para los trabajadores del sector informal. Quizás podría desarrollarse una nueva recomendación sobre iniciativas de base y microseguros en los que se alentaría a los Estados miembros a apoyar y facilitar tales esquemas, complementarios a la protección social basada en derechos.

El principio c) hace referencia a adecuación y previsibilidad de las prestaciones; La previsibilidad hace referencia al principio de legalidad en cuanto a que el rango, los requisitos y los niveles de los beneficios deben estar especificados en la ley, que a su vez se relaciona con la seguridad jurídica para el acceso a estos derechos.

Por su parte, la adecuación es un requerimiento clave para la efectividad de la seguridad social. El numeral cuatro señala que los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.

Por su parte, el numeral 5 indica que los pisos de protección social mencionados en el párrafo 4 deberían comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social: a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios; c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y; d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

El principio e) trata sobre la no discriminación, la igualdad de género y la capacidad de responder a las necesidades especiales, el cual se relaciona intrínsecamente con el reconocimiento que en el preámbulo realiza la OIT de que la seguridad social es una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal;

Estas acciones pueden incluir, por ejemplo, la participación de la mujer de los jóvenes y mayores en el mercado de trabajo, la protección de la maternidad, esquemas especiales para trabajadores de bajos ingresos, contabilización como tiempos de cotización de los periodos de maternidad y lactancia, etc.

El principio h) hace referencia a la solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;

La solidaridad financiera incluye la solidaridad intergeneracional entre aquellas personas económicamente activas y aquellas que ya no tienen capacidad para trabajar, tanto saludables como enfermos, y entre los pobres y aquellos que tienen mayor capacidad económica.

Adicionalmente, de acuerdo con la Conferencia de la OIT del 2001, también se incluyen a los grupos de personas en condición de vulnerabilidad que hagan parte de la economía informal, los cuales deben ser apoyados por la sociedad en general. Se parte de que la Solidaridad social es el arma más poderosa contra la pobreza, un instrumento efectivo para hacer una sociedad más equitativa y justa, un requisito fundamental para la inclusión de personas con necesidades específicas y un prerrequisito para la universalidad de los pisos de protección social.

La solidaridad implica redistribución financiera, pero no puede existir sin equivalencia entre las contribuciones y los beneficios; de hecho, la solidaridad financiera limita el principio de equivalencia. El dialogo social es indispensable para definir la distribución de la carga financiera entre contribuyentes y contribuyentes y entre generaciones.

En cuanto al mecanismo de financiamiento, se reafirmó que los sistemas de reparto cumplen mejor con este principio que los de ahorro individual. Además, el Comité de Expertos de la OIT ha afirmado que "en los países en desarrollo, donde la aplicación del principio de solidaridad a través de la seguridad social, en general, ha sido limitada, los regímenes financiados con impuestos que se basan implícitamente en la solidaridad".

La lista de principios hace referencia a gestión, administración y supervisión de las medidas de seguridad social, las cuales pueden estar cobijados bajo el principio sobrilla de la buena gobernanza. Si bien la Recomendación no desarrolla ningún diseño o método específico, si promueve el desarrollo de nuevos tipos de medidas para cubrir las distintas protecciones. Las nuevas técnicas y los elementos innovadores deben ser implementados con mayor cuidado y controlados que los ya bien conocidos y probados diseños del aseguramiento tradicional.

Especial énfasis debe realizarse en la integración de políticas, prudencia en la inversión de los fondos de la seguridad social, el desarrollo de servicios de calidad y sistemas efectivos, fijación de objetivos, eficiencia en la administración de recursos, transparencia, cooperación entre las instituciones administradoras y todos los demás involucrados.

La recomendación reafirma la buena gobernanza como un prerequisite de un sistema de protección social que funcione al formular las siguientes disposiciones:

- Respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social;
- consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones;
- Gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes;
- Sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad;
- Coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social;
- Servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social;
- Seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica;
- A los efectos de la aplicación de estos métodos, los Miembros deberían considerar la necesidad de adoptar medidas destinadas a prevenir el fraude, la evasión fiscal y el impago de las cotizaciones.
- Los pisos de protección social nacionales deberían financiarse con recursos nacionales. Los Miembros cuyas capacidades económicas y fiscales sean

insuficientes para poner en práctica las garantías podrán pedir colaboración y apoyo a nivel internacional a fin de complementar sus propios esfuerzos.

- Establecer objetivos acordes con las prioridades nacionales
- Los Miembros deberían seguir los progresos alcanzados en la puesta en práctica de los pisos de protección social y en la consecución de otros objetivos de las estrategias nacionales de extensión de la seguridad social a través de mecanismos apropiados definidos a nivel nacional, que incluyen la participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.

-

Se expresa en la Recomendación, a través del principio l) sobre la coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; y lo señalado en el numeral 10, al diseñar y poner en práctica los pisos de protección social nacionales, los Miembros deberían: a) combinar medidas preventivas, promocionales y activas, prestaciones y servicios sociales; b) promover la actividad económica productiva y el empleo formal considerando la adopción de políticas que incluyen la contratación pública, la concesión de créditos públicos, la inspección del trabajo, políticas del mercado de trabajo e incentivos fiscales y que fomentan la educación, la formación profesional, las competencias productivas y la empleabilidad, y c) asegurar la coordinación con otras políticas que fomentan el empleo formal, la generación de ingresos, la educación, la alfabetización, la formación profesional, las competencias y la empleabilidad, que reducen la precariedad, y que promueven el trabajo estable, la iniciativa empresarial y las empresas sostenibles en un marco de trabajo decente.

También en el literal b) del numeral 13 tratar de proporcionar al mayor número de personas posible, y lo antes posible, niveles de protección más elevados acordes con las capacidades económicas y fiscales de los Miembros; el literal d) del numeral 14 al complementar la seguridad social con políticas activas del mercado de trabajo, inclusive mediante formación profesional u otras medidas, según proceda; y el numeral 15 señalando que las estrategias de extensión de la seguridad social deberían aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal como de la economía informal, apoyar el crecimiento del empleo formal y la

reducción de la informalidad, ser compatibles con los planes de desarrollo social, económico y medioambiental de los Miembros y facilitar su puesta en práctica.

El vívido ciclo de políticas económicas, laborales y de seguridad social coordinadas permite aumentar el capital humano, mejorar la capacidad de empleo, formalizar el empleo y retroalimentar un mayor crecimiento económico, una mayor seguridad de los ingresos y mejores servicios sociales, que nuevamente mejoran la productividad y la empleabilidad de la fuerza laboral.

La naturaleza de interdependencia, indivisibilidad y refuerzo mutuo de los derechos humanos requiere un enfoque holístico para la reducción de la pobreza. Este enfoque requiere que los estados establezcan una red de políticas y programas que apoyen colectivamente la realización de todos los derechos humanos y el mayor nivel de desarrollo posible. Los programas de protección social no deben considerarse una panacea para todas las cuestiones económicas y sociales, sino más bien como un elemento dentro de una amplia estrategia de desarrollo destinada a superar la pobreza y hacer realidad los derechos humanos. Para ello, los Estados deben complementar las iniciativas de protección social con las políticas y programas correspondientes diseñados para maximizar la efectividad del programa de protección social en la mejora de la vida de los beneficiarios.

La recomendación se refiere a la participación social directamente a través de dos principios diferentes: q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y; r) participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.

Adicionalmente la Recomendación señala que al establecer y revisar los niveles de las garantías, debería asegurarse la participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas. Las estrategias nacionales deberían dar prioridad a la puesta en práctica de pisos de protección social como punto de partida para los países que

no cuentan con un nivel mínimo de garantías de seguridad social y como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social. Al formular y aplicar estrategias nacionales para extender las estrategias de seguridad social, los Miembros deberían: dar a conocer mejor sus pisos de protección social y sus estrategias de extensión, y poner en marcha programas de información, inclusive a través del diálogo social.

También señala que los Miembros deberían seguir los progresos alcanzados en la puesta en práctica de los pisos de protección social y en la consecución de otros objetivos de las estrategias nacionales de extensión de la seguridad social a través de mecanismos apropiados definidos a nivel nacional, que incluyen la participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas; y que se deberían organizar consultas nacionales de forma periódica para evaluar los progresos realizados y examinar las políticas tendentes a obtener la extensión horizontal y vertical de la seguridad social.

El importante papel de la protección social como política económica y social sólida ha sido reconocido por organizaciones internacionales, regionales y multinacionales, incluidas las Naciones Unidas, el G20, la ASEAN, la Unión Africana y la Unión Europea, y ahora es un eje importante de la Agenda 2030. Esto representa un cambio de paradigma importante en el papel de las políticas de protección social en un contexto de desarrollo: mientras que la protección social se redujo a un papel marginal en los años ochenta y noventa, como parche de red de seguridad social

La Recomendación 202 no solo refuerza la orientación proporcionada en las normas de seguridad social existentes de la OIT, sino que también fortalece y amplía el marco normativo internacional sobre el derecho humano a la seguridad social, ya que establece diecinueve principios generales / de amplio alcance, principios para orientar el desarrollo y diseño de la protección social nacional, estrategias para financiar y principios administrativos para liderar la implementación y transformación de los sistemas nacionales de protección social.

Por tanto, la aplicación de la Recomendación acerca a los países al cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asegura el disfrute de las personas de sus derechos a la seguridad social. Los Estados también promoverán el desarrollo humano, la estabilidad política y el crecimiento inclusivo, y de esta manera reducirán y prevendrán la pobreza, corregirán las desigualdades y alentarán la redistribución justa de la riqueza económica en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. (ODS).

De hecho, la protección social ocupa un lugar central en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que atraviesa varios ODS y hace hincapié en la naturaleza multidimensional de las políticas de protección social, que tienen una importante "función puente". contribución de los sistemas de protección social, incluidos los pisos de protección social, a la reducción y prevención de la pobreza, en una meta específica (1.3): 'Implementar sistemas y medidas de protección social apropiados a nivel nacional para todos, incluidos los pisos, y para 2030 lograr una cobertura sustancial de pobres y vulnerables'. Esto proporciona un puente hacia otros objetivos que se relacionan explícita o implícitamente con la protección social, incluidos los objetivos de reducción de la pobreza (1), salud (3), igualdad de género (5), trabajo decente y crecimiento económico (8), reducción de las desigualdades (10.) y paz, justicia e instituciones sólidas (16). Por eso, el fortalecimiento de los sistemas de protección social, y en particular los pisos de protección social, juega un papel tan esencial en la consecución de los ODS.

El derecho humano a la seguridad social está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reiterado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como tal, los 164 Estados Parte del Convenio (a partir de noviembre de 2016) tienen la obligación legal de respetar, proteger y cumplir este derecho en la ley y en la práctica.

El concepto de piso de protección social establecido en la Recomendación 202 refuerza aún más el enfoque adoptado por los instrumentos de derechos humanos a la seguridad social. Lo hace, en particular, proporcionando orientación específica a los países que garantizan que todos disfruten de al menos un nivel básico de

seguridad social. Estos niveles mínimos esenciales son los que son cruciales para asegurar un nivel de vida adecuado a través de la subsistencia básica, la atención primaria de salud esencial, la vivienda y las formas básicas de educación para todos los miembros de la sociedad.

Desde la adopción de la Recomendación en 2012, muchos países han seguido las orientaciones que ofrece y han intensificado aún más sus esfuerzos para ampliar la protección social. Algunos han emprendido diálogos nacionales para definir sus estrategias de protección social, muchos se han comprometido, explícita o implícitamente, a construir pisos de protección social en su ámbito social nacional. Ahora bien, en los siguientes párrafos se analizará cómo los principios establecidos en la Recomendación núm.202 están guiando los esfuerzos de los países para definir e implementar sus PPS nacionales, y cómo los mismos pueden contribuir al logro de los ODS para 2030.

El mayor papel de la protección social en el desarrollo también implica que los Estados asuman plenamente su responsabilidad de garantizar al menos un nivel básico de seguridad social para todos a través de un piso de protección social definido a nivel nacional dentro del sistema nacional de protección social. Esto es parte de la obligación legal más amplia de los Estados de proteger y promover los derechos humanos y el estado de derecho, que es un requisito previo para que cualquier sistema de protección social funcione con éxito.

En este sentido, la Recomendación establece claramente la responsabilidad general y primaria del Estado de garantizar la adecuada administración del sistema de seguridad social y la debida provisión de beneficios. Esto incluye la realización del derecho a la seguridad social sin discriminación, la debida provisión de beneficios de acuerdo con criterios de elegibilidad y derechos claros y transparentes, y la adecuada administración de las instituciones y servicios. Por lo tanto, la Recomendación núm.202 reconoce que existen diversos métodos y enfoques disponibles para implementar y brindar protección social, como por medio de partes privadas, pero aboga por que, cualquiera que sea el mecanismo, los principios establecidos deben ser respetados, incluida la supervisión del Estado.

Como parte de su responsabilidad de garantizar un nivel básico de seguridad social para todos, el Estado también debe garantizar que existan marcos legales y sistemas de información sólidos para crear conciencia y asegurar que las personas conozcan sus derechos de seguridad social y puedan reclamar sus derechos y que los beneficios sean adecuados y predecibles.

Además, en el cumplimiento de esta responsabilidad, los Estados deben seguir el principio de realización progresiva. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de satisfacer, como punto de partida, estos niveles mínimos esenciales del derecho a la seguridad social hasta el máximo de los recursos disponibles con el fin de brindar protección a quienes más la necesitan y avanzar rápidamente hacia la extensión de esta protección. Además, la identificación de las prioridades nacionales debería involucrar a todas las partes interesadas, en particular cuando los recursos son limitados.

Por otra parte, el principio de universalidad de la protección está en el centro del concepto de piso de protección social, reflejando el compromiso de garantizar al menos un nivel básico de seguridad social para todos. La protección social es una de las áreas de política que los Estados tienen a su disposición para reducir y prevenir la pobreza, contener la desigualdad y promover la inclusión, como parte de sus obligaciones más amplias en la protección y promoción de los derechos humanos. Es así que los pisos de protección social serían un mecanismo adecuado para fomentar la inclusión laboral de trabajadores con pérdida de capacidad laboral, pues todos los miembros de la sociedad deben estar cubiertos, de manera que se respete su dignidad y prestando especial atención a los grupos desfavorecidos y las personas con necesidades o condiciones especiales.

Por lo anterior, para lograr la protección universal, los Estados miembros deben proporcionar, al menos, las garantías básicas de seguridad social al menos a todos los residentes y todos los niños, con sujeción a las obligaciones internacionales vigentes en el país. Si bien la Recomendación se refiere a la legislación y la práctica nacionales con respecto a la definición de residentes y niños, recuerda las obligaciones internacionales existentes, como las del PIDESC, que establece el derecho de toda persona a la seguridad social.

Cabe señalar que la Recomendación núm. 202 se refiere al término "garantías" en lugar de "beneficios", que se centra en los resultados más que en los medios. Según la Recomendación, los pisos de protección social deben estar compuestos como mínimo por las siguientes garantías de seguridad social:

- Acceso a un conjunto de bienes y servicios definidos a nivel nacional, que constituyen:
- La atención médica esencial, que cumple con los requisitos criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
- Seguridad de ingresos básicos para los niños, proporcionando acceso a la nutrición, la educación, el cuidado y cualquier otro bien y servicio necesario;
- Seguridad básica de ingresos, para personas en edad activa que no pueden obtener ingresos suficientes, en particular en casos de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez;
- La cobertura a lo largo de la vida a través de una variedad de beneficios y esquemas que mejor responden al contexto nacional, las estructuras organizacionales y financieras. recursos.

Los pisos de protección social también contribuyen a promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas (ODS 16), en particular en lo que respecta al desarrollo de instituciones eficaces, responsables y transparentes en todos los niveles (meta 16.6) y garantizar una toma de decisiones receptiva, inclusiva, participativa y representativa en todo momento (meta 16.7).

Un marco legal sólido es aquel que incluye: el alcance de la cobertura personal; el tipo, nivel y rango de beneficios, así como su duración; las condiciones que deben cumplir las personas para tener derecho a una prestación y las causas que conducen a la suspensión de tales prestaciones; el mecanismo de financiación y las medidas que deben adoptarse periódicamente para garantizar la sostenibilidad de los regímenes de seguridad social y el ajuste periódico de las prestaciones a largo plazo a los aumentos en los costos de vida; mecanismos y procesos que den lugar al derecho de denuncia y recurso de las personas, que sean imparciales, transparentes, efectivos, sencillos, rápidos, accesibles y económicos y gratuitos para el solicitante; y la estructura de gobierno, incluidas las funciones y

responsabilidades de los órganos y actores involucrados en la administración, gestión, ejecución y ejecución de los programas de protección social bajo la responsabilidad general del Estado.

Además, al establecer claramente los principales parámetros de los programas de protección social, la ley puede arrojar luz sobre los vínculos entre los diferentes componentes del sistema de protección social ayudando a reducir las superposiciones, duplicaciones y brechas en la protección.

Por último, la promulgación de la ley garantiza la continuidad y la previsibilidad de los derechos y prerrogativas de las personas a lo largo del tiempo y actúa como salvaguardia contra la gobernanza arbitraria. Por ejemplo, cuando los parámetros están establecidos en la ley, luego de los estudios de viabilidad necesarios, la ley puede asegurar una protección adecuada y proporcionar prospectiva y sostenibilidad legal y financiera. La sostenibilidad financiera también puede reforzarse mediante el establecimiento de reglas adecuadas de gestión financiera en la ley, incluso en lo que respecta al financiamiento, reservas e inversiones. Esto, a su vez, contribuye a generar confianza en el sistema que, por lo tanto, puede actuar como un incentivo para promover el cumplimiento de la ley y la extensión de la cobertura.

Si bien muchos países disponen de marcos legales elaborados que gobiernan los esquemas contributivos de seguridad social, no es igualmente común anclar los programas no contributivos en marcos legales, lo que ha contribuido a un mayor grado de inestabilidad y extensión de la cobertura de protección social de conformidad con su Constitución, incluso garantizando pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, así como prestaciones por maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad a los trabajadores de la agricultura. sector.

Existe un creciente reconocimiento de la importancia de extender los marcos legales a los programas de protección social que no pueden depender de una fuente de financiamiento estable, crean duplicaciones, fragmentación y / o brechas de cobertura. Muchos países de ingresos bajos y medianos han reconocido estos desafíos y están trabajando para fortalecer sus marcos legales e institucionales.

Ahora bien, asegurar beneficios adecuados y predecibles es clave para hacer efectivo el derecho a la seguridad social. Esto implica que los beneficios proporcionados deben responder a las necesidades, tanto en términos de su naturaleza como de su nivel y mecanismo de entrega, y deben tener en cuenta las circunstancias nacionales. Dada la naturaleza multidimensional de los SPF y la complementariedad de las prestaciones en efectivo y el acceso a los servicios, el principio de adecuación, no solo se relacionan con el derecho a la seguridad social, sino también con otros derechos, como el derecho a la alimentación, la salud o la educación.

Para asegurar la adecuación y previsibilidad de los beneficios, las garantías del piso de protección social deben definirse a nivel nacional, reflejando las circunstancias nacionales. Sin embargo, la Recomendación 202 proporciona una orientación clara sobre los principios básicos y posibles puntos de referencia para determinar la idoneidad de los beneficios. En conjunto, las prestaciones en efectivo y en especie deberían ser suficientes para garantizar el acceso efectivo a los bienes y servicios esenciales, de manera que se pueda proteger contra la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social y permitir un nivel de vida digno y permitir una vida digna. La complementariedad de las prestaciones en efectivo y en especie, incluidos los servicios, es importante para definir las garantías del piso de protección social.

Más específicamente, las garantías básicas de seguridad del ingreso deben definirse de tal manera que proporcionen a los beneficiarios los medios para vivir una vida digna. Dichos niveles mínimos se pueden establecer de acuerdo con las líneas de pobreza nacionales, los umbrales de ingresos y la asistencia social, u otras formas de establecer un mínimo monetario.

Si bien las garantías del piso de protección social establecen un nivel básico de protección, la Recomendación subraya la necesidad de garantizar progresivamente niveles más altos de protección al mayor número posible de personas, lo antes posible, de acuerdo con la capacidad económica y fiscal nacional, y guiado por la Convención. No. 102 y estándares más avanzados.

Al crear pisos de protección social, los Estados deben evitar y eliminar activamente la discriminación directa e indirecta en la ley y la práctica, al mismo tiempo que responden a las necesidades especiales y respetan la dignidad de quienes deben ser protegidos. Los Estados deben tomar medidas especiales para proteger a los segmentos más vulnerables de la población con carácter prioritario, y prestar especial atención a las personas que tradicionalmente enfrentan dificultades para ejercer este derecho en el diseño, implementación y seguimiento de políticas y programas. Tal enfoque puede contribuir a corregir varios tipos de desigualdades, como se destaca en el ODS 10.

Al mismo tiempo, los Estados deben promover la igualdad de género, promover la igualdad de oportunidades y abordar las desigualdades de género que obstaculizan la plena realización de las mujeres de su derecho a la seguridad social. Abordar las desigualdades estructurales que pueden tener un impacto directo en el empoderamiento económico de las mujeres, incluidas las desigualdades en el mercado laboral y en el empleo, las responsabilidades familiares y la prestación de cuidados, requiere un enfoque integral que promueva la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

Los pisos de protección social son una herramienta importante para trabajar hacia una igualdad sustancial, que aborda las desigualdades estructurales y la discriminación indirecta. La igualdad debe entenderse en relación con los resultados y las oportunidades, y que la protección universal no significa necesariamente medidas uniformes. Puede ser necesario un trato 'diferente' para lograr la igualdad en la práctica. En este sentido, la igualdad sustancial comprende, por lo tanto, el principio de capacidad de respuesta a las necesidades especiales.

La igualdad sustantiva se diferencia de la igualdad formal en que esta última se refiere a leyes y políticas que tratan a todos por igual, mientras que la igualdad sustantiva se preocupa por los resultados y los resultados de estas leyes, políticas y prácticas, en particular asegurando que no mantengan, sino que alivien, la desventaja inherente que experimentan grupos particulares. Los responsables de la formulación de políticas deben tener en cuenta las necesidades específicas de

los diferentes grupos y trabajar para rectificar los efectos de la discriminación, las normas sociales y el poder del pasado.

Por ejemplo, las personas en situación de discapacidad enfrentan diversos impedimentos para el disfrute de sus derechos humanos y, por lo tanto, es particularmente importante que la implementación de los PPS incluya plenamente a las personas en situación de discapacidad o con pérdida de capacidad laboral y responda a sus necesidades específicas de conformidad con la Convención sobre los Derechos de Personas en situación de discapacidad (CRPD). Las políticas y los programas deben diseñarse para tener en cuenta los costos relacionados con la discapacidad de una manera que no sea discriminatoria y responda a necesidades especiales y para apoyar a aquellos empleadores que permiten la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidades o pérdida de capacidad laboral.

Otras medidas concretas que los Estados pueden tomar para transformar los enfoques tradicionales del bienestar de las personas en situación de discapacidad en un modelo basado en los derechos basado en el CPRD, garantizar la financiación sólida, equitativa y sostenible de los planes nacionales de protección social en su conjunto, y de los pisos de protección social en particular, es uno de los principales desafíos de implementación.

La Recomendación núm. 202 de la OIT establece una serie de principios financieros para orientar el diseño y la implementación de los sistemas de protección social, incluidos los pisos de protección social. Estas incluir asegurar finanzas transparentes, responsables y sólidas gestión, sostenibilidad financiera, fiscal y económica con el debido respeto a la justicia social y la equidad, y la solidaridad en el financiamiento. Estos principios están estrechamente relacionados con el ODS 10, en particular la meta 10.4, así como con los ODS 16 y 17.

La sostenibilidad financiera, fiscal y económica también es clave para la realización del derecho a la seguridad social. Los Estados deben explorar formas de movilizar los recursos necesarios a través de una variedad de métodos diferentes para asegurar progresivamente la plena realización del derecho a la seguridad social. Es

decir, el Estado debe encontrar espacios fiscales en el largo plazo para garantizar la disponibilidad de recursos cuando se necesiten.

El principio de realización progresiva también implica que los Estados deben buscar la mejora continua de las condiciones y evitar políticas que lleven a la no acción o medidas regresivas que puedan obstruir la implementación de los pisos de protección social y mayores niveles de protección.

Esta es también la razón por la que la Recomendación 202 enfatiza el principio de solidaridad financiera y la consideración de una diversidad de financiamiento de mecanismos de provisión de protección social a través de impuestos y contribuciones, teniendo en cuenta la capacidad contributiva de quienes tienen ingresos bajos e irregulares. De hecho, la mayoría de los países combinan el financiamiento a través de las contribuciones a la seguridad social y la tributación, particularmente cuando se extiende la cobertura social a grupos más grandes de la población con miras a lograr la protección universal.

Finalmente, la búsqueda de la sostenibilidad financiera también requiere buscar formas de ampliar el espacio fiscal, lo que puede implicar la aplicación efectiva de las obligaciones tributarias y de contribución, la reorientación del gasto o una base de ingresos más amplia y suficientemente progresiva, teniendo en cuenta diferentes tipos de impuestos. Otras opciones posibles para ampliar el espacio fiscal para la protección social incluyen la asignación de ingresos provenientes de recursos naturales.

Es así como la extensión de los programas de protección social en muchos países ha demostrado que se puede asegurar el espacio fiscal necesario si los países asignan el máximo de recursos disponibles a la protección social y al financiamiento equitativo y sostenible de los sistemas de protección social.

En ese sentido, los pisos de protección social bajo el enfoque de la Recomendación 202 de la OIT, serían un mecanismo adecuado para fomentar la inclusión laboral de trabajadores con pérdida de capacidad laboral, implementando esquemas que brinden apoyo a los empleadores que los contraten.

En Colombia, el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, consagrando la posibilidad de determinar los casos en que se pueden conceder Beneficios Económicos Periódicos inferiores al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

La Ley 1328 de 2009, en su artículo 87, señaló los requisitos para acceder al programa de Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos-BEPS, determinó la posibilidad de establecer incentivos periódicos, puntuales y/o aleatorios, y estableció que el Gobierno Nacional debe reglamentar dicho mecanismo, siguiendo las recomendaciones del Consejo Nacional de Política económica y Social - CONPES Social.

En las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, adoptado mediante la Ley 1955 de 2019, se plantea la necesidad de definir estrategias de inclusión con el fin de contribuir con la disminución de la desigualdad en el corto plazo. En particular establece que se debe ampliar la cobertura en protección y en seguridad social de los trabajadores, implementando un Piso de Protección Social, consistente en la afiliación a salud subsidiada, la vinculación al programa del servicio social complementario de Beneficios Económicos Periódicos, y el acceso a un seguro inclusivo para las personas que devengan menos de un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente como consecuencia de su dedicación parcial a un trabajo u oficio o actividad económica.

El artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, estableció la creación de un Piso de Protección Social para las personas que devengan menos de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente como consecuencia de su dedicación parcial a un trabajo u oficio o actividad económica.

A su vez, el Decreto 1174 de 2020 reglamentó el acceso y operación del Piso de Protección Social para aquellas personas que mensualmente perciban ingresos inferiores a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente como consecuencia de su

dedicación parcial a un trabajo u oficio o actividad económica indicando que las disposiciones contenidas en el presente capítulo referentes a la vinculación, registro y realización del aporte al Piso de Protección Social serán obligatorias a partir del primero (1°) de febrero de 2021.

A continuación, se presenta una comparación entre el piso mínimo de protección social en Colombia frente a los principios de los Pisos de Protección Social de la Recomendación 202 de la OIT.

Tabla 6: El piso mínimo de protección social en Colombia frente a los principios de los Pisos de Protección Social de la Recomendación 202 de la OIT

Principio de la Recomendación 202	Disposiciones del Decreto 1174 de 2020	Observaciones
<p>1. Responsabilidad del Estado</p> <p>El Estado es responsable de establecer y mantener el piso de protección social (Artículo 4) a la vez que señala la obligación de los Estados a establecer las garantías básicas de seguridad social (Artículo 7). Segundo, el Estado debe formular e implementar estrategias para el piso de protección social, lo que significa que no puede delegarlos en privados u otras instituciones. Tercero, el Estado debe monitorear el desarrollo del piso de</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.2.2. Ingreso de los Vinculados Voluntarios. Las personas de que trata el numeral 2 del artículo 2.2.13.14.1.3. del presente decreto, podrán vincularse a los BEPS en el Piso de Protección Social y serán los responsables de realizar el aporte a este programa, para lo cual deberán registrarse ante la administradora de BEPS, a través de los mecanismos electrónicos o físicos que esta disponga para tal efecto.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.3.6. Límites del aporte al Piso de Protección Social. El valor del aporte anual máximo al Piso de Protección Social no podrá superar el valor establecido por la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos Periódicos de conformidad con el artículo 2.2.13.3.1. del presente decreto.</p>	<p>A través del Decreto 1174 de 2020 el Estado es responsable de establecer y mantener el piso de protección social y de formular e implementar estrategias para el piso de protección social, lo cual realiza a través de Colpensiones.</p> <p>De igual forma señala las labores de fiscalización en</p>

<p>protección social y definir los mecanismos para hacerlo. (Artículo 19).</p>	<p>El valor del aporte mínimo será definido por acuerdo de Junta Directiva de la Administradora de los Beneficios Económicos Periódicos, teniendo en cuenta criterios de eficiencia en costos de operación. En ningún caso el ahorro en el mecanismo de los Beneficios Económicos Periódicos podrá ser inferior al tope mínimo establecido para ese Servicio Social Complementario.</p> <p>(...) Parágrafo. Para los vinculados obligatorios al Piso de Protección Social que decidan hacer un aporte adicional al servicio social complementario de Beneficios Económicos Periódicos, el límite anual de los aportes se validará por separado y conforme al tope mínimo y máximo definido en los términos establecidos en el artículo 2.2.13.3.1. del presente decreto.</p> <p>No obstante, la Administradora del mecanismo deberá dar traslado de estos casos a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP), para lo de su competencia.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.5.2. Fiscalización. En el ejercicio de sus competencias la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) llevará a cabo la fiscalización:</p> <p>De manera preferente a los empleadores que cuenten con trabajadores afiliados al sistema de seguridad social en el régimen contributivo, y que con el propósito de</p>	<p>la UGPP y de inspección, Vigilancia y Control en el Ministerio de Trabajo.</p>
--	--	---

	<p>obtener provecho de la reducción de sus aportes en materia de seguridad social de una vigencia a la otra desmejoren las condiciones económicas de dichos trabajadores mediante la implementación de actos o negocios artificiosos o cualquier otra irregularidad en contra del Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>A los contratistas afiliados al sistema de seguridad social en su componente contributivo, y que con el propósito de reducir sus aportes en materia de seguridad social lleven a cabo actos o negocios artificiosos o cualquier otra irregularidad en contra del Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>A los contratistas o vinculados voluntarios, que se encuentren simultáneamente ahorrando al Piso de Protección Social y cotizando al Sistema General de Seguridad Social en el Régimen Contributivo o que tengan ingresos para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>Por su parte, la administradora del mecanismo informará a la autoridad competente en caso de evidenciar elusión o evasión al Sistema de Seguridad Social Integral.</p> <p>El Ministerio de Trabajo realizará la inspección, vigilancia y control frente al cumplimiento de las normas laborales y demás disposiciones sociales, en los términos de los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo.</p>	
--	---	--

<p>2. Universalidad de la protección</p> <p>El artículo 6 señala que “a reserva de sus obligaciones internacionales vigentes, los Miembros deberían proporcionar las garantías básicas de seguridad social mencionadas en la presente Recomendación por lo menos a todos los residentes y niños, con arreglo a lo estipulado en la legislación nacional” El principio g) señala la realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos. Para estos efectos, la Recomendación promueve la combinación de diferentes beneficios que puedan ser los más efectivos dependiendo el contexto nacional, lo cual se enfatiza en el principio i) “consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones.”</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.1.3. Ámbito de aplicación. Serán vinculados al Piso de Protección Social</p> <p>Vinculados obligatorios:</p> <p>Las personas que tengan uno o varios vínculos laborales por tiempo parcial y que en virtud de ello reciban un ingreso total mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.</p> <p>Las personas que celebren uno o varios contratos por prestación de servicios y que reciban una contraprestación total mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario.</p> <p>1.3 Las personas que cuenten con uno o varios vínculos laborales, y simultáneamente, con uno o varios contratos por prestación de servicios, que reciban un ingreso total mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario.</p> <p>2. Vinculados voluntarios:</p> <p>Las personas que no tengan una vinculación laboral o no hayan suscrito un contrato de prestación de servicios, incluidos los productores del sector agropecuario y no tengan capacidad de</p>	<p>El Piso de Protección Social reglamentado en el decreto 1174 de 2020 solo está dirigido a trabajadores que devenguen menos de un (1) smmlv,</p>

	<p>pago para cubrir el monto total de la cotización al Sistema Integral de Seguridad Social y cuyo ingreso total mensual sea inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario.</p> <p>Parágrafo 1°. Los vinculados al Piso de Protección Social estarán afiliados al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cumpliendo los requisitos de acceso o permanencia a dicho régimen, en ningún caso, este régimen reconocerá prestaciones económicas.</p> <p>Alas personas objeto de la reglamentación de este artículo que se encuentren afiliadas al régimen contributivo o a un régimen especial, en calidad de beneficiarios y cuyos ingresos mensuales sean inferiores a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, aplicará los dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 2.2.13.14.2.4 del presente decreto.</p> <p>Parágrafo 2°. Aquellas personas que tengan uno o varios vínculos de carácter laboral por tiempo parcial, y que al sumar todos sus ingresos perciban mensualmente una suma igual o superior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, deberán afiliarse al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social, de conformidad con lo establecido en la</p>	
--	---	--

	<p>normatividad vigente. En este caso, el trabajador deberá informarlo a sus empleadores y cada uno de ellos deberá cotizar al Sistema en proporción a lo devengado por el trabajador, de acuerdo con los porcentajes señalados en la normatividad vigente.</p> <p>En el caso de los contratistas que tengan uno o varios contratos por prestación de servicios y que reciban un ingreso igual o superior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, serán responsables de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente, cuenta sus ingresos y en los porcentajes señalados en la normatividad vigente.</p>	
<p>3. Derechos basados en la Ley Una interpretación de "basado en la ley" que solo tenga en cuenta a los regímenes superiores, es fácil de defender en relación con los pisos de protección social, pues refuerza la seguridad jurídica, la transparencia y, eventualmente, el acceso a los derechos sociales. Esto es aún más importante en casos de sistemas administrativos débiles y de</p>	<p>El artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, estableció la creación de un Piso de Protección Social para las personas que tengan relación contractual laboral o por prestación de servicios, por tiempo parcial y que en virtud de ello perciban un ingreso mensual inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smlmv).</p> <p>El Decreto 1174 de 2020 adiciona el Capítulo 14 al Título 13 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de reglamentar el Piso de Protección Social para personas que devengan menos de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.</p>	<p>El marco normativo del Piso de Protección Social en Colombia está claramente definido y delimitado por las disposiciones contenidas en el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 1174 de 2020</p>

<p>corrupción generalizada. Los arreglos informales a menudo se caracterizan por la discriminación, la arbitrariedad y la insostenibilidad y son difíciles de combinar con la responsabilidad estatal. Aun así, las iniciativas de base, como los esquemas de seguros locales o regionales de menor escala, pueden marcar una diferencia significativa, particularmente en áreas remotas y para los trabajadores del sector informal.</p>		
<p>4. Adecuación y previsibilidad de los beneficios</p> <p>La previsibilidad hace referencia al principio de legalidad en cuanto a que el rango, los requisitos y los niveles de los beneficios deben estar especificados en la ley, que a su vez se relaciona con la seguridad jurídica para el acceso a estos derechos.</p> <p>Por su parte, la adecuación es un requerimiento clave</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.1.2. Composición del Piso de Protección Social. El Piso de Protección Social se encuentra integrado por:</p> <p>El Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.</p> <p>El Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) como mecanismo de protección en la vejez.</p> <p>El Seguro Inclusivo que amparará al trabajador de los riesgos derivados de la actividad laboral y de las enfermedades cubiertas por Beneficios Económicos Periódicos – (BEPS).</p>	<p>El Decreto 1174 de 2020 cumple con lo relacionado con la previsibilidad al especificar el rango, los requisitos y los niveles de los beneficios.</p> <p>No obstante en cuanto a la característica de adecuación, no garantiza como</p>

<p>para la efectividad de la seguridad social. El numeral cuatro señala que los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.</p>	<p>Parágrafo. Los trabajadores dependientes que se vinculen al Piso de Protección Social tendrán acceso al Sistema de Subsidio Familiar, una vez se reglamente.</p>	<p>mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.</p>
<p>5. No discriminación El principio d) trata sobre la no discriminación, la igualdad de género y la capacidad de responder a las necesidades especiales, el cual se relaciona intrínsecamente</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.1.3. <i>Ámbito de aplicación.</i> Serán vinculados al Piso de Protección Social Vinculados obligatorios: Las personas que tengan uno o varios vínculos laborales por tiempo parcial y que en virtud de ello reciban un ingreso total</p>	<p>En principio no se observan de plano situaciones discriminatorias. No obstante, al comparar las prestaciones a las</p>

<p>con el reconocimiento que en el preámbulo realiza la OIT de que la seguridad social es una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal;</p>	<p>mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.</p> <p>Las personas que celebren uno o varios contratos por prestación de servicios y que reciban una contraprestación total mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario.</p> <p>1.3 Las personas que cuenten con uno o varios vínculos laborales, y simultáneamente, con uno o varios contratos por prestación de servicios, que reciban un ingreso total mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario.</p> <p>2. Vinculados voluntarios: Las personas que no tengan una vinculación laboral o no hayan suscrito un contrato de prestación de servicios, incluidos los productores del sector agropecuario y no tengan capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización al Sistema Integral de Seguridad Social y cuyo ingreso total mensual sea inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario. (...)</p>	<p>que tendría derecho una persona que cotiza al sistema de seguridad social integral frente a las que se encuentran en el piso de protección social, la diferencia es evidente, pues en prestaciones de vejez se accede a un BEPS (Bimensualidad inferior a 1smmlv) Vs la posibilidad de acceder a una pensión mensual que no puede ser inferior a 1smmlv. En materia de riesgos laborales se accede a un microseguro VS las prestaciones de incapacidad, indemnización por incapacidad permanente parcial, pensiones de invalidez y muerte de origen</p>
--	---	--

		<p>laboral y auxilio funerario propias del Sistema General de Riesgos Laborales.</p> <p>Frente a la salud, los vinculados al piso, al estar afiliados al Régimen Subsidiado de Salud no tienen derecho a las prestaciones económicas como incapacidades y licencias de maternidad y paternidad.</p> <p>Por ahora los vinculados al piso tampoco tienen derecho al subsidio familiar.</p> <p>Por otro lado, si se analiza desde el enfoque de la necesidad de implementar acciones afirmativas para la no discriminación,</p>
--	--	--

		<p>el Piso de Protección Social no contempla ninguna circunstancia particular para las mujeres, dejando de lado las enormes brechas existentes en el mercado laboral y de acceso a la seguridad social de este grupo poblacional.</p>
<p>6. Solidaridad financiera El principio h) hace referencia a la solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.3.1. Aporte al Piso de Protección Social. El aporte para el Piso de Protección Social se realizará de la siguiente manera: Vinculados obligatorios: El aporte deberá efectuarse mensualmente por el empleador o contratante según corresponda, y podrá realizarse en cualquier tiempo durante el mes en el que se desarrolla la actividad, por medio de los canales que la administradora del mecanismo disponga para ese efecto. La cuantía corresponderá al quince por ciento (15%) del ingreso mensual obtenido en el periodo por el que se realiza dicho aporte. Este aporte será adicional al valor convenido a pagar por el desarrollo de la actividad, sin que se pueda descontar de este último.</p>	<p>El Decreto 1174 de 2020 establece en cabeza de los empleadores y contratantes la responsabilidad de realizar los aportes al Piso de Protección Social en los casos de los trabajadores dependientes e independientes con contrato de prestación de servicios respectivamente.</p>

	<p>Vinculados voluntarios:</p> <p>Los vinculados voluntarios al Piso de Protección Social de que trata el numeral 2 del artículo 2.2.13.14.1.3. serán los responsables de realizar el aporte del quince por ciento (15%) de su ingreso mensual, después de descontar expensas y costos cuando a ello haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.3.5. Traslado de aportes al Fondo de Riesgos Laborales. Del aporte del 15% del ingreso mensual del trabajador o contratista, el 1% se destinará para financiar el Fondo de Riesgos Laborales, con el fin de atender el pago de la prima del Seguro Inclusivo. Una vez la administradora del mecanismo reciba el aporte al Piso de Protección Social, deberá realizar el registro contable y efectuará el traslado de los recursos correspondientes sin situación de fondos, al Fondo de Riesgos Laborales.</p> <p>Dentro de los tres (3) meses siguientes a la finalización de cada vigencia se deberán realizar los cruces de cuentas para trasladar los valores al Fondo Riesgos Laborales, que no se hubiesen ejecutado durante la vigencia anterior.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.5.3. Operación del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos. La</p>	<p>A su vez, el Piso de Protección Social mantiene los beneficios del mecanismo BEPS, es decir subsidio-incentivo del 20% sobre el valor ahorrado</p>
--	--	---

	<p>operación del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos será la descrita en el Título 13 de la Parte 2 del Libro 2 del presente decreto.</p> <p>Parágrafo. El ahorrador, una vez cumpla los requisitos establecidos en el artículo 2.2.13.5.1. del presente decreto y finalizado el periodo de ahorro en el mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), tendrá derecho a elegir si recibe la anualidad vitalicia junto con el incentivo del 20% sobre el valor ahorrado de conformidad con el artículo 2.2.13.4.2. del presente decreto o la devolución del valor ahorrado, caso en el cual no habrá lugar al pago del incentivo periódico, conforme a la normatividad vigente.</p>	
<p>7. Buena gobernanza</p> <p>La lista de principios hace referencia a gestión, administración y supervisión de las medidas de seguridad social, las cuales pueden estar cobijados bajo el principio sobrilla de la buena gobernanza. Si bien la Recomendación no desarrolla ningún diseño o método específico, si promueve el desarrollo de</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.2.2. Ingreso de los Vinculados Voluntarios. Las personas de que trata el numeral 2 del artículo 2.2.13.14.1.3. del presente decreto, podrán vincularse a los BEPS en el Piso de Protección Social y serán los responsables de realizar el aporte a este programa, para lo cual deberán registrarse ante la administradora de BEPS, a través de los mecanismos electrónicos o físicos que esta disponga para tal efecto.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.3.6. Límites del aporte al Piso de Protección Social. El valor del aporte anual máximo al Piso de Protección Social no podrá superar el valor establecido</p>	<p>El Decreto 1174 no hace ninguna referencia específica frente a este aspecto, no obstante asigna las responsabilidades de administración, fiscalización, inspección, vigilancia y control en las respectivas autoridades quienes a su vez</p>

<p>nuevos tipos de medidas para cubrir las distintas protecciones. Las nuevas técnicas y los elementos innovadores deben ser implementados con mayor cuidado y controlados que los ya bien conocidos y probados diseños del aseguramiento tradicional.</p>	<p>por la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos Periódicos de conformidad con el artículo 2.2.13.3.1. del presente decreto.</p> <p>El valor del aporte mínimo será definido por acuerdo de Junta Directiva de la Administradora de los Beneficios Económicos Periódicos, teniendo en cuenta criterios de eficiencia en costos de operación. En ningún caso el ahorro en el mecanismo de los Beneficios Económicos Periódicos podrá ser inferior al tope mínimo establecido para ese Servicio Social Complementario.</p> <p>(...) Parágrafo. Para los vinculados obligatorios al Piso de Protección Social que decidan hacer un aporte adicional al servicio social complementario de Beneficios Económicos Periódicos, el límite anual de los aportes se validará por separado y conforme al tope mínimo y máximo definido en los términos establecidos en el artículo 2.2.13.3.1. del presente decreto.</p> <p>No obstante, la Administradora del mecanismo deberá dar traslado de estos casos a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP), para lo de su competencia.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.5.2. Fiscalización. En el ejercicio de sus competencias la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) llevará a cabo la fiscalización:</p>	<p>cuentan con un marco normativo al respecto.</p>
--	--	--

	<p>De manera preferente a los empleadores que cuenten con trabajadores afiliados al sistema de seguridad social en el régimen contributivo, y que con el propósito de obtener provecho de la reducción de sus aportes en materia de seguridad social de una vigencia a la otra desmejoren las condiciones económicas de dichos trabajadores mediante la implementación de actos o negocios artificiosos o cualquier otra irregularidad en contra del Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>A los contratistas afiliados al sistema de seguridad social en su componente contributivo, y que con el propósito de reducir sus aportes en materia de seguridad social lleven a cabo actos o negocios artificiosos o cualquier otra irregularidad en contra del Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>A los contratistas o vinculados voluntarios, que se encuentren simultáneamente ahorrando al Piso de Protección Social y cotizando al Sistema General de Seguridad Social en el Régimen Contributivo o que tengan ingresos para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>Por su parte, la administradora del mecanismo informará a la autoridad competente en caso de evidenciar elusión o evasión al Sistema de Seguridad Social Integral.</p> <p>El Ministerio de Trabajo realizará la inspección, vigilancia y control frente al</p>	
--	---	--

	<p>cumplimiento de las normas laborales y demás disposiciones sociales, en los términos de los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo.</p>	
<p>8. Coherencia de las políticas Se expresa en la Recomendación, a través del principio I) sobre la coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; y lo señalado en el numeral 10, al diseñar y poner en práctica los pisos de protección social nacionales, los Miembros deberían: a) combinar medidas preventivas, promocionales y activas, prestaciones y servicios sociales; b) promover la actividad económica productiva y el empleo formal considerando la adopción de políticas que incluyen la contratación pública, la concesión de créditos públicos, la inspección del trabajo, políticas del mercado de trabajo e incentivos fiscales y que fomentan la educación, la formación profesional, las</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.5.3. Operación del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos. La operación del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos será la descrita en el Título 13 de la Parte 2 del Libro 2 del presente decreto.</p> <p>Parágrafo. El ahorrador, una vez cumpla los requisitos establecidos en el artículo 2.2.13.5.1. del presente decreto y finalizado el periodo de ahorro en el mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), tendrá derecho a elegir si recibe la anualidad vitalicia junto con el incentivo del 20% sobre el valor ahorrado de conformidad con el artículo 2.2.13.4.2. del presente decreto o la devolución del valor ahorrado, caso en el cual no habrá lugar al pago del incentivo periódico, conforme a la normatividad vigente.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.5.4. Cumplimiento de obligaciones. En ningún caso la inscripción a al empleador del pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones a que haya lugar que se deriven de la relación laboral.</p> <p>Por otra parte, la inscripción del contratista al Piso de Protección Social tampoco</p>	<p>El Decreto 1174 de 2020 no contempla una coordinación con otras políticas que fomentan el empleo formal, la generación de ingresos, la educación, la alfabetización, la formación profesional, las competencias y la empleabilidad, que reducen la precariedad, y que promueven el trabajo estable, la iniciativa empresarial y las empresas sostenibles en un marco de trabajo decente.</p>

<p>competencias productivas y la empleabilidad, y c)asegurar la coordinación con otras políticas que fomentan el empleo formal, la generación de ingresos, la educación, la alfabetización, la formación profesional, las competencias y la empleabilidad, que reducen la precariedad, y que promueven el trabajo estable, la iniciativa empresarial y las empresas sostenibles en un marco de trabajo decente.</p> <p>También en el literal b) del numeral 13 tratar de proporcionar al mayor número de personas posible, y lo antes posible, niveles de protección más elevados acordes con las capacidades económicas y fiscales de los Miembros; el literal d) del numeral 14 al complementar la seguridad social con políticas activas del mercado de trabajo, inclusive mediante formación profesional u otras medidas, según</p>	<p>exonera al contratante del cumplimiento de las demás obligaciones propias de la naturaleza del contrato.</p> <p>Artículo 2.2.13.14.5.5. Opción de afiliación y pago al Sistema General de Seguridad Social. Los empleadores que tengan personal que desarrolle trabajo por tiempo parcial, que en virtud de ello reciban un ingreso mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, y que tienen la obligación de vincularlos al Piso de Protección Social, podrán afiliarlos y cotizar mensualmente al Sistema General de Seguridad Social en su componente contributivo pagando el total de la contribución, por mínimo un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, lo cual lo exonerará de la obligación de vincularse al Piso de Protección Social.</p>	
---	--	--

<p>proceda; y el numeral 15 señalando que las estrategias de extensión de la seguridad social deberían aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal como de la economía informal, apoyar el crecimiento del empleo formal y la reducción de la informalidad, ser compatibles con los planes de desarrollo social, económico y medioambiental de los Miembros y facilitar su puesta en práctica.</p>		
<p>9. Participación social La recomendación se refiere a la participación social directamente a través de dos principios diferentes: q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y; r) participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones</p>	<p>Artículo 2.2.13.14.5.4. Cumplimiento de obligaciones. En ningún caso la inscripción a al empleador del pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones a que haya lugar que se deriven de la relación laboral. Por otra parte, la inscripción del contratista al Piso de Protección Social tampoco exonera al contratante del cumplimiento de las demás obligaciones propias de la naturaleza del contrato. Artículo 2.2.13.14.5.5. Opción de afiliación y pago al Sistema General de Seguridad Social. Los empleadores que tengan personal que desarrolle trabajo por tiempo parcial, que en virtud de ello reciban</p>	<p>El Decreto 1174 de 2020 reitera que el Piso de protección Social no exime a los empleadores del cumplimiento de sus obligaciones frente a los trabajadores, lo que supone el respeto por los derechos laborales colectivos.</p>

<p>pertinentes y representativas de personas interesadas.</p>	<p>un ingreso mensual inferior a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, y que tienen la obligación de vincularlos al Piso de Protección Social, podrán afiliarlos y cotizar mensualmente al Sistema General de Seguridad Social en su componente contributivo pagando el total de la contribución, por mínimo un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, lo cual lo exonerará de la obligación de vincularse al Piso de Protección Social.</p>	<p>Por otro lado, uno de los puntos que más reclaman los Sindicatos frente al Piso de Protección Social fue precisamente la falta de diálogo social en su construcción pues, su origen se encuentra en una disposición del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 sin que haya sido discutido socialmente.</p>
---	--	---

Fuente: elaboración propia a partir de la recomendación 202 de la OIT y del Decreto 1174 de 2020

4. Conclusiones

La pregunta que surgió para concretar el problema de investigación planteado al inicio de la presente tesis de doctorado se puede dividir en dos, las cuales corresponden a las dos grandes temáticas de investigación y a los tres primeros objetivos específicos de la tesis:

Por un lado, ¿cuáles son los fundamentos epistemológicos que subyacen a los distintos criterios utilizados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia para determinar el alcance de la solidaridad en la asignación de riesgos y distribución de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad?

Frente a esta pregunta, se confirmó la hipótesis de que los fundamentos epistemológicos que subyacen a las distintas interpretaciones efectuadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia al determinar los criterios para reconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta radican en la valoración del alcance del principio de solidaridad que cada Corte ha asignado a partir de una promiscuidad epistemológica, ante descriptores abiertos y difusos, por lo que encontrar o construir una solución que coincide con los datos disponibles depende de la posibilidad de encontrar y ponderar la argumentación.

Como se pudo evidenciar a través de la metodología aplicada, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia se basa principalmente en el uso de la lógica formal y el método interpretativo es generalmente el exegético, teniendo como base el método deductivo y principalmente bajo un pensamiento normativista.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha realizado algunos ajustes a su jurisprudencia analizando la normatividad internacional de Derechos Humanos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales y sus exigencias en el alcance de los derechos, principalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para la jurisprudencia de la Sala Laboral, no es cualquier clase de limitación la que da derecho a la protección por estabilidad laboral reforzada, sino aquella que sea significativa, la cual ha sido fijada por el legislador, a partir del 15%, concebida como moderada y, por tanto, como un factor objetivo de verificación por parte del operador judicial. Asimismo, ha señalado que le corresponde al trabajador, demostrar que fue despedido y que se encontraba limitado en su salud en los grados previstos por el legislador, para que surja en su favor la protección legal, que conlleva a que sea el empleador quien deba probar que las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fueron las concernientes a su limitación y, por consiguiente, ante esa situación acreditada, no se le podía exigir el agotamiento del permiso ministerial.

Si bien las funciones de las altas Cortes son evidentemente distintas, la efectividad del derecho material, la unificación de la jurisprudencia, y la protección de las garantías fundamentales, deben atender al bloque de constitucionalidad.

En torno a la procedencia de la protección de la Ley 361 de 1997, la posición actual de la Corte Suprema de Justicia se concreta en: i) que no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador; ii) que la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor; iii) que la discapacidad hace referencia a la limitación del trabajador para desarrollar sus actividades con ocasión del deterioro de su estado de salud; iv) que ante la falta de calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral, el nivel de limitación se puede inferir a través de otros medios, siempre que sea notoria, evidente y perceptible como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

Por su parte, la Corte Constitucional parte de que *la construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano el de socorrer a quien padece la necesidad, con*

medidas humanitarias. En ese sentido señala la Corte Constitucional que *lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados es mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético.*

El principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal.

Frente a las herramientas para hacer efectiva la protección en comento como lo es la reubicación laboral se considera como una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios.

Indica la Corte que la protección especial de estabilidad laboral reforzada se funda en los principios de solidaridad e integración social (CP arts. 1, 43 y 95). La solidaridad supone asumir como propias causas en principio ajenas, cuando el titular de ellas no puede por razones objetivas ejercer su defensa y protección individualmente de forma integral. El hecho de elevar a deber constitucional el principio de solidaridad implica que incluso si, en tales casos, las causas ajenas no se asumen voluntariamente por otras personas, pueden ser adjudicadas por las instituciones del Estado entre distintos individuos, grupos o entidades. En ese sentido, para la corte, un detonante del deber constitucional de solidaridad puede ser la pérdida de capacidad laboral en un grado considerable, o la experimentación objetiva de una dolencia o problema de salud que afecte sustancialmente el desempeño en condiciones regulares de las labores de las cuales uno o más seres humanos derivan su sustento.

En tales eventos, obrar solidariamente implica hacerse cargo total o parcialmente de los costos humanos que implica para la persona su situación de salud. Si no se observa una asunción voluntaria del deber de solidaridad, el Estado puede distribuir las cargas de la persona afectada de forma razonable entre otras personas, tenido en cuenta para tal efecto, los vínculos

preexistentes a la situación que motiva el obrar solidario: cuando una persona experimenta una afectación de salud relevante, el principio de solidaridad implica para sus familiares la asunción de su cuidado y asistencia personal; para las instituciones de salud con las que estaba vinculado y venía recibiendo tratamiento, el deber de continuar la prestación de servicios que requiera; y para sus empleados y contratantes, el deber de preservarlo en el empleo a menos que concurra justa causa convalidada por la oficina del Trabajo, sin perjuicio de la obligación de reubicarlo, capacitarlo y ajustar las condiciones de su trabajo al cambio en sus condiciones existenciales, pues esto además se acompasa con el principio de integración social.

En un escenario de universalización de los derechos sociales, deben concurrir todas las fuentes de la protección social donde la familia no solo es fuente de servicios como el cuidado, de consumo y de ingresos monetarios. El mercado proporciona los ingresos del trabajo, que pueden convertirse en patrimonio, y permite adquirir servicios de cuidados, mientras que los poderes públicos organizan un reparto de los ingresos y los servicios entre las distintas fases de la vida y de una familia a otra. (Esping-Andersen y Palier, 2010)

Los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás; que las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un 'desperfecto' o 'problema funcional'.

La Corte, resalta que un fundamento del Estado constitucional es “*el respeto de la dignidad humana*”, y la Constitución establece que el trabajo, “*en todas sus modalidades*”, debe realizarse en condiciones dignas y justas (y que estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos: “*Quien contrata la prestación de un servicio personal –con o sin subordinación- debe tener presente que adquiere con la persona que se lo presta una relación relevante a la luz de la Constitución, pues adquiere el deber de actuar con solidaridad cuando las circunstancias se lo requieran, y sus relaciones deben entonces trascender el principio de utilidad que en general es válido observar en los actos contractuales que desarrolle, y en las relaciones patrimoniales de disposición de sus bienes económicos. Una persona en condiciones de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva*

ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia, y su seguridad social.” (SU-040 de 2018).

La Corte Constitucional ha radicado el fundamento de su doctrina en la materia, generalmente, en argumentos de autoridad y de derecho comparado. Señalando los argumentos de autoridad, la Corte ha tenido en cuenta la concepción del Estado Social de Derecho, en la igualdad material, en la solidaridad, y en el desarrollo legislativo. Según el significado del Estado Social de Derecho, al Estado le corresponde adelantar acciones para llegar a lograr la procura existencial de las personas.

Los argumentos de derecho comparado están basados en referencias que mantiene la Corte a los instrumentos universales y latinoamericanos de protección a la discapacidad, en las que se destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad y su protocolo facultativo, la Declaración de los Derechos de las Personas con Retardo Mental, la Declaración de los Derechos de los Impedidos, la Declaración de las Personas Sordo- Ciegas, el Programa de Acción Mundial para las Personas en situación de discapacidad, y normas uniformes para la igualdad de oportunidades para personas en situación de discapacidad. Mediante estos acuerdos, además de fundamentar la adscripción del derecho a la estabilidad laboral reforzada, ha sido posible fincar su alcance y orientar la protección.

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional considera que el Derecho del Trabajo ya no puede ser concebido como unas normas reguladoras, sino como el estatuto de la clase trabajadora que se propone realizar justicia social en el equilibrio de las relaciones de trabajo y capital, con varias funciones: la función pacificadora, la función protectora vinculada al control del mercado del trabajo para poder establecer que el trabajo humano no puede considerarse una mercancía y la llamada pacificación de la conflictividad social.

Los criterios de aplicación de la estabilidad laboral reforzada desde la Corte Constitucional son un claro ejemplo de la evolución del Estado colombiano de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, que trajo consigo el abandono del carácter formal y programático de la

Constitución de 1986, por una nueva Carta Política basada en una concepción finalista y axiológica de principios. Este cambio en el esquema jurídico y político demarcó el proceso de constitucionalización del derecho en Colombia, implicando con ello que al legislar - y al interpretar la legislación - se tuviera en cuenta los preceptos y principios constitucionales, por éstos la base del ordenamiento jurídico, y otorgando al trabajo una triple dimensión: como derecho fundamental, principio y valor del Estado Social del Derecho. Al incorporar los grados de intensidad (leve, intermedio y estricto) al test de razonabilidad conservando tanto la teoría norteamericana (test de razonabilidad) como la europea (test de proporcionalidad) brindando mayor claridad en las razones que fundamentan una decisión.

Se logró evidenciar la aplicación de métodos de interpretación de la norma, predominando los métodos literal e histórico, por ello, la estabilidad laboral reforzada a la luz de la Corte Constitucional muestra un amplio esquema jurisprudencial en el que proceden todos los derechos y obligaciones tanto del Trabajador, Empleador y Ministerio del Trabajo.

En conclusión, la Corte Constitucional preferencia el método inductivo, a través de una ordenación racionalista de la producción jurisprudencial que impulsa la cultura del precedente, con un pensamiento jurídico axiológico, comparado, humanista y garantista, enfocado en la profundización de la igualdad, la libertad y la justicia social como una cooperación justa entre lo razonable y lo racional como ideas complementarias.

La racionalidad constitucional, su aplicación práctica y su análisis empírico, considerando los principios, las reglas y valores, hacen de la jurisprudencia un instrumento y al juez que la profiere, un actor del cambio, ensamblando patrones y principios históricos que se ensamblan en diferentes tiempos y espacios para hacer posible los objetos de reflexión y acción.

Por otro lado, ¿cómo la informática jurídica puede ayudar a la aplicación del principio de solidaridad en esta materia?

El enfoque de esta pregunta va dirigido a generar las condiciones y los dispositivos legales para incentivar la solidaridad e igualdad entre las y los colombianos sea real y efectiva. La discriminación es una manifestación de violencia, convertido en un fenómeno social, excluyente y de no reconocimiento de una indiferencia moral hacia el otro; en algunos casos, cuando se

culpa a ese “otro” desde la negación y la interferencia en el mismo entorno social se está configurando una relación conflictiva exteriorizada en el rechazo.

La asignación de riesgos, al hacer uso de la inteligencia artificial permite procesar datos, que ayuden a disminuir los riesgos de agravar las situaciones de discapacidad y/o debilidad manifiesta, y así generar una estabilidad laboral que ayude al proceso de inclusión y superación personal, producto del beneficio de usar Big Data, análisis de datos que ayuden a la prevención y disminución del riesgo dentro de la empresa u organización.

Es esencial el énfasis en la gestión en la asignación de riesgo por parte la empresa y/u organización, que evalúe sistemáticamente cada uno de los ítems que pueda significar alguna atipicidad a causa de la exposición al riesgo. Dentro de los aspectos que se incluirían en el procesamiento de información con inteligencia artificial y Big Data se encuentra las circunstancias de salud, el perfil epidemiológico, la información estadística de pérdida de capacidad laboral, con clasificaciones sobre tipo y tamaño del empleador, concretamente frente a las cargas de:

- Ineficacia del despido Reintegro conservando sus condiciones laborales o reubicándolo en un puesto de trabajo donde no se afecte su condición de salud.
- Pago retroactivo de los salarios, aportes y todas las prestaciones sociales dejadas de percibir
- Indemnización de 180 días de salario a tiempo de la terminación del contrato de trabajo
- Prestaciones económicas
- Seguimiento y acompañamiento que debe realizar el empleador frente a su empleado con su médico laboral, con el fin de llevar a cabo su rehabilitación, adoptando las medidas necesarias indicadas por estos para capacitar al empleado en situación de discapacidad de ser necesario.

Aportar al proceso de rehabilitación teniendo como base la reincorporación a la actividad laboral habitual o no habitual, la cual debe ser integral, comprendiendo la recuperación física, mental, familiar y ocupacional.

En este sentido, la gestión del riesgo sirve para prevenir, diagnosticar, planificar, controlar y evaluar la probabilidad de que ocurra algo; ante ese panorama, la inteligencia artificial puede

servir al empleador para diagnosticar la situación a la que se enfrenta su trabajador en condición de discapacidad, mediante la buena estimación y anticipación de un riesgo y respondiendo oportunamente.

La implementación de tecnologías como la inteligencia artificial, a través de software de almacenamiento de información en el uso de la Big Data, son de gran utilidad tanto para el empleado como para el trabajador en condición de discapacidad. La inteligencia artificial, no solo debe ser útil para el diagnóstico de la situación de riesgo de los empleados, también, debe servir para otros aspectos de la vida laboral, por ejemplo, la ubicación del trabajador, al momento de no ver afectada su integridad, rendimiento y producción en la empresa por un mal acondicionamiento del área de trabajo, lo cual, terminaría siendo una falla para la empresa, al no ser suficiente el establecer los ítems que puedan exponer la asignación del riesgo a través del proceso de evaluación.

Ahora bien, para el empleador, depende de una multiplicidad de factores, entre los que se destacan las medidas en que el riesgo se correlaciona con sus otros activos y pasivos; también, su capacidad para traspasar el riesgo y la naturaleza de los portadores de riesgos finales. Se requiere que los empleadores sean minuciosos con la información e interpretación de resultados producto de la matriz de asignación de riesgos elaborada desde programados informáticos al servicio de las empresas, organizaciones, entendidas e instituciones públicas y privadas.

La aparición de la Big Data en relación con la inteligencia artificial para la asignación del riesgo ha favorecido en el diagnóstico y prevención de riesgo. La Big Data se entiende como la cantidad de datos que logren existir, en términos de variedad, volumen y velocidad del acceso y procesamiento. Asiste al direccionamiento de la empresa en el cumplimiento de sus objetivos previamente planificados, y da elementos valiosos en el proceso de toma de decisión.

El procesamiento de Big Data ayuda a los empleadores al acondicionamiento de los entornos laborales, además de mejorar el rendimiento, e implementar nuevas estrategias como la automatización de tareas, a través de aplicaciones de la inteligencia artificial logrando un análisis en tiempo real gracias al volumen de información que se obtiene, recopila y decodifica para su diagnóstico; es decir, pasa de ser una práctica de transacción de la información a ser de interacción entre las partes involucradas.

La Big Data se encarga de crear algoritmos enfocados en la predicción de talentos y habilidades, seguimiento continuo del rendimiento, el posicionamiento de objetivos y valoración de resultados obtenidos o previstos en alcanzar. Igualmente, se obtiene en tiempo la información del trabajo en relación con el riesgo que pueda estar expuesto desde su lugar de trabajo, ante lo cual, es un sistema desarrollado que puede inclusive atreverse a prever los estados de ánimo y emociones o proporcionar formación modular del personal de trabajadores que tengan alguna discapacidad en la empresa.

En la evaluación de riesgo, existe la coordinación de los pares encargados de la seguridad, principalmente, para que, a través del diagnóstico y análisis de la Big Data, el empleador tome las medidas necesarias, como, modificar o adaptar el entorno, los equipos y la organización del área específica de trabajo.

En la evaluación de riesgos en seguridad y salud en el trabajo, se puede implementar una metodología de definir todas las interacciones y el trabajo que el empleador debe realizar durante la identificación y análisis de los riesgos del sistema, calculando el nivel de riesgo y su evaluación para la toma de decisiones; y, por último, puede llegar a encargarse de la gestión de forma automática por toda la información proporcionada a través de patrones de cumplimiento.

Las reacciones que tiene la Big Data en la obtención de resultados para la prevención de riesgo de un empleado en condición de discapacidad se traducen en los resultados, al tener varias interpretaciones dentro de la organización. En verbigracia, el índice de incidencia de accidentes de trabajo, lo que puede ser de poca importancia para el empleado, al gerente o director al considerarlo relevante en la medida que esté por encima o por debajo de la media del sector o de tus competidores; en ese sentido, las empresas y/o organizaciones reúnen un contenido variable de información, que van más allá de la evaluación del trabajador, al tener en cuenta regresiones lineales y correlaciones, es decir, todo el tráfico de almacenamiento producto del análisis Big Data, producto del análisis tradicional, se complementa con los datos de incidentes, observación, auditoría, etc.

Al momento de analizar tendencias generando series temporales, se deben tener en cuenta los índices de frecuencia de incidentes o participación, de acuerdo al tamaño de la población, y

así, hacer análisis diferencial de resultados; mientras, el número total de participaciones es más útil para una comunicación general; y para finalizar, centralizar y mantener interconectado los resultados obtenidos a través de la Big Data de análisis de riesgo en el personal de trabajo en condición de discapacidad o debilidad manifiesta.

Las ventajas de implementación de la inteligencia artificial en el sistema de gestión de riesgos laborales para el empleado en condición de discapacidad, debe articular los siguientes procesos: la evaluación, como momento principal en la valoración del trabajador; la prevención, en la ambientación del puesto y/o área de trabajo al trabajador, y no en caso inverso, debido a las condiciones anatómicas, y biológicas diferenciales del trabajador; estas medidas pueden ser establecidas en el entorno, horarios, desarrollo de sus funciones y equipos de apoyo; además es necesario tener la mayor información decodificada para el conocimiento de las necesidades que pueda suplir el empleador.

Nuestro contexto da cuenta del desarrollo y avance tecnológico, identificado como la cuarta Revolución Industrial, calificativo acuñado en 2016 por Klaus Schwab, el cual no solo consiste en máquinas y sistemas inteligentes y conectados, sino que se producen oleadas de más avances en ámbitos como la nanotecnología, y de las energías renovables a la computación cuántica. Para Shwab (2016) entonces, la cuarta revolución industrial es la unión de esas tecnologías y su interacción por medio de dominios físicos, digitales y biológicos.

La inteligencia artificial combina tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática. Dentro de la inteligencia artificial, también hay una clase de métodos conocidos como "machine learning" que implica algoritmos informáticos que tienen la capacidad de "aprender" o mejorar su rendimiento con el tiempo en alguna tarea, métodos que han tenido éxito en automatizar sofisticadas tareas que antes requerían de la cognición humana.

Bajo ese marco, se propuso en esta tesis automatizar el proceso de asignación de cargas mediante el diseño de un modelo inteligente, que facilite la toma de decisiones y que incluye: la extracción de la data y elaboración de las bases de datos; la selección de variables importantes y la elaboración del modelo de selección de cargas, teniendo en cuenta el impacto social de cada persona tanto en el ámbito laboral, familiar y en la sociedad incluyendo indicadores sociodemográficos, económicos, médicos, familiares y laborales.

Dependiendo de las fuentes dónde se encuentre esta información se ejecutan diferentes métodos inteligentes para la extracción de la data. Si la data ya está en la forma requerida, se pueden ejecutar diferentes métodos de Web Scraping para acceder a ella en la web y luego escribirla en las bases de datos propias. Si, por el contrario, no está en la forma requerida, sino en texto plano, se pueden aplicar modelos de inteligencia artificial de Modelos de Lenguaje Natural para extraer las variables importantes de los documentos, a través de análisis de tipo sintáctico y semántico de los textos. Se identifican palabras relacionadas a una cierta categoría o encontrar las palabras de mayor relevancia dentro del texto a partir de la calibración de los algoritmos.

Paralelamente se construye el *data lake* que permite ordenar y almacenar las variables extraídas anteriormente, transformadas en variables categóricas jerarquizadas, estandarizándolas bajo una misma escala de tal manera que sean comparables y tomando aquellas que tienen una mayor influencia para la toma de decisiones de estos casos de personas con discapacidad y debilidad manifiesta, descartando las variables que son poco informativas o redundantes con el fin de reducir el *overfitting*.

Posteriormente se ejecutan técnicas de feature selection supervisadas como árboles de decisión, métodos estadísticos y eliminación recursiva de variables. Luego, con las variables relevantes ya definidas, se crea una nueva base de datos donde se almacenen todos los casos con los datos de estas últimas variables seleccionadas.

A continuación, se realiza el diseño y construcción del algoritmo o modelo de clasificación que asigna automáticamente los porcentajes de cargas según las variables del caso aplicando metodologías de clasificación de tipo *one vs one* o *one vs. All*, en las que se pueden usar algoritmos como k-Nearest Neighbors, Decision Trees, Naive Bayes, Random Forest, Gradient Boosting.

De este modo, se pueden usar las probabilidades obtenidas de cada una de las clasificaciones como el porcentaje de asignación de cargas. Finalmente, se evalúan todos los modelos y elegir el que mejor precisión tenga a través de scores de multicategoría como el *Score F1*, como se explicó al final del apartado 3.2.

Como dijo Nicolás Yan en *The Future Society* (2017): “Después de todo, las máquinas no consumen como lo hacen los seres humanos: un bot de hamburguesas no puede disfrutar de un *Big Mac*, ni un droide en la fábrica desea comprar el *iPhone* que ensambla”.

Ahora bien, a lo largo de este estudio, se ha logrado consolidar los principales aspectos que influyen en la asignación del riesgo en el personal en condición de discapacidad en la empresa, lo cual, deja unos aportes a reflexionar desde la parte normativa, conceptual y metodológica. En primer lugar, es necesario desde el Estado colombiano, fortalecer el marco normativo, dentro de la política pública a la población en situación de discapacidad en el reconocimiento de lo público.

Si hay pérdida de capacidad laboral, el derecho al trabajo prevalece sobre el derecho a la libertad de empresa, por efecto de la solidaridad, lo que justifica la estabilidad laboral reforzada, pero dado que el empleador se ve afectado con la imposición de una carga, debe la sociedad apoyarlo a través de distintos mecanismos, siempre que la pérdida de capacidad laboral no haya sido ocasionada por la culpa patronal.

Para estos efectos, se considera que los pisos de protección social bajo el enfoque de la Recomendación 202 de la OIT, serían un mecanismo adecuado para fomentar la inclusión laboral de trabajadores con pérdida de capacidad laboral, implementando esquemas que brinden apoyo a los empleadores que los contraten, en un contexto de desempleo e informalidad agudizado por la pandemia.

Se trata de garantizar prestaciones de nivel mínimo, conforme las condiciones de cada sociedad, que permitan la inclusión de poblaciones que están por fuera de la protección, de tal forma que se atiendan los requerimientos básicos en materia de salud, atención de niños, cubrimiento en condiciones de inactividad productiva y vejez, bajo la lógica de avanzar paralelamente en la consolidación de sistemas integrales de seguridad social, de los cuales hagan parte aquellos esquemas de cobertura básica.

Los pisos de protección no están llamados a reemplazar, competir o desdibujar los sistemas nacionales e integrales de seguridad social. Por el contrario, el desarrollo de aquellos ha de entenderse como parte esencial de estos. Se trata de identificar puertas de entrada a la seguridad social, especialmente para poblaciones excluidas, que permitan progresivamente y conforme avanzan los Estados, consolidar una mayor cobertura subjetiva y objetiva con la cual lograr mejores condiciones de justicia, equidad y desarrollo inclusivo en las sociedades.

En lo institucional Colombia ha avanzado enormemente en la dirección a la que apunta OIT, en especial, por la consolidación de un régimen universal de atención en salud que incluye un muy

amplio espacio para el componente subsidiado, y por la creación constitucional del esquema de beneficios económicos periódicos BEPs, para el ahorro con incentivos estatales frente a poblaciones informales.

La implementación de prestaciones consistentes en subsidios condicionados también es una herramienta desde la política social, que posibilita adelantar esfuerzos para la mitigación de los riesgos económicos de las poblaciones vulnerables y de menores ingresos, que deberá articularse mayormente con el sistema integral de seguridad social, a través de iniciativas como la adopción del programa de ingreso solidario, cuyos efectos habrán de ser valorados con visión integral frente al modelo de protección social más pertinente para las condiciones del país.

Mediante Decreto 1174 de 2020 el Gobierno Nacional reglamentó las previsiones del plan nacional de desarrollo, Ley 1955 de 2019, en materia de piso de protección social, como un régimen obligatorio que cubre a los trabajadores con contratos laborales o de prestación de servicios, a tiempo parcial, y que por ende perciben ingresos al mes inferiores al salario mínimo; por su parte los trabajadores informales independientes o por cuenta propia podrán hacer uso del esquema de piso de protección social en forma voluntaria.

En agosto de 2021, la Corte Constitucional profirió dos sentencias relacionadas con demandas de inconstitucionalidad del artículo 193 de la Ley 1955 de 2019.

En la primera de ellas, la C-276 de 2021 con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo, la Corte señaló que, en efecto, dicho artículo era inconstitucional por faltar al principio de unidad de materia. Señaló la Corte que la ley que aprueba un Plan Nacional de Desarrollo sólo debe contener disposiciones que tengan un carácter instrumental, esto es que tengan una relación de medio a fin para impulsar el cumplimiento del Plan, con las metas previstas en la parte general del mismo y, a su vez, estén dirigidas a materializar un fin de planeación. En ese sentido, si bien era posible establecer una relación del piso de protección social con el pacto estructural de equidad y sus objetivos, metas y estrategias, tal relación no era directa e inmediata, no correspondía a la función de planificación, que no buscaba impulsar el cumplimiento del PND y no constituía una autorización de recursos o apropiaciones para la ejecución de este, por lo que en consecuencia debió haber sido regulada mediante un procedimiento legislativo ordinario previsto en la Constitución.

No obstante lo anterior, en esa misma sentencia y a pesar de la declaratoria de inexecutable, la Corte realiza una calificación del contenido material del piso de protección social señalando que dicho mecanismo obedece a la necesidad de incluir a población vulnerable de forma progresiva, a un sistema que permita un sustento mínimo de cobertura en salud, pensiones y riesgos que ameritan la protección social del Estado, por lo que difirió los de la decisión a partir del 20 de junio de 2023 para no afectar los derechos de ciudadanos que ya se hubiesen vinculado al mecanismo del piso de protección social.

Por otro lado, en Sentencia C-277 de 2021 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz, la Corte declaró la inexecutable del Piso de Protección Social señalando que es una medida de atención social subsidiaria y complementaria que no desplaza al Sistema de Seguridad Social, que se trata de una herramienta para evitar la informalidad y procurar el acceso al mercado laboral formal y a la seguridad social en condiciones dignas mínimas e irreductibles de un grupo social que no ha accedido a ella y que impacta positivamente e todos los actores económicos en un escenario de recesión económica.

En conclusión, en la revisión de la constitucionalidad del piso de protección social, la corte constitucional avaló materialmente la adopción del régimen de piso de protección social y otorgó plazo hasta julio de 2023 para adoptar su regulación mediante ley de carácter ordinario, siendo esa una oportunidad sin igual para que el legislador desarrolle la materia.

Lo anterior, se constituye entonces en una oportunidad en el corto plazo de profundizar en medidas que promuevan la inclusión de trabajadores en condición de discapacidad, especialmente del sector rural, considerando de otro lado los efectos socio económicos de la pandemia y el consecuente crecimiento de la informalidad laboral, principal esfuerzo debe comprometerse frente a las poblaciones que se mantienen en dicha condición.

El fortalecimiento de la política pública significaría un respaldo para la población en situación de discapacidad, implementando herramientas y mecanismos de evaluación de riesgo a través del uso de la inteligencia artificial y de esa forma, brindar el acompañamiento necesario al trabajador y el empleador que brinde una mayor asignación del riesgo que no comprometa su estabilidad laboral y personal.

El uso de la tecnología para el trabajador en situación de discapacidad en su evaluación y asignación del riesgo debe ser parte de la política pública de inclusión laboral. La igualdad de condiciones y la materialización del principio de solidaridad debe empezar desde el momento previo a la contratación, el diagnóstico y evaluación, no debe ser una modalidad de exclusión; al contrario, el deber ser es evitar la mayor exposición al riesgo, por ese motivo, la utilización de recursos propios de la tecnología artificial, desde herramientas informáticas, hasta equipos o dispositivos que sirvan para la identificación a profundidad y el monitoreo permanente dentro de la empresa, deben sumarse a las iniciativas de tener en cuenta la necesidad de adecuación del área de trabajo a partir de la dotación e instalación de materiales y equipamiento, para la generación de un entorno más favorable al empleado.

Como se observó, frente a recientes planteamientos dados en el seno de la Corte Constitucional sobre la aplicación de un test de vulnerabilidad y las críticas expuestas en sendos salvamentos de voto, el Estado no se puede limitar a la identificación del grado de resiliencia de las personas, sino que debe ejercer un rol transformador para superar la desigualdad estructural que afecta a los grupos especialmente vulnerables, con el objetivo de modificar el contexto, reducir las limitaciones, eliminar la afectación, y facilitar su adaptación para que se supere total o parcialmente la situación de vulnerabilidad, mediante medidas de protección.

La jurisprudencia constitucional y los estándares interamericanos concluyen que la vulnerabilidad es una calidad normativa prescriptiva cuyos elementos están definidos por el catálogo de derechos fundamentales, la cláusula de igualdad y el modelo del Estado Social de Derecho implican la protección reforzada de los más débiles.

Cuando se identifique que el riesgo es menor se debe valorar el costo de oportunidad enfocando recursos y esfuerzos de protección sobre personas o grupos que más lo necesiten, de tal manera que, cuanto mayor sea la amenaza, afectación y ausencia de políticas, mayor debe ser el grado de intervención estatal, el deber de protección y las exigencias derivadas del principio de solidaridad.

Finalmente, respecto del cuarto objetivo específico que se propuso esta tesis relacionado con proponer un método para la aplicación del principio de solidaridad en la distribución de riesgos y asignación de cargas frente a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de

discapacidad, se reflexionó sobre si acaso la ponderación sería suficiente para estos efectos, si se utilizaría un test de proporcionalidad o si sería necesario crear un test de solidaridad específico.

A partir de la aplicación de la ponderación a las sentencias seleccionadas incorporando los criterios del análisis económico del derecho, se concluyó que el método de la ponderación con criterios adicionales del análisis económico del derecho resulta suficiente para resolver aquellos casos difíciles donde no es posible para el Juez aplicar el método de la subsunción, al tratarse de una herramienta que no solo busca analizar la prevalencia de un derecho o un principio frente a otro, sino que también analiza el impacto económico que podría traer consigo la decisión en un largo plazo, buscando una integración entre el derecho y la economía.

El método de ponderación permite que el estudio del caso se realice bajo criterios amplios, como la economía, sociología o la filosofía, entre otros, los cuales brindan más herramientas al juez que los criterios tradicionales del estudio de la norma a través de un silogismo, es decir, se presenta tanto la justificación interna que es aquella que recurre a normas del sistema jurídico y se limita a la congruencia de la norma general vigente y la norma concreta del fallo, como la justificación externa basada en normas que no pertenecen a dicho sistema que fundamenta la sentencia, tales como las costumbres, principios morales, juicios valorativos e incluso los costos de transacción, también pueden ser los costos derivados de las actividades del Estado, al ser estos, la unidad básica de medición económica.

Complementariamente, se identificaron tres dimensiones que harían parte de la ponderación integrada con los elementos del Análisis Económico del Derecho: pauta de comportamiento según la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales y límite de derechos propios.

La jurisprudencia y los argumentos epistemológicos de las altas cortes sobre el tema en cuestión generan una mejor fundamentación filosófica y epistemológica para incrementar el estado reflexivo del Derecho y en particular del Derecho del Trabajo basada inicialmente en el Derecho natural como filosofía y luego en el Derecho científico en la representación del positivismo en la creación de la ley y la norma, a partir de lo cual podemos afirmar que la metodología desarrollada permite abordar la epistemología jurídica, la ponderación y el análisis

económico del derecho para analizar la distribución de cargas y riesgos bajo el prisma de la solidaridad ante la estabilidad laboral reforzada y la limitación de los derechos de propiedad y libre empresa.

Gracias al método de la ponderación, con la notación propuesta por Robert Alexy aplicada en la jurisprudencia colombiana, se establecieron los argumentos de peso que permitieron resolver la colisión de derechos bajo la fórmula de que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro pues el principio de la libertad de empresa debe afectarse en mayor medida para proteger al principio de la estabilidad en el empleo a los trabajadores que por sus disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales deben ser tratados preferentemente, en el sentido de garantizarles la permanencia en el empleo.

En materia de aplicación del principio de solidaridad y su relación con la ponderación y la proporcionalidad, conforme a la metodología desarrollada, se resalta la importancia del análisis económico del derecho al poner en colisión dos derechos, pues es necesario que no se pierda de vista el factor económico al proferir decisiones judiciales, pues en el caso en que no se considere esta variable, afectaría el cumplimiento de ellas, y en últimas la sostenibilidad financiera. Para estos efectos se debe partir del marco de las libertades económicas en un modelo de economía social de mercado como el que establece la Constitución, reconociendo la iniciativa privada como motor de la economía, pero la limitación razonable de la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.

Reflexión final

En los últimos siglos, la historia nos ha enseñado que, como reacción a las guerras, revoluciones, crisis económicas y sociales han surgido grandes avances de la humanidad en la protección del individuo en sociedad, tales como los seguros sociales, el Estado de Bienestar, y el Estado Constitucional, siendo tal vez el ejemplo más nítido el modelo de seguridad social universal presentado en el informe Beveridge que tuvo como contexto los días más crudos y oscuros de la segunda guerra mundial.

Hoy, que la humanidad se enfrenta a riesgos autoproducidos que de materializarse pueden conllevar su extinción como pandemias, guerras nucleares y crisis ambientales, surge la

posibilidad de demostrar que la conciencia de su existencia es realmente una virtud del ser humano y no simplemente una herramienta de una condición depredadora, siendo una protección social universal basada en la solidaridad con especial protección a sus integrantes más vulnerables, la mejor forma de demostrar que merecemos seguir existiendo como especie.

Bibliografía

3. Abramovich, V. y Curtis, C. (2002) Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid: Trotta.
4. Aguilar, A. (2015). *¿Derecho informático o informática jurídica?* RITI Journal 3 (6). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7242751.pdf>
5. Agudelo, M. (03 de febrero de 2013). *La solidaridad. Como obligación, deber y derecho fundamental.* <http://derechoshumanosuniversalesdefensa.blogspot.com/2013/02/la-solidaridad-como-obligacion-deber-y.html>
6. Aguirre-Román, J. y Pabón-Mantilla, A. (2020). Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología. *Entramado*, 16(2), 186-201.
7. Alba, A. y Moreno, F. (2004). *Discapacidad y Mercado de Trabajo*. Madrid: Caja Madrid.
8. Alcover, C. y Pérez, V. (2011). *Trabajadores en situación de discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional*. *Med. segur. trab.* vol. 57. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2011000500013
9. Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
10. Alexy, R. (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
11. Alexy, R. (2007) *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
12. Alexy, R. (2009). *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 11, 3-14. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

13. Amado, N. (2020). El derecho de autor en la inteligencia artificial de machine learning. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 30, 327-353. <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n30.12>
14. Almonacid, J. y García, N (1998) La Constitución económica de 1991: Instrumento jurídico para la democratización de la economía colombiana. *Pensamiento Jurídico*, (10).
15. Almonacid, J. (Sf). Contribuciones de la inteligencia artificial al registro de la propiedad inmobiliaria del siglo XXI.
16. Alvarado, A. (2010) La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. Primera edición. Bogotá: Universidad del Rosario.
17. Anguita, R. Ricardo. Leyes promulgadas en Chile. Ley de 21 de febrero de 1811, en Tomo I, P.3. Disponible en: <http://www.bibliotecanacionaldigital.gob.cl/visor/BND:8116>
18. Anzures. J. 2020. La libertad de empresa como derecho fundamental en México. *Revista Jurídica Digital UANDES* 3(2):80.
19. Arango, R.(2012). El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis.
20. Arjona, M. y Rubio, M. (2002). El análisis económico del derecho. Precedente. 10.18046/prec.v0.1985.
21. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. (2017). Salud y Estabilidad en el Empleo. (p. 240). Recuperado de <http://www.andi.com.co/Uploads/ANDI%20-%20Salud%20y%20estabilidad%20en%20el%20empleo.pdf>
22. Atabekov & Yastrebov. (2018). egal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move. *European Research Studies Journal*, 773-782.
23. Athan et. al. (2013). OASIS LegalRULEML. *Conerence Paper*, 2-3.
24. Atienza M. (1998). Introducción al derecho. Fontarama: México.
25. Atienza M. (2003) Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Palestra: Perú.
26. Bado. V. (2008). La garantía constitucional de la iniciativa privada en las constituciones uruguayana y española. *Revista Quantum*. Volumen III. No. 1.
27. Baptista, D., Franco, A., & Rosas, D. (02 de 09 de 2021). *¿Cómo fomentar la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad desde los servicios públicos de empleo?* Recuperado el 07 de 01 de 2022, de Blogs Banco Interamericano de Desarrollo: <https://blogs.iadb.org/trabajo/es/inclusion-laboral-de-personas-con-discapacidad/>

28. Baroni, P. y Giacomin, M., (2007) On PrincipleBased Evaluation of Extension-Based Argumentation Semantics. *Artificial Intelligence*, 171(10-15):675–700
29. Barrios, L. F. T., & Barrios, F. T. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Opinión Jurídica*, 7(13), 99-112
30. Barrientos Zamorano, M. (2012). La Obligación De Seguridad en La Subcontratación Laboral: Previsibilidad Del Hecho Y Del Daño / the Outsourcing Safety Labor Obligation: Damage Predictability and Damage Done. *Revista Chilena de Derecho*, 39(1), 77–111. <https://doi-org.ez.urosario.edu.co/10.4067/S0718-34372012000100005>
31. Béchillon. D. (2015). Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-volontarisme-politique-contre-la-liberte-d-entreprendre>
32. Bench-Capon, T. (2002) . Value-based argumentation frameworks. In 9th International Workshop on Non-Monotonic Reasoning (NMR)
33. Bench-Capon, T. J., & Visser, P. R. (1996). Deep models, ontologies and legal knowledge based systems. In *Proceedings of the Ninth International Conference on Legal Knowledge-Based Systems* (pp. 1-14).
34. Bench- Capon & Sator. (2003). A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values. *Elsevier*, 97-143.
35. Bench-Capon y Coenen. (1992). somorphism and legal knowl- edge based systems. *Artificial Intelligence and Law*, 65-86.
36. Berman, H. (1996) La formación de la tradición jurídica de occidente. Fondo de Cultura Económica.
37. Bernal Pulido, C. (2002) *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>
38. Bernard, M. (2018). *Forbes*. Obtenido de How AI And Machine Learning Are Transforming Law Firms And The Legal Sector: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/23/how-ai-and-machine-learning-are-transforming-law-firms-and-the-legal-sector/#5415d4f332c3>
39. Berners-Lee. (22 de November de 2010). Long live the web. *A call For continued Open Santandars and Neutrality*.

40. Bertanou, F. y Grafe, F. (2007) La reforma del sistema de pensiones en Brasil: aspectos fiscales e institucionales. Recuperado de: http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubCSI-145_esp.pdf
41. Bing, J. (2006) Trust and Legal Certainty in Electronic Commerce: An Essay. Festschrift Till Peter Seipel. Stockholm: Norstedts Juridik AB: 27-49.
42. Black, J. (12 de Dec de 2002). Regulatory Conversations. *Journal of Law and Society*, págs. 163-196.
43. Bobbio, N. (1938), L'analogia nella logica del diritto, Istituto Giuridico della Reale Università, Turín.
44. Bobbio N. (1990). Contribución a la Teoría del Derecho. Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje.. Combate: Madrid.
45. Boella , G. (2014). A critical analysis of legal requirements engineering from the perspective of legal practice. *Requirements Engineering and Law (RELAW)*, 14-21.
46. Boella, G (2016). *Springer Link*. Obtenido de Eunomos, a legal document and knowledge management system for the Web to provide relevant, reliable and up-to-date information on the law: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-016-9184-3>
47. Boer et. al. (2008). Specification of the Legal Knowledge Interchange Format Deliverable 1.1. *European project for Standardised Transparent Representations in order to Extend Legal Accessibility*, 14-21.
48. Bonnet, J. E. (2004). *Regimen Pensional y Seguros Privados*. Bogotá: librería Ediciones del Profesional Ltda.
49. Borrego-Aparici, R., Barquero-Sánchez-Ibargüen, M. T., Domínguez-Palacios, E., & Aumesquet-Cornello, A. (2008). Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros. Valoración médica del daño, tablas y baremos de valoración. *Rehabilitación*, 42(6), 315–324. [https://doi-org.ez.urosario.edu.co/10.1016/S0048-7120\(08\)75666-4](https://doi-org.ez.urosario.edu.co/10.1016/S0048-7120(08)75666-4)
50. Bouglé, C. “Sur les origins chrétiennes du solidarisme”, en *Revue de Métaphysique et de morale* 14 (1906) 251-264; J. Ratzinger, Eucharist, Communion and Solidarity, Lecture at the Bishop's Conference of the Region of Campania (Benevento, Junio 2, 2002) disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20020602_ratzinger-eucharistic-congress_en.html

51. BPMI, (2004) "Business Process Modeling Notation", Specification Version 1.0. Business Process Management Initiative, May 3, 2004. www.bpmi.org
52. Brewer, A. Crónica sobre la injusticia constitucional, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, 384.
53. Breukers, J. A. P. J., & Hoekstra, R. J. (2004). Epistemology and ontology in core ontologies: FOLaw and LRI-Core, two.
54. Buck, P: (2005) Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988», en Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 13, nº 53, Outubro/Dezembro
55. Burgoa, I. (1992) El juicio de amparo, 29a. ed., México. p. 821
56. Bunge M. (2013). La ciencia. Su método y su filosofía. Laetoli: Pamplona.
57. Cabanellas, G. (1981) Diccionario enciclopédico de Derecho usual. J-O, Tomo V. 18 ed. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.,
58. Calamandrei, P. (2006) Introducción al estudio sistemático de las providencias judiciales. Lima: Ed. Ara.
59. Calderón, M. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. Bogotá: Revista Academia & Derecho
60. Calenti, J. C. M. (2002). Inclusión socio-laboral y envejecimiento en las personas en situación de discapacidad intelectual. Instituto gallego de iniciativas sociales y sanitarias
61. Carrasco. H. (2014). El contenido y límites de la libertad de empresa y su articulación con el derecho de libertad sindical. Lima: Ministerio de trabajo.
62. Carrillo, F. (2018) Hasta 7 % del PIB se pierde por no incluir a personas en situación de discapacidad. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
63. Castán J. (1954): La Formulación judicial del Derecho. Madrid, Editorial Reus S.A.
64. Cath, C. (Oct. de 2018). Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges. *Philos Trans A Math Phys Eng Sci*.
65. Chacón Lemun, M. (2013) *La ponderación de principios constitucionales*. [Tesis Doctorado en Derecho] Universidad Rafael Landívar y Universidad del País Vasco. Disponible en: <https://www.ehu.eus/documents/3012743/4523265/Chacon-Lemus-Mauro-Salvador.pdf>
66. Charria Segura, J. (2013) La ponderación como método para resolver conflictos de principios y derechos laborales. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, No 7, 97-117.

67. Chávez, A. y Gadeo, W. (2018) La relación sujeto-objeto en la concepción kantiana de la ciencia Sophia, Colección de Filosofía de la Educación, núm. 25, 2018 Universidad Politécnica Salesiana
68. Cheatham, B., Javanmardian, K., Samandari, H. (2019). Enfrentando los riesgos de la inteligencia artificial. Recuperado de <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/confronting-the-risks-of-artificial-intelligence/es-CL>
69. Chiassoni, P. (2013) El Análisis Económico del Derecho. Lima: Palestra Editores S.A.C
70. Clemente de Diego, F. (1925): La jurisprudencia como fuente del Derecho (Madrid, Revista de Derecho Privado) p. 165
71. Colín, A. y Capitant, H. (1952): Curso elemental de Derecho Civil, Tomo I. 3ª edición p. 62.
72. Couture, E. (2010) Fundamentos de Derecho Procesal Civil - ara. Edición.
73. Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). *Documento Conpes Social 166. Política pública nacional de discapacidad e inclusión social*. Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación.
74. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission COSO (2004). Gestión de Riesgos Corporativos Marco Integrado. Resumen ejecutivo. España
75. Comte. A, Cours de philosophie positive. IV. La partie dogmatique de la philosophie sociale (Costes, Paris 1908).
76. Cope. (2021). España, a la cola de la OCDE en libertad de empresa. Disponible en: https://www.cope.es/actualidad/economia/noticias/espana-cola-ocde-libertad-empresa-20210614_1340409
77. Congreso de diputados. Constitución española. Sinopsis artículo 38. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>
78. Congreso de diputados. Constitución española. Sinopsis artículo 38. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>
79. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad- Manual de Instituciones- Guía para la Contratación y Capacitación de Personas en situación de discapacidad, Primera Edición, 2015
80. Cortina, A. (1990) Más allá del colectivismo y el individualismo, en Sistema. Revista de Ciencias Sociales, nº 96, Mayo 1990, págs. 3 y ss.; en concreto, pág. 12.

81. Courtis, C. (2009) El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En: Ecos Cercanos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
82. Cuello, M. y Sardoth, A. (2017) *Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno* [Tesis Especialización Derecho Administrativo] Universidad Santo Tomás. Disponible en: <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10756/2018Cuellomelba.pdf?sequence=1>
83. Dabass & Singh. (2018). Scope of Artificial Intelligence in Law.
84. Daskalopulu, A. (1999). *Logic-Based Tools for the Analysis and Representation of Legal Contracts*. London: Imperial College London.
85. D Antonio, J.A: El Estado autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa, vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pág. 377
86. De Cabo, C. (2006). Teoría constitucional de la solidaridad. Madrid: Marcial Pons.
87. De Lucas, J (1994) «La polémica sobre los deberes de solidaridad», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 19, Septiembre/Diciembre
88. Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE (2020). *Personas en situación de discapacidad, retos diferenciales en el marco de COVID-19*. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/2020-Boletin-personas-con-discapacidad-marco-COVID-19.pdf>
89. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2019). *Caracterización de las personas con dificultades para realizar actividades básicas diarias*. Recuperado el 27 de 12 de 2021, de Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://dane.maps.arcgis.com/apps/MapJournal/index.html?appid=0aaa6e61c08d42cfa c298b555fc56120#>
90. Departamento Nacional de Planeación. (2022). *Evaluación de resultados de la Política pública de discapacidad e inclusión social (PPDIS)*. Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación.
91. Díaz, R. (1997): Teoría General del Derecho. {Madrid, Editorial Tecnos S.A.) p. 367
92. Díaz, M. P., & Bonjoch, M. R. (2007). ¿ Y después del trabajo, qué? Más allá de la integración laboral de las personas en situación de discapacidad. Revista de Educación, 342, 329-348.

93. Dijkhoff, T. Mpedi, L. George, A. (2018) Recommendations on Social Protection Floors: Basic Principles for Innovative Solutions (Studies in Employment and Social Policy) Kluwer Law International.
94. Dipshan, R. (02 de June de 2019). *Artificial Intelligence Is Ready for the Legal Industry's Attention*. Obtenido de <https://www.law.com/americanlawyer/2019/06/02/tal-june-ltn/?slreturn=20190521130430>
95. Domenech, G. (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del derecho. InDret Revista para el Análisis del Derecho. Recuperado de: <file:///C:/Users/jmontenegro/Downloads/354515-511361-1-SM.pdf>
96. Dowden, B. (2018). Logical Reasoning. *California State University Sacramento*.
97. Duguit, L (1926) Manual de Derecho Constitucional, traducción de José G. Acuña, 2ª ed., Francisco Beltrán, Madrid.
98. Duque Quintero, S. P., Quintero Quintero, M. L., & González Sánchez, P. (2016). Sobre la protección en el trabajo para las personas en situación de discapacidad.
99. Dworkin, R. (1997) Los Derechos en serio. Barcelona: Ariel.
100. Dworkin, R. (2003) Virtud soberana: La teoría y la práctica de la igualdad. Barcelona: Paidós.
101. Dworkin, R. "El imperio de la justicia", 2 ed. España: Editorial Gedisa, 2012, p. 283-284
102. Elgammal, E. (8 de Feb de 2014). Formalizing and applying compliance patterns for business process compliance. *Software & Systems Modeling*, págs. 119-146.
103. Escobar, A. M. B., Restrepo, Y. G., & De Roa, A. L. S. (2015). La discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Republicana*, (18).
104. eSponte. (2019). *Solution*. Obtenido de <https://www.esponte.com/>
105. Esping-Andersen, G. y Palier, B. (2010) Los tres grandes retos del estado del bienestar. Ariel
106. Estrada, A. (2005). La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional. Publicado en: *Revista de Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, p. 73 y 74.
107. Estrada, S. (2010) *La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad*. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 121: 77-112, julio-diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a04.pdf>

108. Ferrajoli, L. et al. (2001) *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
109. Fernández, C. B. (2006). *Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral*. La Ley. Obtenido de: https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=7R6rEKPfsrkC&oi=fnd&pg=PA49&dq=incapacidad+%2B+daño&ots=t9mHCiDnKB&sig=04N_D5LNTZWWu5Gqi9oByhElyu8&redir_esc=y#v=onepage&q=daño&f=false
110. Fedesarrollo. (2018). *Inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad*. Bogotá D.C.: Fedesarrollo.
111. Filippi, A. (2004). Norberto Bobbio y Carlos Cossio: La filosofía jurídica de la interpretación analógica. *Isonomía* [online]., n.21 [citado 2021-05-15], pp.261-269. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218.
112. Flach, P. (2012). *Machine Learning: The Art and Science of Algorithms that make sense of data 3*.
113. François-Xavier. L. (2005). *Le droit des affaires*. Disponible en: <https://www.cairn.info/le-droit-des-affaires--9782130548294-page-85.htm>
114. Gaffney, N. (12 de April de 2019). *How Artificial Intelligence Is Changing Law Firms and the Law*. LawPay.
115. Galvis Palacio, M. A. (2015). *Factores sociodemográficos, y laborales relacionados con la calificación de pérdida de la capacidad laboral de patologías de origen laboral y común por la junta regional de calificación de invalidez del meta 2012-2013* (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).
116. Gamonal, S. (2012). *Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno*. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (39), 161-176.
117. García de Enterría, E. (1985) *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
118. García, N. (2009) *Consumidores y ciudadanos, conflictos multiculturales de la globalización*. México: Debolsillo.
119. Garrocho Rangel, C. F., & Campos Alanís, J. (2006). *Un indicador de accesibilidad a unidades de servicios clave para ciudades mexicanas: fundamentos, diseño y aplicación*. *Economía, sociedad y territorio*, 349-397.

120. Geny, F. (1925) Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. Madrid: Editorial Reus S. A.
121. Gordon. (2008). Constructing legal arguments with rules in the legal knowledge interchange format (LKIF). *Springer*.
122. Gordon, T. (2008). Constructing legal arguments with rules in the legal knowledge interchange format (LKIF). *Springer*.
123. Gordon, T. F. (1995). The Pleadings Game; An Artificial Intelligence Model of Procedural Justice. New York.
124. Governatori y Rotolo. (2010). Norm compliance in business process modeling. In M. Dean, J. Hall, A. Rotolo, and S. Tabet, editors, RuleML. *Lecture Notes in Computer Science*, 194-209.
125. Gruber, T. R. (1992). Ontolingua: A Mechanism to Support Portable Ontologies.
126. Gobernación de Cundinamarca. (01 de 06 de 2015). *Ordenanza No.266/2015. Por medio de la cual se adopta la Política Pública para la Inclusión Social de las Personas en situación de discapacidad en el departamento de Cundinamarca y se dictan otras disposiciones*. Recuperado el 2021 de 12 de 30, de Gobernación de Cundinamarca: <https://www.cundinamarca.gov.co/wcm/connect/7afc06f7-52ac-489a-a422-26ec2128d213/Ordenanza-0266-2015-Seguridad-Discapacidad.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kTpg5kN>
127. Gobernación de Cundinamarca. (s.f.). *Normograma Persona Mayor y Discapacidad*. Recuperado el 30 de 12 de 2021, de Secretaría de Desarrollo Social: https://www.cundinamarca.gov.co/Home/SecretariasEntidades.gc/Secretariadedesarrollo/SecdeDesaSocDespliegue/ascentrodoc_contenidos/csecredesarrollo_centrodoc_normograma_persona_mayor_y_discapacidad
128. Guarino, N et. al. (2016). Towards an ontology of value ascription. In Formal Ontology in Information Systems: Proceedings. 9Th International Conference (FOIS 2016).
129. Guibourg, R. (2015). *Informática Jurídica. Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/25.pdf>
130. Gutiérrez Ramírez, M. E. (2020). Alcance de las garantías constitucionales en el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral. *Revista Inciso*, 22(1).

131. Habermas, J. (1982) "Parsons v. Weber: la función sociointegradora del derecho" En: Habermas: "Para que aún filosofía?, en Sobre Nietzsche y Otros Ensayos. Madrid: Tecnos.
132. Hage, J. (2016). *Elementary logic for lawyers*.
133. Hardy, T. (2001). IA: Inteligencia Artificial. *Revista de la Universidad Bolivariana*.
134. Hart, H. (1994) the concept of law. Oxford: Clarendon press.
135. Hart, H.L.A (1995) El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
136. Hattenhauer, Hans (1987) Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Barcelona: Ariel.
137. Hayward, J.(1959) Solidarity: the Social History of an Idea in Nineteenth Century France, en *International Review of Social History*, Vol. 4, No. 2.
138. Hernández, E.; Duque, N.; y Moreno, J. (2017). *Big Data: una exploración de investigaciones, tecnologías y casos de aplicación*. TecnoLógicas, vol. 20, no. 39.
139. Hernández N., Navarret C. y León, C. (2019) La toma de decisiones en la informática jurídica basado en el uso de los sistemas expertos. *Revista de investigación operacional*. VOL. 40 , NO.1, 131-139
140. Hekayati, J. & Rahimpour, M.R., (2017). Estimation of the saturation pressure of pure ionic liquids using MLP artificial neural networks and the revised isofugacity criterion. *Journal of Molecular Liquids journal*, 230, pp.85-95.
141. Hinestrosa, F. (2005) Conferencias de Derecho Civil Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
142. Horty & Bench-Capon. (14 de June de 2012). A factor-based definition of precedential constraint. *Artif Intell Law*. Springer Science+Business Media B.V.
143. Horty, J. (1993). Deontic Logic as Founded on Nonmonotonic Logic. *Annals of Mathematics and Artificial Intel ligence*, 69 - 91.
144. Horty, J. (June de 2017). Reasoning with Dimensions and Magnitudes. London, UK.
145. Huenchuan, S. (2013) Envejecimiento, solidaridad y protección social en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile, Chile: CEPAL.
146. Humphreys et. al. (2016). Semantic Role Labeling and Text Similarity. PhD thesis. Universite du Luxembourg and Universita degli studi di Torino.
147. Humphreys, L. (2016). Populating Legal Ontologies with Information Extraction based on Semantic Role Labeling and Text Similarity. Luxembourg: Université du Luxembourg.

148. IBM (2021) ¿Qué es la instanciación? Recuperado de:
<https://www.ibm.com/docs/es/spss-modeler/saas?topic=node-what-is-instantiation>
149. ICAIL. (June de 2019). *17th International conference on artificial intelligence and law*. Obtenido de Cyberjustice: <https://icail2019-cyberjustice.com/>
150. Institute on Disability. University of New Hampshire. (2019). *2018 Annual Report on People with Disabilities in America*. Durham: University of New Hampshire.
151. Islam, S. (2014). Solid waste bin detection and classification using Dynamic Time Warping and MLP classifier. *Waste Management*, 34, pp.281-290.
152. Jabłonowska et. al. (28 de July de 2018). Consumer Law and Artificial Intelligence. *Challenges to the EU Consumer Law and Policy Stemming from the Business's Use of Artificial Intelligence*. Florence.
153. Jácome, S. (2013). Algunas reflexiones presentes para el futuro del derecho del trabajo. Bogotá: Revista Academia & Derecho
154. Jaramillo, A. (2019) Código General del Proceso. Comentado y concordado. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
155. Jaramillo, L. (2003) ¿Qué es epistemología? En: cinta de Moebio. Nom. 18. Santiago, Chile
156. Josserand, L. (1999) Derecho Civil. Tomo II Vol. I Teoría General de las Obligaciones. Buenos Aires :Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y cía Editores.
157. Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó. Sentencia R.U.C. 08-4-0001305-6/R.I.T. T-1-2008, confirmada por C.S. Rol 52-2009
158. Kelsen, H. (2009) El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Zaragoza: Editorial Reus, 2009.
159. Kornhauser, L.. (2005) Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions, in M. P. Golding, W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, p. 68.
160. Kornhauser, L. (2006) Legal Philosophy: The Economic Analysis of Law, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>), p. 1
161. Lagos. R. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en:
https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf
https://www.researchgate.net/publication/346518923_La_libertad_de_empresa_como_derecho_fundamental_en_Mexico

162. Lancho, F. (2003) Los Sistemas Expertos en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXI, 2003, 629-636.
163. Law Technology Today. (19 de Feb de 2019). lawtechnologytoday. Obtenido de Three Ways Law Firms Can Use Artificial Intelligence: <https://www.lawtechnologytoday.org/2019/02/three-ways-law-firms-can-use-artificial-intelligence/>
164. LawLogix. (2019). I-9 Compliance Guardian Software. Obtenido de <https://www.lawlogix.com/products/meet-guardian/>
165. Lee, M., & Martin, J. L. (2015). Coding, counting and cultural cartography. *American Journal of Cultural Sociology*, 3(1), 1–33.
166. Legal Tech Blog. (12 de March de 2017). *AI in Law: Definition, Current Limitations and Future Potential*. Obtenido de <https://legal-tech-blog.de/ai-in-law-definition-current-limitations-and-future-potential>
167. Loland & Frigessi. (Sf). *biginsight*. Obtenido de AI – EXPLANATION & LAW: <https://www.biginsight.no/new-page>
168. López, D. (2000) El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis.
169. López, D. (2013). Análisis de las posibilidades de uso de Big Data en las organizaciones. Universidad de Catatambria.
170. Losavio, M. (2022). Algorithms of Machines and Law: Risks in Pattern Recognition, Machine Learning and Artificial Intelligence for Justice and Fairness. *Public Governance, Administration and Finances Law Review*, 6(2), 21–34. <https://doi.org/10.53116/pgafnr.2021.2.3>
171. Lozano, I. M. F., & de la Rosa, Y. C. (2014). El debido proceso administrativo en el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral. *Revista Jurídica Mario Alario D´ Filippo*, 6(12), 57-69.
172. Maccormick, N. (2008) *Institutions of law. An essay in legal theory law, state, and practical reason*. Oxford University press.
173. Mahler, T. (2009) Una definición de riesgo legal(1) *Revista N° 22 Ene.-Mar.* http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a8010404ce0430a010151404c
174. Malderaa, S., Monarora, M., Navarin, N., Sartoria, G., & Scarpazzaa, C. (2021). Detecting deception through facial expressions in a dataset of videotaped interviews: A comparison between human judges and machine learning models. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0747563221003861>

175. Maldonado Muñoz, M. (2013) El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas. *Revista de Derecho* Vol. 3 (2012/2013), 139-174. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794.
176. Manson T. M. (1974). Recasens Siches y la Lógica Jurídica Formal. *Revista Chilena de Derecho*.
177. Maraniello, P. (2005) *El Principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional*.
178. Marin, M. (2013). Prevención de Riesgos Laborales y Big Data. (<https://blog.areaseys.com/prevencion-riesgos-laborales-big-data/>)
179. Marty, G. (2000) *Derecho Civil, (Teoría General de las Obligaciones, Vol I*. México: Editorial José M. Cajica Jr.
180. Mapfre Medician. (2007). *Propuesta de un método de valoración de daño por lesión musculoesquelética como instrumento de prevención terciaria en el medio laboral*
181. Martin, A. D.; Quinn, K. M.; Ruger, T. W. y Kim, P. T. (2004) "Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making". *Perspectives on Politics* 2(04): 761-767.
182. Martínez, J. (2019) "La teoría institucional del derecho" En: Interpretación Constitucional aplicada. Recuperado de: 06_cap2_MARTINEZ_Serie-Interpretacion-constitucional-Aplicada-4-87-134.pdf (scjn.gob.mx)
183. Martínez, R., & Jané, P. (2014). Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 11, 69-87.
184. Marwane et. al. (2011). Corel: Policybased and model-driven regulatory compliance management. . *EDOC'11*, 247-256.
185. Marzetti, M. (2017). <http://cedeflaw.org/>. Obtenido de <http://cedeflaw.org/pdfs/2017627155311-112.pdf>
186. Mazeaud, H, Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1965) *Lecciones de Derecho Civil*. 16 vols. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-1965.
187. McCormick, R. (2004) *The Management of Legal Risk by Financial Institutions*. Recuperado de: http://www.federalreserve.gov/SECRS/2005/August/20050818/OP-1189/OP-1189_2_1.pdf.
188. McCarty, L. Thorne, (1983) *Permissions and Obligations in Proceedings of the Eighth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, pp 287-294.

189. McCarty, L. T. (1989, May). A language for legal Discourse I. basic features. In *ICAIL* (Vol. 89, pp. 180-189).
190. Medellín, A. (2013). *La ponderación y el análisis económico del derecho integrados*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
191. Medlineplus. (s.f.). *Síndrome del túnel carpiano*. Obtenido de <https://medlineplus.gov/spanish/carpaltunnelsyndrome.html>
192. Medina Crespo, M. (2017). *El nuevo baremo del trafico-Comentario critico a las disposiciones generales*. Barcelona: Wolters Kluwer.}
193. Mejía, O. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. *Derecho y Realidad*, 4(7).
194. Melo, I. "La Constitución de 1886", en: *Nueva Historia de Colombia, Tomo I: Historia Política*, Planeta, Bogotá, 1989, p. 44.
195. Minh D. (1995) On the acceptability of arguments and its fundamental role in nonmonotonic reasoning and logic programming and n-person games. *Artificial Intelligence*, 77:321–357.
196. Ministerio de Salud y Protección Social. (2018). *Sala situacional de las Personas en situación de discapacidad (PCD)*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y Protección Social.
197. Ministerio de Trabajo. (2016). *Guía para el proceso de inclusión laboral de personas en situación de discapacidad*. Bogotá D.C.: Ministerio de Trabajo. Obtenido de Ministerio de Trabajo.
198. Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Guía de gestión territorial en discapacidad para gobernadores y alcaldes*. Recuperado el 25 de 12 de 2021, de Ministerio de Salud y Protección Social:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Guia-Territorial-Discapacidad-Gobernadores-Alcaldes.pdf>
199. Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Lineamientos generales para la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social en entidades territoriales 2013-2022*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y Protección Social.

200. Ministerio de Salud y Protección Social. (26 de 02 de 2018). *Resolución 583 del 2018*. Recuperado el 28 de 12 de 2021, de Ministerio de Salud y Protección Social: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-583-de-2018.pdf>
201. Ministerio de Salud y Protección Social. (07 de 2020). *Observatorio Discapacidad*. Obtenido de SISPRO: <http://rsvr2.sispro.gov.co/ObservatorioDiscapacidad/>
202. Ministerio de Salud y Protección Social. (22 de 12 de 2021). *Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social*. Recuperado el 22 de 12 de 2021, de Ministerio de Salud y Protección Social: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Discapacidad/Paginas/politica-publica.aspx>
203. Ministerio del Trabajo. (2021). *Estadísticas. Fuente de información laboral en Colombia*. Recuperado el 10 de 12 de 2021, de Ministerio del Trabajo: <http://filco.mintrabajo.gov.co/FILCO/faces/indicadores.jsf>
204. Ministerio del Trabajo. (2013). Informe Ejecutivo. II Encuesta Nacional de Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Sistema General de Riesgos. Obtenido de Fasecolda.com: http://www.fasecolda.com/files/1614/4969/7446/Ministerio_del_Trabajo._2013._II_Encuesta_Nacional_de_Condiciones_de_Seguridad_y_Salud_en_el_Trabajo_en_el_Sistema_General_de_Riesgos_Laborales.pdf
- Moles, R. (1991). Legal Theory Article Logic programming - An Assessment Of Its Potential For Artificial Intelligence Applications In Law. *Journal of Law and Information*
205. Mercurio, N. y Medema, S., (1997). *Economics and the Law. From Posner to Post-modernism*. Princeton: Princeton University Press
206. Ministerio de Trabajo (2015) *Guía para el proceso de inclusión laboral*. Bogotá: Ministerio de Trabajo.
207. Mohr, J., & Bogdanov, P. (2013). Introduction—Topic models: What they are and why they matter. *Poetics*, 41(6), 545–569.
208. Monaro, M., Maldera, S., Scarpazza, C., Sartori, G., & Navarin, N. (2022). Detecting deception through facial expressions in a dataset of videotaped interviews: A

- comparison between human judges and machine learning models. *Computers in Human Behavior*, 127. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co/10.1016/j.chb.2021.107063>
209. Monateri, P. y Samuel, G. (2006) *La invención del derecho privado*. Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Siglo del hombre Editores.
210. Mosset, J. (2009) *¿Cómo contratar en una economía de mercado?* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
211. Mosset, J. (2011) *Derecho Civil Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
212. Muthuri et. al. (2017). Compliance patterns: harnessing value modeling and legal interpretation to manage regulatory conversations. *Conference: the 16th edition of the International Conference*.
213. Naruse, N. Y. J., & Galindo, M. G. A. (2005). Accidentes de trabajo: Un perfil general. *Rev Fac Med UNAM*, 48(4), 139-144.
214. National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities. (16 de 09 de 2020). *Common Barriers to Participation Experienced by People with Disabilities*. Recuperado el 04 de 01 de 2022, de Centers for Disease Control and Prevention: <https://www.cdc.gov/ncbddd/disabilityandhealth/disability-barriers.html>
215. Navarrete, C. (2016) *Institucionalismo informal: tras las huellas de un discurso institucionalista informal*. En: *Perfiles Latinoamericanos* 24(47). pp. 283-306.
216. Nickell, S. (1997). Unemployment and Labor Market. Rigidities: Europe versus North America. *Journal of Economic Perspectives*, 55-74
217. Nieto Alzate, C., Escobar Díaz, S. M., Mena Ortiz, L. Z., Ríos Osorio, Z., & Tirado Betancur, L. E. (2016). *Las organizaciones sociales y los procesos de incidencia, participación y gestión en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad (SND)*. Medellín; Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y Protección Social.
218. North, D. (1993) *Desempeño económico en el transcurso de los años*. Conferencia de Douglass C. North en Estocolmo, Suecia, el 9 de diciembre de 1993 al recibir el Premio Nóbel de Ciencias Económicas. Versión traducida al español.
219. North, D. (1993) *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, Fondo de Cultura Económica, México.
220. OASIS, (2019) "OASIS LegalXML Electronic Court Filing TC". Recuperado de: https://www.oasis-open.org/committees/tc_home.php?wg_abbrev=legalxml-courtfilling

221. Oficina Internacional del Trabajo. (1989). Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
222. Oficina Internacional del Trabajo-OIT (2011). Discapacidad en el lugar de trabajo Prácticas de las empresas. https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/publications/working_paper_n3_sp.pdf
223. Odorqui, G.y Olivera., R. (2003) Derecho Extracontractual. Volumen II, Compendio de Responsabilidad Extracontractual. Montivideo: Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández
224. Organización de Naciones Unidas (2012). Proyecto de documento final sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. 2 de julio de 2012. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session9/A.HR.C.AC.9.4_sp.pdf
225. Organización Internacional del Trabajo (2012) Recomendación 202. Ginebra:OIT.
226. Organización Mundial de la Salud. (2014). *Discapacidades y rehabilitación*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/disabilities/actionplan/es/>
227. Organización Mundial de la Salud. (9 de agosto de 2019). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/musculoskeletal-conditions>
228. Organización Mundial de la Salud. (12 de septiembre de 2018). *OMS*. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/cancer>
229. Organización Panamericana de la Salud. (s.f.). *Discapacidad*. Recuperado el 22 de 12 de 2021, de Organización Panamericana de la Salud: <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>
230. Ortega, B. (2017). The KP algorithm for the analysis of the optimal flow of information. Ecuador: Universidad Técnica de Ambato.
231. Ostau de Lafont de León, F., & Niño Chavarro, L. (2017). La filosofía del mundo del trabajo en el siglo XXI. *Revista Republicana*, 22(22). Recuperado a partir de <https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/373>

232. Otris. (2019). *Ortis Compliance*. Obtenido de <https://www.otris.com/products/compliance-software/>
233. Palacios, A. (2008) El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca
234. Pääkkönen, J., & Ylikoski, P. (2021). Humanistic interpretation and machine learning. *Synthese: An International Journal for Epistemology, Methodology and Philosophy of Science*, 199(1–2), 1461–1497. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co/10.1007/s11229-020-02806-w>
235. Parra, J. (2011). Manual de Derecho Probatorio. Décimo Octava Edición. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA
236. Peces-Barba, G. (1991) Curso de Derechos Fundamentales, I (Teoría general), EUDEMA, Madrid, págs. 222 y ss.
237. Perez Pineda B, G. B. (1995). *Daño corporal*. Granada: Comares.
238. Petrievi, V. (2015). *Compliance Patterns with EU Anti-Discrimination Legislation*. Springer.
239. Pissarello, G. (2013) Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación. *Revista de Estudios Sociales* No. 46 Bogotá, mayo - agosto de 2013 Pp. 86-97.
240. Posner, R. (1971) Killing or Wounding to Protect a Property Interest, en “*Journal of Law and Economics*”, 14, 1971, pp. 201-232; P. Chiassoni, El análisis económico del derecho, cap. IV, § 2.2.
241. Posner, R. (1987) The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987, en “*Harvard Law Review*”, 100, 1987, pp. 761-780.
242. Posner, R. (1990) *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 232-233, 239.
243. Posner, R. (1995) *Overcoming Law*, Cambridge, Mass. – London, England, Harvard University Press, p. 12.
244. Posner, R. (2001) *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Mass.-London, England, Harvard University Press, 2001, pp. 58-60;
245. Posner, R. (2002). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
246. Posner, R. y Roca, V. (2011) *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons

247. Prakken y Sator. (1997). Argument-based extended logic programming with defeasible priorities. *Journal of Applied Non- Classical Logics*.
248. Prakken, H. (2011). *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*.
249. Prakken, H. (1997). The Role of Logic in Legal Reasoning. *Logical Tools for Modelling Legal Argument* , 15-31.
250. Prieto, Luis. Apuntes de teoría del derecho. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.
251. RAE (2019) Diccionario de la lengua Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/?id=R5B0YYh>
252. Puig, F. (1957): Tratado de Derecho Civil Español, Tomo \ Vol. I. (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) Ramírez, D. (2013) La prueba en el proceso. Una aventura intelectual. Primera edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda
253. Puma Pacco, E. () *Razonabilidad y proporcionalidad: principios constitucionales para detener el abuso del poder del estado*. Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/27460/Razonabilidad%20y%20proporcionalidad%20principios%20constitucionales%20para%20detener%20el%20Abuso%20del%20poder%20del%20estado.pdf?sequence=1>
254. Ray, W. (2002). The Use and Limits of Deductive Logic in Legal Reasoning. *Santa Clara Law Review*, 813 - 862.
255. Rayo. (20 de Mayo de 2019). *Emerj*. Obtenido de AI in Law and Legal Practice – A Comprehensive View of 35 Current Applications: <https://emerj.com/ai-sector-overviews/ai-in-law-legal-practice-current-applications/>
256. Reed et. al. (01 de March de 2007). Argument diagramming in logic, law and artificial intelligence. *The Knowledge Engineering Review*.
257. odríguez Ferro, F. E., & León Rodríguez, A. C. (2010). *Estudio diagnóstico sobre barreras para la inclusión laboral*. Bogotá D.C.: Pacto de productividad.
258. Robaina, N. E. F., Río, C. J., Gil, F. G., y Calvo, P. M. G. (2010). Análisis de la calidad de vida laboral en trabajadores en situación de discapacidad. Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria= Revista de servicios sociales, (47), 95-107.
259. Roca, E. (2002) Derecho de Daños, Textos y Materiales. 2 ed, valencia: Tirant lo Blanch.

260. Rodríguez. E. (2011). La libertad de empresa como derecho en el Perú. [Trabajo final]. Pontifica Universidad Católica de Perú. Disponible en: https://www.academia.edu/7146242/LA_LIBERTAD_DE_EMPRESA_COMO_DEREC_HO_EN_EL_PER%C3%9A
261. Rodríguez, F. (2015). La solidaridad intergeneracional en la Seguridad Social. Recuperado de: http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=23741
262. Rodríguez, L. (Junio de 2018). Revisión legal y jurisprudencial del fuero de personas en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. (http://www.scielo.org.co, Ed.) *Justicia*. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412018000100141&lang=es
263. Rojas, J.F. (2018) Representación de modelo semántico en el dominio jurídico aplicado al derecho informático en Colombia. (Tesis de Maestría en Ciencias de la Información y las Comunicaciones). Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Bogotá.
264. Rosado, D. et al. (s.f). MARISMA-BiDa: Gestión y Control del riesgo en Big Data. Caso de Estudio. Universidad del Rosario. https://editorial.urosario.edu.co/pub/media/hipertexto/rosario/anexos/proyecto-cibsi/03_F21_ok.pdf
265. ROSSIntelligence. (2019). *About*. Obtenido de <https://rossintelligence.com/>
266. Rotstein N. (2010) Un Marco Argumentativo Abstracto Dinámico [Tesis de doctorado] Universidad Nacional del Sur.
267. Ruggero et. al. (2007). logic for law students: how to think like a lawyer. ULS.
268. Ruopeng Lu et. al. (2009). Measurement of compliance distance in business work practice. *IS Management* 25, 344-355.
269. Sabogal. L. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en colombia. *revist@ e – Mercatoria Volumen 4, Número 1*.
270. Sánchez de la Cruz. A. (2020, julio). La razón de nuestros males: España está a la cola de la OCDE en libertad de empresa. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2020-07-10/la-razon-nuestros-males-espana-cola-ocde-libertad-empresa-indice-libertad-economica-iee--1276660697/>

271. Sarabia, D. (2019) ¿Puede un algoritmo impartir Justicia? Algunos tribunales empiezan a probarlo. En: https://www.eldiario.es/tecnologia/Puede-algoritmo-impartir-justicia-tribunales_0_889261602.html
272. Schiavone, A. (2013) *La invención del Derecho en Occidente*. Buenos Aires: Colección Filosofía e Historia.
273. Schmitt, C. (1996) "Distinción de los Modos de Pensar la Ciencia Jurídica". En: *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid: Tecnos.
274. Sola, J. (2011). *Coase y la decisión judicial*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf
275. Stamper, R.K. (1991). *The Role of Semantics in Legal Expert Systems and Legal Reasoning*, *Ratio Juris*, Vol. 4, No. 2, pp.219-244.
276. Stamper, R.K. (1980). *LEGOL: Modelling Legal Rules by Computer*, *Computer Science and Law*, Niblett, B., (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, UK.
277. Sartor. (2009). *Legal Concepts as inferential nodes and ontological categories*. *Artif intell Law*, 217-251.
278. Saunders, K. (1998). *What Logic Can and Cannot Tell Us About Law*. Michigan, EEUU: Michigan State University College of Law.
279. S.A. White, (2004) "Introduction to BPMN". bpmn.org (pub), May 2004. www.bpmn.org
280. Schwab, K. (2016). *La Cuarta Revolución Industrial*. Editorial Debate.
281. Sengupta, S., & Dave, V. (2021). Predicting applicable law sections from judicial case reports using legislative text analysis with machine learning. *Journal of Computational Social Science*, 1–14. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co/10.1007/s42001-021-00135->
282. Stamper, R.K. (1991). *The Role of Semantics in Legal Expert Systems and Legal Reasoning*, *Ratio Juris*, Vol. 4, No. 2, pp.219-244.
283. Stamper, R.K. (1980). *LEGOL: Modelling Legal Rules by Computer*, *Computer Science and Law*, Niblett, B., (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, UK.
284. Stamper, R.K. (1996). *Signs, Information, Norms and Systems, Signs at Work*, B. Holmqvist, and P.B. Andersen (eds.), De Bruyter, Berlin, Germany.
285. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (2009). *Stanford*. Obtenido de *The Logic of Action*: <https://plato.stanford.edu/entries/logic-action/>

286. Stewart, J. (2018). Simple Logic And The Law: "Blind-sided by the Mack Truck".
287. Suárez Vega, H. R., Gallego Vásquez, J. E., & Jaramillo Villegas, P. A. (2020). Caracterización de competencias profesionales necesarias para los médicos calificadoros de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en Colombia. *Revista IUS*, 14(45), 141-160
288. Surden, H. (2014). Machine Learning and Law. *Washington Law Review*, 89(1), 87–116
289. Teubner, G. (2002). El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. Tezanos Tortajada, J. F. (2006). La explicación sociológica: una introducción a la sociología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
290. Thomson Reuters. (Sf). *Legal.Thomsonreuters*. Obtenido de Ready or not artificial intelligence and corporate legal departments: <https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/articles/artificial-intelligence-ai-report>
291. Torres, H. (2002). La Corte Constitucional entre la Economía y el Derecho. *Pensamiento Jurídico*. No. 15.
292. Torres, J. y Toledo, (2020). Epistemología Jurídica: Devenir de la Enseñanza y Ejercicio Profesional de la Ciencia del Derecho en Colombia. *Justicia*, 25(38), 77-94.
293. University of copenhagen. (Sf). *AI LeD - Artificial Intelligence and Legal disruption research Group*. Obtenido de Faculty of law: <https://jura.ku.dk/ai-led/>
294. Uprimny, R. (2001) El Dilema de la Interpretación Constitucional. En: Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas. Bogotá: Ed. Fundación Konrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
295. Uprimny, R. (20051) El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. En: *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*. Bogotá: Oficina del Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
296. Valencia Zea, Arturo, (2015) *Derecho Civil, Tomo III de las Obligaciones*. Editorial Temis, Decida Edición, Bogotá D.C.
297. Valente, A. (1995). *Legal Knowledge Engineering; A Modelling Approach*, IOS Press, Amsterdam, The Netherlands.
298. Valbuena, I. 1. El juicio de igualdad. *Revista Derecho del Estado*. 19 (1), 87-104.

299. Vargas, C. (2015). Diagnóstico, causas e impacto del ausentismo, las incapacidades, las restricciones médicas sobre los costos laborales de las empresas en Colombia (work paper). ANDI, Medellín
300. Velázquez, H. J. F. (2021). Esclareciendo el concepto de lógica deóntica. *Andamios*, 18(45), 457-485.
301. Vicente Pardo, J. M. (2014). Impacto del dolor en la incapacidad laboral: metodología de valoración. Grados funcionales de limitación / Impact of pain on disability: valuation methodology. Degrees of functional limitation. *Medicina y Seguridad Del Trabajo*, 60(234), 133–142. <https://doi-org.ez.urosario.edu.co/10.4321/S0465-546X2014000100011>
302. Vidal, E. (1993) Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. *Anuario de filosofía del derecho* 89 -110
303. Vieda, J. F., y Quinchara, M. M. (2019). Estabilidad laboral reforzada, una garantía constitucional a los trabajadores discapacitados o en estado de debilidad manifiesta. Bogotá D.C: Universidad Libre.
304. Vienna Center for Logic and Algorithms. (13 de June de 2018). VCLA. Obtenido de Deontic Reasoning: From Ancient Texts to Artificial Intelligence: <http://www.vcla.at/events/deontic-reasoning-from-ancient-texts-to-artificial-intelligence/>
305. Vigaray, R. Á. (1966). La responsabilidad por daño moral. *Anuario de Derecho civil*, 19(1), 81-116.
306. Walton et. al. (2008). *Argumentation Schemes*. Cambridge University Press.
307. Wieacker, F. (1957) *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*. Madrid: Aguilar.
308. Wolfe, C. (1991) *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Madrid: Civitas.
309. Winkels, R., Boer, A. y Hoekstra, R. (2002) CLIME: lessons learned in legal information serving. In Frank Van Harmelen, editor, *Proceedings of the European Conference on Artificial Intelligence-2002*, Lyon (F), Amsterdam.
310. Wood, G. (2016). *Ethereum: A Secure Decentralised Generalised Transaction Ledger*. Obtenido de <http://gavwood.com/paper.pdf> (2014)
311. Yirard. A. (Última edición:17 de febrero del 2021). *Definición de Solidaridad*. Recuperado de: <https://conceptodefinicion.de/solidaridad/>. Consultado el 15 de junio del 2021

312. Zagrebelsky, Gustavo (1995) El derecho dúctil. Madrid: Trotta
313. Zimmermann, R. (2010) Derecho Romano, Derecho Contemporáneo, Derecho Europeo, La Tradición del Derecho Civil en la Actualidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Referencias normativas

1. Circular Externa N° 029. Boletín Ministerio de Hacienda, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia, Colombia, 06 de octubre de 2014.
2. Decreto 1507 de 2014. Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional. 12 de agosto de 2014. D.O. No. 49241.
3. Decreto 1295 de 1994. Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. 22 de junio de 1994. D.O. No. 41405.
4. Decreto 1174 de 2020. Por el cual se reglamenta el Piso de Protección Social.
5. Ley 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. 11 de febrero de 1997. D.O. No. 42978.
6. Ley 1618 de 2013. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. 27 de febrero de 2013. D. O. No. 48717
7. Ley 776 de 2002. Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales. 17 de diciembre de 2002. D.O. No. 45037
8. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. No. 41148.
9. Ley 1346 de 2009. Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas en situación de discapacidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. 31 de julio de 2009. D.O. No. 47427
10. Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
11. Ley 1482 de 2011. Recuperado el 24 de 12 de 2021, de Departamento Administrativo de la Función Pública: funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44932
12. Ley Estatutaria 1618 del 2013. Recuperado el 24 de 12 de 2021, de Discapacidad Colombia:

<https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/LEGISLACION/LEY%20ESTATUTARIA%201618%20DE%202013.pdf>

13. Ley 1752 de 2015. Recuperado el 24 de 12 de 2021, de Departamento Administrativo de la Función Pública: [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=61858#:~:text=E sta%20ley%20tiene%20por%20objeto,y%20dem%C3%A1s%20razones%20de%20discriminaci%C3%B3n.](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=61858#:~:text=E+sta%20ley%20tiene%20por%20objeto,y%20dem%C3%A1s%20razones%20de%20discriminaci%C3%B3n.)

Referencias jurisprudenciales

1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de septiembre de 1938. M.P. Eleuterio Serna R. Gaceta Judicial Tomo XLVII No. 1940, Pág. 218.
2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 25130, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; 07 de febrero de 2006.
3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 32532, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; 15 de julio de 2008.
4. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 35606, M.P. Isaura Vargas Díaz; 25 de marzo de 2009.
5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 38992, M.P. Camilo Tarquino Gallego; 03 de noviembre de 2010.
6. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 39207, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz; 28 de agosto de 2012.
7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 10538, M.P. Fernando Castillo Cadena; 29 de agosto de 2016.
8. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 11411, M.P. Roberto Echeverri Bueno; 02 de agosto de 2017.
9. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 1360, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo; 11 de abril de 2018.
10. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso No. 848, M.P. 2020
11. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC4360-2018. Radicación No. 11001-22-03-000-2018-00319-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabon; 05 de abril de 2018.

12. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC6975-2019. Radicación No. 1001—02—03—000—2019 • 00591—00. M.P. Luis Armando Tolosa Villabon; 04 de junio de 2019.
13. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia STL3225-2021. Radicación No. 92523. M.P. Fernando Castillo Cadena; 24 de marzo de 2021.
14. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC1507-2021. Radicación No. 73001-22-13-000-2020-00339-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 19 de febrero de 2021.
15. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP405-2021. Radicación No. 56992. M.P. Eyder Patiño Cabrera; 10 de febrero de 2021.
16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422/1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 19 de junio de 1992.
17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-230/1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 13 de mayo de 1994.
18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-265/1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 02 de junio de 1994.
19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-022/1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; 23 de enero de 1996.
20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-556/1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; 06 de octubre de 1998.
21. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 31 de enero de 2001
22. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-530/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 27 de septiembre de 2016.
23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-027/2018, M.P. Carlos Bernal Pulido; 12 de febrero de 2018.
24. Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero
25. Corte Constitucional. Sentencia C-531/00, M.P. Alvaro Tafur Galvis; 10 de mayo de 2000.
26. Corte Constitucional. Sentencia T-1040/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil; 27 de septiembre de 2001.
27. Corte Constitucional. Sentencia C-1038 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

28. Corte Constitucional. Sentencia T-519/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de junio de 2003.
29. Corte Constitucional. Sentencia C-800/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 16 de septiembre de 2003.
30. Corte Constitucional. Sentencia T-519/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de junio de 2003.
31. Corte Constitucional. Sentencia T-198/06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 16 de marzo de 2006.
32. Corte Constitucional. Sentencia T-687/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño; 18 de agosto de 2006.
33. Corte Constitucional. Sentencia C-432/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 03 de diciembre de 2010.
34. Corte Constitucional. Sentencia T-996/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 03 de diciembre de 2010.
35. Corte Constitucional. Sentencia T-140/11, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; 04 de marzo de 2011.
36. Corte Constitucional. Sentencia T-190/11, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 17 de marzo de 2011-
37. Corte Constitucional. Sentencia T-287/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 14 de abril de 2011.
38. Corte Constitucional. Sentencia T-492/11, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 28 de junio de 2011.
39. Corte Constitucional. Sentencia T-529/11, M.P. Mauricio González Cuervo; 06 de julio de 2011.
40. Corte Constitucional. Sentencia T-531/11, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; 06 de julio de 2011.
41. Corte Constitucional. Sentencia T-613/11, M.P. Mauricio González Cuervo; 16 de agosto de 2011.
42. Corte Constitucional. Sentencia T-614/11, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 16 de agosto de 2011.
43. Corte Constitucional. Sentencia T-742/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 03 de octubre de 2011.
44. Corte Constitucional. Sentencia T-777/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 20 de octubre de 2011.

45. Corte Constitucional. Sentencia T-850/11, M.P. Mauricio González Cuervo; 09 de noviembre de 2011.
46. Corte Constitucional. Sentencia T-271/12, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 30 de marzo de 2012.
47. Corte Constitucional. Sentencia T-341/12, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 14 de mayo de 2012.
48. Corte Constitucional. Sentencia T-225/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 20 de marzo de 2012.
49. Corte Constitucional. Sentencia T-372/12, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 16 de mayo de 2012
50. Corte Constitucional. Sentencia T-459/12, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 21 de junio de 2012.
51. Corte Constitucional. Sentencia C-606/12, M.P. Adriana María Guillén Arango; 01 de agosto de 2012.
52. Corte Constitucional. Sentencia T-651/12, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012.
53. Corte Constitucional. Sentencia T-988/12, M.P. María Victoria Calle Correa; 23 de noviembre de 2012.
54. Corte Constitucional. Sentencia T-1040/12, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 03 de diciembre de 2012.
55. Corte Constitucional. Sentencia T-018/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 25 de enero de 2013.
56. Corte Constitucional. Sentencia T-447/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 11 de julio de 2013.
57. Corte Constitucional. Sentencia T-691/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 01 de octubre de 2013.
58. Corte Constitucional. Sentencia T-761/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 01 de noviembre de 2013.
59. Corte Constitucional. Sentencia T-738/13, M.P. Alberto Rojas Ríos; 17 de octubre de 2013.
60. Corte Constitucional. Sentencia T-843/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 22 de noviembre de 2013.
61. Corte Constitucional. Sentencia T-876/13, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 03 de diciembre de 2013.

62. Corte Constitucional. Sentencia T-901/13, M.P. María Victoria Calle Correa; 03 de diciembre de 2013.
63. Corte Constitucional. Sentencia T-154/14, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 14 de marzo de 2014.
64. Corte Constitucional. Sentencia T-215/14, M.P. Mauricio González Cuervo; 01 de abril de 2014.
65. Corte Constitucional. Sentencia T-217/14, M.P. María Victoria Calle Correa; 01 de abril de 2014.
66. Corte Constitucional. Sentencia T-041/14, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 31 de enero de 2014.
67. Corte Constitucional. Sentencia T-316/14, M.P. Alberto Rojas Ríos; 29 de mayo de 2014.
68. Corte Constitucional. Sentencia T-359/14, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 10 de junio de 2014
69. Corte Constitucional. Sentencia T-400/14, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 26 de junio de 2014.
70. Corte Constitucional. Sentencia T-413/14, M.P. Andrés Mutis Vanegas; 01 de julio de 2014.
71. Corte Constitucional. Sentencia T-673/14, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 10 de septiembre de 2014.
72. Corte Constitucional. Sentencia T-917/14, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; 01 de diciembre de 2014.
73. Corte Constitucional. Sentencia T-405/15, M.P. María Victoria Calle Correa; 30 de junio de 2015.
74. Corte Constitucional. Sentencia T-691/15, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 11 de noviembre de 2015.
75. Corte Constitucional. Sentencia T-594/15, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 14 de septiembre de 2015.
76. Corte Constitucional. Sentencia T-106/15, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 25 de marzo de 2015.
77. Corte Constitucional. Sentencia T-332/15, M.P. Alberto Rojas Ríos; 01 de junio de 2015.
78. Corte Constitucional. Sentencia T-351/15, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 09 de junio de 2015.

79. Corte Constitucional. Sentencia T-098/15, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 10 de marzo de 2015.
80. Corte Constitucional. Sentencia T-251/16, M.P. Alberto Rojas Ríos; 17 de mayo de 2016.
81. Corte Constitucional. Sentencia T-040/16, M.P. Alejandro Linares Cantillo; 09 de febrero de 2016.
82. Corte Constitucional. Sentencia T-057/16, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 11 de febrero de 2016.
83. Corte Constitucional. Sentencia T-076/16, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 22 de febrero de 2016.
84. Corte Constitucional. Sentencia T-141/16, M.P. Alejandro Linares Cantillo; 28 de marzo de 2016.
85. Corte Constitucional. Sentencia T-320/16, M.P. Alberto Rojas Ríos; 21 de junio de 2016.
86. Corte Constitucional. Sentencia T-368/16, M.P. Alberto Rojas Ríos; 12 de julio de 2016.
87. Corte Constitucional. Sentencia T-632/16, M.P. Aquiles Arrieta Gómez (e); 15 de noviembre de 2016.
88. Corte Constitucional. Sentencia T-683/16, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 2 de diciembre de 2016.
89. Corte Constitucional. Sentencia T-723/16, M.P. Aquiles Arrieta Gómez; 16 de diciembre de 2016.
90. Corte Constitucional. Sentencia SU-049/17, M.P. María Victoria Calle Correa; 02 de febrero de 2017.
91. Corte Constitucional. Sentencia T-188/17, M.P. María Victoria Calle Correa; 28 de marzo de 2017.
92. Corte Constitucional. Sentencia T-161/17, M.P. José Antonio Cepeda Amarís; 10 de marzo de 2017.
93. Corte Constitucional. Sentencia T-277/17, M.P. Aquiles Arrieta Gómez; 28 de abril de 2017
94. Corte Constitucional. Sentencia T-317/17, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; 12 de mayo de 2017.
95. Corte Constitucional. Sentencia T-340/17, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 19 de mayo de 2017.
96. Corte Constitucional. Sentencia T-372/17, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; 07 de junio de 2017.

97. Corte Constitucional. Sentencia T-426/17, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 06 de julio de 2017.
98. Corte Constitucional. Sentencia T-442/17, M.P. Alberto Rojas Ríos; 13 de julio de 2017.
99. Corte Constitucional. Sentencia T-443/17, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo; 13 de julio de 2017.
100. Corte Constitucional. Sentencia T-502/17, M.P. Alberto Rojas Ríos; 04 de agosto de 2017.
101. Corte Constitucional. Sentencia T-589/17, M.P. Alberto Rojas Ríos; 21 de septiembre de 2017.
102. Corte Constitucional. Sentencia T-597/17, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 26 de septiembre de 2017.
103. Corte Constitucional. Sentencia T-068/18, M.P. Diana Fajardo Rivera; 26 de febrero de 2018.
104. Corte Constitucional. Sentencia T-305/18, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 27 de julio de 2018.
105. Corte Constitucional. Sentencia T-372/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 11 de septiembre de 2018.
106. Corte Constitucional. Sentencia T-373/18, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 12 de septiembre de 2018.
107. Corte Constitucional. Sentencia T-041/19, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 04 de febrero de 2019.
108. Corte Constitucional. Sentencia T-118/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 18 de marzo de 2019.
109. Corte Constitucional. Sentencia C-200/19, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 15 de mayo de 2019.
110. Corte Constitucional. Sentencia SU-040/18, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 10 de mayo de 2018.
111. Corte Constitucional. Sentencia T-052/20, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; 13 de febrero de 2020
112. Corte Constitucional. Sentencia T-099-20, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 09 de marzo de 2020.
113. Corte Constitucional. Sentencia T-102-20, M.P. Carlos Bernal Pulido; 10 de marzo de 2020.

114. Corte Constitucional. Sentencia T-386-20, M.P. Diana Fajardo Rivera; 03 de septiembre de 2020.
115. Corte Constitucional. Sentencia T-434 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; 30 de mayo de 2002.
116. Corte Constitucional. Sentencia C-760 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; 10 de agosto de 2004.
117. Corte Constitucional. Sentencia C-1054 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de octubre de 2004.
118. Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería; 11 de mayo de 2004.
119. Corte Constitucional. Sentencia T-170 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; 25 de febrero de 2005.
120. Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 23 de enero de 2008. Corte Constitucional. Sentencia C-314 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 05 de mayo de 2009.
121. Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.; 23 de junio de 2010.
122. Corte Constitucional. Sentencia T-088 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 15 de febrero de 2010.
123. Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; 21 de mayo de 2013.
124. Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; 21 de mayo de 2013.
125. Corte Constitucional. Sentencia C-503 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 16 de julio de 2014
126. Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 29 de mayo de 2014.
127. Corte Constitucional. Sentencia T-155 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; 14 de marzo de 2014
128. Corte Constitucional. Sentencia T-198 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; 01 de abril de 2014
129. Corte Constitucional. Sentencia T-216 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; 01 de abril de 2014

130. Corte Constitucional. Sentencia T-447 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; 04 de julio de 2014
131. Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 16 de octubre de 2014
132. Corte Constitucional. Sentencia T-092 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 05 de marzo de 2015.
133. Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; 27 de julio de 2016.
134. Corte Constitucional. Sentencia C-451 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de agosto de 2016.
135. Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; 05 de febrero de 2016.
136. Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 12 de febrero de 2016.
137. Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; 01 de marzo de 2016.
138. Corte Constitucional. Sentencia T-632 de 2016. M.P. Aquiles Arrieta Gómez; 15 de noviembre de 2016.
139. Corte Constitucional. Sentencia T-021 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 05 de febrero de 2018.
140. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 26 de junio de 2019.
141. Corte Constitucional. Sentencia C-571 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos; 27 de noviembre de 2019.
142. Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo
143. Corte Constitucional. Sentencia C-277 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz
144. Corte Constitucional, Sentencia T 035 de 2022 M.P. Alberto Rojas Rios
145. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Fallo. 2127807 25000-23-42-000-2012-00122-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 02 de junio de 2016.
146. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Fallo 2074956 05001-23-33-000-2014-01779-01, C.P. Alfonso Vargas Rincón; 22 de enero de 2015.

147. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Cuarta. Fallo 2102317 08001-23-40-000-2017-00025-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; 06 de septiembre de 2017.
148. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Fallo 00538. 25000-23-000-2017-00538-01, C.P. William Hernández Gómez; 27 de junio de 2017
149. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Fallo. 2154006 11001-03-15-000-2017-01136-00, C.P. Carmelo Darío Perdomo Cuéter; 24 de mayo de 2017.
150. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Fallo 2140497 11001-03-15-000-2019-03784-00, C.P. Gabriel Valbuena Hernández; 26 de septiembre de 2019.
151. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Cuarta. Fallo 2159921 11001-03-15-000-2020-01532-01, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez (e); 22 de octubre de 2020.
152. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Primera. Fallo 2161427 11001-03-15-000-2020-03687-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; 06 de noviembre de 2020.
153. Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Cuarta. Fallo 2102317 08001-23-40-000-2017-00025-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; 06 de septiembre de 2017.

Anexo 1 La solidaridad en la jurisprudencia de las altas cortes

La Solidaridad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Año	Documento	Descripción
2002	Sentencia T-434 de 2002 Corte Constitucional	<p>Puede decirse que son tres las manifestaciones del principio de solidaridad social: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios.</p> <p>El principio de solidaridad reviste una especial relevancia en lo que se refiere a la cooperación de todos los asociados para la creación de condiciones que favorezcan el mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos. El derecho a una vida digna se relaciona directamente con la salud. Por esta razón tanto el Estado, como la sociedad y la familia deben</p>

		<p>concurrir a la protección de este bien jurídico. En el caso de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta debido a su estado de salud, el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta. De acuerdo con las previsiones constitucionales, el deber de cuidar y proteger la salud se predica en primera medida del aquejado y, subsidiariamente, “le corresponderá atenderlo a la familia, pero sólo cuando hay una palpable indefensión para el enfermo, y, con fundamento en el artículo 5 de la C.P, a falta de ésta, será el Estado y la sociedad quienes acudirán a la defensa del impedido”.</p>
<p>2004</p>	<p>Sentencia C-760 de 2004</p>	<p>Frente a la importancia del principio de solidaridad, la Corte establece que en el actual sistema jurídico este postulado, contemplado en la Constitución, no sólo vincula a todos los particulares sino también al mismo Estado, que en su condición de garante de los derechos de los coasociados está comprometido a prestar el apoyo que requieran las personas para alcanzar la efectividad de sus derechos y para colmar las aspiraciones propias de la dignidad humana. La Sentencia C-126 de 2000 determinó que el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social. Adicionalmente, de conformidad con la Constitución y la ley, es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante la participación, dirección y control del sistema, asegurando que los recursos públicos en dicho sistema se destinen de manera preferente</p>

		<p>a los sectores más vulnerables de la población. La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad.</p> <p>La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado, sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población.</p>
<p>2004</p>	<p>Sentencia C-1054 de 2004</p>	<p>En esta oportunidad la Corte Constitucional indica que el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social en pensiones, no tiene carácter absoluto. La existencia de límites se evidencia en tasas que no son estrictamente progresivas, en la exigencia de requisitos para acceder a ciertos subsidios que por lo tanto no son absolutamente generales, y de manera particular en la fijación de un tope máximo a la base de cotización. El principio de solidaridad, si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación.</p> <p>Ahora bien, en el significado concreto del principio de solidaridad en materia de seguridad social indica la Corte fue definido por el legislador indicando que en este terreno comporta "la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más</p>

débil”, y que es deber del Estado garantizar la efectividad de la solidaridad en el Régimen de Seguridad Social “mediante su participación, control y dirección del mismo.” Agregó el legislador que “los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables”.

También la jurisprudencia ha explicado las consecuencias del principio de solidaridad en el campo de la seguridad social, señalando que en esta materia tal principio “implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto” y que “la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad.”

Por lo anterior, es decir debido a la vigencia del principio constitucional de solidaridad, en los sistemas de seguridad social tanto en salud como en pensiones no se presenta una relación contractual sinalagmática o estrictamente conmutativa entre lo que aporta el contribuyente al sistema y lo que posteriormente recibe, y tales aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores.

En esta Sentencia, la Corte trae a colación la Sentencia T-234 de 2002, la cual destacó el **carácter limitado del principio de solidaridad** en los siguientes términos:

“El Constituyente de 1991 instituyó la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho, al lado del

		<p><i>respeto a la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general.</i></p> <p><i>“La Corte ha señalado que la consagración del citado principio constituye una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros del conglomerado social.</i></p> <p><i>“En cuanto a su contenido, esta Corporación lo define como: “un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”.</i></p> <p><i>“De esta manera, cada miembro de la comunidad, tiene el deber de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de los derechos de éstos, o para favorecer el interés colectivo.</i></p> <p><i>“Este postulado se halla en perfecta concordancia con el deber consagrado en el artículo 95.2 de la Carta Política, el cual establece como deber de la persona y el ciudadano “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”</i></p> <p><i>“Este deber, que vincula y condiciona el actuar tanto del Estado, como de la sociedad y la familia, no es ilimitado, y por esta razón el intérprete en cada caso particular debe establecer los límites precisos de su exigibilidad”</i></p>
<p>2004</p>	<p>Sentencia C-459 de 2004</p>	<p>La Corte Constitucional indica que el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, al tiempo que, en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una</p>

suerte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. El deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales. **Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares**, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.

Por otra parte, la Corte ha sostenido que la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber:

- (i) Como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones
- (ii) Como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales
- (iii) Como un límite a los derechos propios.

Conforme lo indica esta corporación, la solidaridad puede ser inducida, promocionada, patrocinada, premiada y estimulada por el Estado.

		<p>En el ámbito del ordenamiento jurídico discurren múltiples expresiones de la solidaridad, siendo pertinente destacar, entre otras las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ La que le corresponde asumir al Estado, a la sociedad y a la familia frente al derecho a la vida digna; ✓ La que le atañe a las personas frente al deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad; ✓ La que le corresponde al empleador frente a la dignidad del trabajador que padece de alguna enfermedad catastrófica, manteniéndolo en su cargo, o si existe posibilidad de contagio, reubicándolo en otra plaza. <p>Teniendo la solidaridad tanto móvil para su ocurrencia, no es de esperar que ella siempre despunte por generación espontánea, dado que, si bien la espontaneidad para dar de sí a quien lo necesita es una importante fuente de solidaridad, es de reconocer que ésta puede ser válidamente inducida, promocionada, patrocinada, premiada y estimulada por el Estado en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohija un modelo ético único, pues la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas.”</p>
2005	Sentencia T-170 de 2005	“En cuanto deber, la solidaridad se orienta a garantizar, por parte de las personas, el cumplimiento de determinadas

	<p>Corte Constitucional</p>	<p>funciones con miras a la realización de fines constitucionales. Ahora, la regla general es que los deberes constitucionales sólo generan obligaciones para las personas cuando han sido materia de desarrollo legal. Esto tiene sentido pues la imposición de deberes implica la configuración de límites para las libertades individuales y en una democracia el legitimado para establecer tales límites es el legislador, no la administración, ni tampoco la jurisdicción. De allí que sea la ley la encargada de fijar las circunstancias en que deben cumplirse los deberes superiores y también las consecuencias de su incumplimiento. Una vez que el deber de solidaridad ha sido desarrollado en un ámbito específico, los particulares quedan compelidos a su observancia. Por ello, en caso de no darle cumplimiento, encontrándose en capacidad fáctica y jurídica de hacerlo, y de producirse un resultado antijurídico, éste último les resulta imputable y deben asumir las responsabilidades consecuentes a tal incumplimiento.</p> <p>No obstante lo expuesto, en casos excepcionales, puede ocurrir que el incumplimiento del deber de solidaridad en un ámbito aún sin desarrollo legal, implique la vulneración o puesta en peligro de derechos fundamentales. En este tipo de supuestos, es claro que no se cuenta con la intermediación de la legislación con miras a la concreción de ese deber en cargas específicas. Sin embargo, dada la conexión inescindible que existe entre el incumplimiento del deber de solidaridad y la afectación de derechos fundamentales y el carácter prevalente que estos tienen en el seno de una democracia, es factible que, en aras de su protección, el juez constitucional imponga cargas concretas a los particulares vinculados por ese deber pues si bien él no ha sido objeto de desarrollo legal, su concreción es posible como mecanismo</p>
--	-----------------------------	--

		<p>de protección de los derechos fundamentales como función típicamente jurisdiccional</p> <p>De acuerdo con lo expuesto, entonces, el deber de solidaridad requiere desarrollo legal pues sólo por esa vía pueden imponerse cargas a las personas en cuanto límites de la cláusula general de libertad que las ampara. Sin embargo, de manera excepcional, cuando el incumplimiento de un deber constitucional, no reglamentado, implique la afectación de derechos fundamentales, el juez de tutela puede suministrar protección constitucional e imponer cargas a los particulares. Es decir, el juez constitucional puede exigir el cumplimiento del deber de solidaridad como instrumento de protección de los derechos fundamentales conculcados. No obstante, las cargas a imponer deben consultar criterios de razonabilidad de cara a las circunstancias específicas de cada caso pues el principio de solidaridad no tiene tampoco alcance ilimitado.</p>
2008	Sentencia T-585 de 2008 Corte Constitucional	En esta oportunidad la Corte Constitucional aplica el principio de solidaridad para procurar la protección del derecho a la vivienda digna, manifestando que resultan indispensables los instrumentos de inversión y gasto sociales, como mecanismos a través de los cuales el Estado debe asegurar un nivel adecuado de bienestar para sus habitantes.
2008	Sentencia C-032 de 2008 Corte Constitucional	“La solidaridad es un principio fundante del Estado Social de Derecho y por lo mismo contribuye con la realización de los fines del Estado y la efectividad de los derechos constitucionales y se ha definido como aquella comunidad de intereses, sentimientos y aspiraciones de la cual emana, como consecuencia natural y obvia, un acuerdo de mutua ayuda y una responsabilidad compartida para el cumplimiento de los fines propuestos: la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas. El principio de solidaridad tiene eficacia normativa que constituye parámetro

		de control de constitucionalidad y, por consiguiente, condiciona la validez de la ley”
2009	Sentencia 314 de 2009 Corte Constitucional	<p>La Corte Constitucional trae el concepto de solidaridad manifestando: La solidaridad es considerada como uno de los principios fundantes de nuestra organización política y puede entenderse como un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.</p> <p>Partiendo de dicha definición indica que el cooperativismo como una forma de organización solidaria, siendo su manifestación externa, las cooperativas, empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según sea el caso, son a su vez los aportantes y los gestores de la empresa, que es creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios, para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.</p> <p>La actividad financiera cooperativa se ha considerado de gran importancia, no sólo como expresión de las posibilidades que ofrece el movimiento solidario, sino también por cuanto esa participación complementa y mejora la oferta total de servicios financieros, y además permite extender su cobertura hacia determinados sectores de la población que usualmente han experimentado dificultades para acceder al mercado financiero que podría denominarse como tradicional. Por estas razones, dentro de la ya comentada línea de fortalecimiento de las organizaciones solidarias ordenada por la Constitución de 1991, de manera expresa se incluyó dentro de los objetivos de la intervención encomendados a la entonces Superintendencia Bancaria,</p>

		“proteger y promover el desarrollo de las instituciones financieras de la economía solidaria”
2010	Sentencia C-529 de 2010 Corte Constitucional	<p>El alcance del principio de solidaridad en el sistema de seguridad social</p> <p>El derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales, por lo tanto, el primer principio irradia todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y valores constitucionales. El principio de solidaridad, ha dicho esta Corporación múltiples veces, permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes. El principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias.</p> <p>En relación con la aplicación del principio de solidaridad en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes (...) el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) implica que todos los partícipes de este</p>

sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella,

		<p>de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.</p>
<p>2010</p>	<p>Sentencia T-088 de 2010 Corte Constitucional</p>	<p>La Corte particularizó en la empresa donde trabajaba la actora, la exigibilidad de aplicar el principio de solidaridad para proteger el derecho a la seguridad social en salud de una mujer y su menor recién nacido:</p> <p>“La solidaridad entraña un valor superior que, en materia laboral implica la exigencia para los empleadores de asumir ciertos deberes, como contribuir a la materialización del principio de la estabilidad laboral de la mujer embarazada y, por ende, la obligación de no discriminarla. Sobre el punto considera oportuno la Sala recordar que los artículos 13 y 44 de la Constitución Política exigen un especial compromiso no solo al Estado sino también a la sociedad y a la familia en relación con el desarrollo integral de los menores, imponiendo el deber de preservarlos de todo tipo de discriminación o abuso y en especial destacando el deber de proteger a la vida, el cual goza de relevancia constitucional y vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales. Precisamente, una de las manifestaciones de esta protección es el derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada quien debe contar con los medios suficientes para sufragar sus necesidades y las de su hijo que está por nacer.</p> <p>De esta manera y como desarrollo del principio de solidaridad, las autoridades se encuentran obligadas a prestar el servicio de salud a los menores de un año, en este sentido, el artículo 50 de la Carta Política contempla</p>

		<p>que “todo niño menor de un año que no esté cubierto de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.”.</p>
2011	<p>Sentencia T-495 de 2011 Corte Constitucional</p>	<p>A partir de la expedición de la Constitución de 1991, Colombia quedó edificada como un Estado Social de Derecho donde la intervención se hace no solo para favorecer los intereses del individuo sino los de la colectividad. El principio de solidaridad es uno de los pilares sobre los cuales se ha construido el Estado Social de Derecho y la obligación de obrar conforme a este principio, está radicada en cabeza del Estado y de todos los miembros de la sociedad.</p> <p>Según la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de solidaridad se hace aún más exigente cuando se trata de proteger a grupos en estado de debilidad manifiesta como sería el conformado por personas de la tercera edad.</p> <p>Así quedó consignado en la Sentencia T-801 de 1998:</p> <p>“La Corte ha sido clara al manifestar que el principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho impone al poder público, pero también a los particulares, una serie de deberes fundamentales para el logro de una verdadera y equitativa armonización de los derechos. En este sentido, ha afirmado que la solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios que, en otros modelos constitucionales, parecían absolutos. Pero los deberes que se derivan del principio de la solidaridad, se hacen mucho más fuertes si se trata de socorrer o garantizar los derechos de las personas de la tercera edad. En efecto, como lo ha reconocido la Corte, las personas que se</p>

		<p>encuentran en la mencionada categoría son acreedoras a un trato de especial protección, no sólo por parte del Estado sino de los miembros de la sociedad y, en particular, de sus familiares cercanos. El aserto anterior, se funda, de una parte, en el mandato contenido en el artículo 13 de la Carta que ordena la protección de grupos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y, de otra, en lo dispuesto por el artículo 46 del mismo texto constitucional, según el cual: "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".</p> <p>En relación al principio de solidaridad con persona de tercera edad, la Corte indica que, el principio de solidaridad se hace aún más exigente cuando se trata de proteger a grupos en estado de debilidad manifiesta como sería el conformado por personas de la tercera edad. En virtud del principio de solidaridad, nadie puede permanecer indiferente frente a la desprotección de un adulto mayor, y que el Estado, la sociedad y la familia, cada uno desde su perspectiva, debe contribuir a protegerlo con el fin de que no se vea vulnerado su derecho al mínimo vital. Por ello la Corte ha invocado este principio para brindar protección, tanto a mayores en estado de indigencia que no cumplen los requisitos de tiempo y edad para que les sea reconocida su pensión, como a adultos retirados de su cargo por alcanzar la edad de retiro forzoso sin empezar a percibir efectivamente la mesada pensional, habiendo completado el tiempo de servicio.”</p>
<p>2013</p>	<p>Sentencia T-294 de 2013</p>	<p>En virtud del principio de solidaridad, nadie puede permanecer indiferente frente a la desprotección de un adulto mayor, razón por la cual el Estado, la sociedad y la familia,</p>

	Corte Constitucional	<p>cada uno desde su perspectiva, debe contribuir a protegerlo con el fin de que no se vea vulnerado su derecho al mínimo vital. Por ello la Corte ha invocado este principio para brindar protección, tanto a mayores en estado de indigencia que no cumplen los requisitos de tiempo y edad para que les sea reconocida su pensión, como a adultos retirados de su cargo por alcanzar la edad de retiro forzoso sin empezar a percibir efectivamente la mesada pensional, habiendo completado el tiempo de servicio.</p>
2013	Sentencia T-295 de 2013 Corte Constitucional	<p>En esta Sentencia la Corte señala: “El artículo 1º de la Constitución Política establece que Colombia es un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Así mismo, el artículo 95 constitucional señala que es deber de todos los ciudadanos obrar conforme al principio de solidaridad social. Resulta clara entonces la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la solidaridad, consagrada como principio fundante del Estado social de derecho. Sobre el contenido de dicho principio ha señalado esta Corporación: la consagración del citado principio constituye una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros del conglomerado social.</p> <p>En cuanto a su contenido, esta Corporación lo define como: ‘un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo’.</p> <p>De esta manera, cada miembro de la comunidad, tiene el deber de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar</p>

el ejercicio de los derechos de éstos, o para favorecer el interés colectivo.

Este postulado se halla en perfecta concordancia con el deber consagrado en el artículo 95.2 de la Carta Política, el cual establece como deber de la persona y el ciudadano ‘obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas’.

Este deber, que vincula y condiciona el actuar tanto del Estado, como de la sociedad y la familia, no es ilimitado, y por esta razón el intérprete en cada caso particular debe establecer los límites precisos de su exigibilidad.”

Ahora bien, el principio de solidaridad adquiere una singular importancia cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, como ocurre con aquellas que sufren las consecuencias de un desastre natural, pues en estas circunstancias **“el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos. Por esta razón tanto el Estado, como la sociedad y la familia deben concurrir a la protección de este bien jurídico”**.

Así pues, ante la ocurrencia de un desastre natural, es claro que las personas que se ven afectadas suelen quedar en condiciones de extrema dificultad ante la pérdida o destrucción de sus medios de subsistencia, sus enseres y la propia vivienda, por lo que, en virtud del principio de solidaridad, resulta imperiosa una respuesta adecuada y oportuna por parte de las autoridades públicas tendiente a

		<p>remediar esta situación calamitosa y evitar que se pongan en peligro o se vulneren los derechos fundamentales de las personas afectadas, tales como la vida, la vivienda digna o el mínimo vital. En consecuencia, en situaciones de desastre la solidaridad se concreta como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar tanto el Estado como la sociedad.</p>
<p>2014</p>	<p>Sentencia 503 de 2014 Corte Constitucional</p>	<p>El Constituyente de 1991 consagró como una obligación constitucional del Estado Social de Derecho la concurrencia en el cuidado de la vejez. Al respecto, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”.</p> <p>Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que este principio de solidaridad se concreta en una serie de obligaciones exigidas a los distintos componentes de la sociedad, orientadas hacia la consecución de los fines esenciales de la organización política consagrados en el artículo 2 constitucional. Además, ha establecido que “este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos. Tal es el caso de las personas que se encuentran en situación de indigencia.”</p>

		<p>Así, el principio de solidaridad “impone una serie de “deberes fundamentales” al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos”. Por lo tanto, este principio se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos “deberes fundamentales” que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales. La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros.</p>
<p>2014</p>	<p>Sentencia 767 de 2014 Corte Constitucional</p>	<p>La Corte ha resaltado que el Constituyente de 1991 erigió el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho, tal como se expresa en el artículo 1 de la Carta. En este sentido, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental.</p> <p>De este modo, es posible afirmar que la Constitución establece un régimen de protección para este grupo poblacional fundamentado en el principio de solidaridad,</p>

		orientado al logro de los fines esenciales de la organización política (artículos 1 y 2 C.N.), el derecho fundamental a la igualdad que se traduce en la protección de personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 C.N.) y la tutela jurídica específica frente a los discapacitados (artículo 46 C.N.)
2014	Sentencia C-313 de 2014 Corte Constitucional	El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten. En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia.
2014	Sentencia T-155 de 2014 Corte Constitucional	De acuerdo con el principio de solidaridad, debe haber una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientada a ayudar a la población más débil, invirtiendo a su favor los recursos del Sistema de Seguridad en Salud. De conformidad con lo anterior, el paciente que ha sido remitido a un municipio distinto al de su residencia para el suministro del servicio de salud que requiere, debe asumir los gastos de transporte y estadía a los que haya lugar cuando tiene los recursos suficientes para tal efecto. Excepcionalmente, cuando el usuario y su núcleo familiar enfrentan dificultades

		<p>económicas para costear el desplazamiento, los gastos respectivos deben ser sufragados por la EPS. La anterior regla jurisprudencial obedece a que la atención médica no puede ser imposibilitada, obstaculizada o dificultada por razones ajenas al usuario o por razones de tipo económico.</p>
2014	<p>Sentencia T-198 de 2014 Corte Constitucional</p>	<p>El artículo 1 de la Constitución establece que la dignidad y la solidaridad son fundamentos del Estado Social de Derecho, en coherencia con lo cual el artículo 2 de la misma normativa establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, bienes y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Cuando se presentan fenómenos naturales que afectan la vivienda, la vida, la salud y otros derechos, es claro que las personas afectadas se encuentran en situación de vulnerabilidad y son por tanto sujetos de especial protección. En estos eventos, ha dicho la Corte Constitucional que el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos. Por esta razón tanto el Estado, como la sociedad y la familia deben concurrir a la protección de este bien jurídico.</p>
2014	<p>Sentencia T-216 de 2014 Corte Constitucional</p>	<p>Con fundamento en el principio de solidaridad contenido en el artículo 48 de la Constitución, y las garantías contenidas en la Observación General No.14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, son elementos esenciales e interrelacionados del derecho fundamental a la salud la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. En particular, y para el caso que ocupa a esta Sala, la accesibilidad supone que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la</p>

		<p>jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad así entendida presenta cuatro dimensiones, dentro de las cuales hay una denominada accesibilidad económica.</p> <p>Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.”</p>
2014	Sentencia T-447 de 2014 Corte Constitucional	De acuerdo con el principio de solidaridad, debe haber una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientada a ayudar a la población más débil, invirtiendo a su favor los recursos del Sistema de Seguridad en Salud.
2015	Sentencia T-092 de 2015 Corte Constitucional	La solidaridad como fundamento de la organización política se traduce en la exigencia dirigida principalmente al Estado, pero también a los particulares, de intervenir a favor de los más desventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse a sí mismos. La solidaridad, al lado de la libertad y la igualdad, desarrolla uno de los grandes ideales de las revoluciones constitucionales, la fraternidad, valor necesario para hacer posible tanto el disfrute de iguales libertades para todos como la estabilidad política de las sociedades pluralistas modernas. Es esta una solidaridad democrática que no compromete la autonomía de los individuos y de las organizaciones sociales. Para ello el Estado Social de Derecho se responsabiliza de la existencia de una red social amplia, sostenible, eficiente y efectiva, con vocación de

		<p>avanzar progresivamente hasta la universalidad de su cobertura que garantice a dichas personas el goce de sus derechos fundamentales, estando de cualquier forma, garantizado el derecho fundamental al mínimo vital.</p> <p>En el caso de los habitantes de la calle, se reconoce que son miembros de nuestra comunidad que resultan desfavorecidos en la repartición de los recursos económicos y marginados de la participación política, lo que a su vez genera para ellos, condiciones de vida que atentan muchas veces contra la dignidad de la persona. Ese reconocimiento conlleva a que el Estado y la sociedad materialicen el valor de la solidaridad para, en la medida de lo posible, modifiquen la realidad descrita.</p>
2016	Sentencia C-388 de 2016 Corte Constitucional	Respecto del principio de solidaridad, se reconoce que compromete tanto al Estado, que en desarrollo del mismo deberá prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que, por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es necesario destacar que desde la perspectiva del principio de solidaridad resultan indispensables los instrumentos de inversión y gasto sociales, como mecanismos a través de los cuales el Estado debe asegurar un nivel adecuado de bienestar para sus habitantes.
2016	Sentencia C-451 de 2016 Corte Constitucional	En virtud del principio de solidaridad, la constitución, las normas y la jurisprudencia han establecido las obligaciones existentes entre padres e hijos y viceversa. De tal forma que el Código Civil colombiano impone tanto a los padres como a los hijos, derechos y obligaciones legales. Éstos deben a sus progenitores respecto, obediencia, trato digno y el debido cuidado y auxilio siempre que lo necesiten. Aunque el hijo

		<p>alcance la mayoría de edad para obrar de forma independiente, siempre debe cuidar y brindar auxilio a sus padres en los contextos determinados por la jurisprudencia.</p> <p>Así mismo el Código de la Infancia y la Adolescencia establecen a los padres el deber de criar, educar y apoyar económicamente a los hijos. Teniendo en cuenta lo anterior la corte a definido este principio como el deber impuesto a quienes por vínculo familiar se encuentran unidos por diferentes lazos de afecto y se espera que de manera espontánea lleven a cabo actuaciones que contribuyan al apoyo, cuidado y desarrollo de aquellos familiares que debido a su estado de necesidad o debilidad requieran protección especial.</p> <p>De esta forma, los miembros de la familia son los primeros llamados a prestar la asistencia requerida a sus integrantes más cercanos, pues es el entorno social y afectivo idóneo en el cual encuentra el cuidado y el auxilio necesario.</p>
<p>2016</p>	<p>Sentencia T-029 de 2016 Corte Constitucional</p>	<p>El principio de solidaridad constituye una característica esencial del Estado social de derecho que impone al poder público y a los particulares una serie de deberes fundamentales para el logro de una verdadera y equitativa armonización de los derechos. A este respecto, la Corte ha señalado que la solidaridad, entendida como un deber constitucional, es impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, y consiste en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Es decir, que la solidaridad corre a cargo y a favor de cada miembro de la comunidad y trata de la articulación de voluntades para la convivencia pacífica y la construcción y el mantenimiento de una vida digna para todos. Siguiendo este argumento, la Corte ha especificado que, a los miembros de la comunidad,</p>

		dentro del marco de sus posibilidades, les asiste la obligación de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de sus derechos o, en su defecto, para favorecer el interés colectivo.
2016	Sentencia T-058 de 2016 Corte Constitucional	La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (C.N. art. 95.2), también es un principio fundamental (C.N. art. 1º). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesario para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho.
2016	Sentencia T-100 de 2016 Corte Constitucional	El Tribunal ha resaltado que de conformidad con el principio de solidaridad, los pacientes que cuentan con una capacidad de pago deben contribuir al equilibrio, financiamiento y sostenibilidad del Sistema Público de Salud, asumiendo el costo de los medicamentos y servicios médicos excluidos del POS en la medida en que sus ingresos se lo permitan y en todo caso, sin que las contribuciones que deba efectuar por concepto de pagos moderadores (copagos y cuotas moderadoras, según el caso) afecten sus derechos fundamentales, especialmente, su mínimo vital. A propósito, en desarrollo del principio de gastos y cargas soportables en materia de salud, en la Sentencia T-501 de 2013 la Sala Segunda de Revisión sostuvo que un gasto médico es desproporcionado o no soportable si, aun cuando el usuario

		<p>tiene recursos económicos, asumir este costo rompe el equilibrio económico familiar y pone en peligro el acceso mismo al servicio de salud o compromete la satisfacción de las demás obligaciones personales, familiares y económicas del presupuesto ordinario del accionante que constituyen otras garantías constitucionales o necesidades vitales.</p>
2016	<p>Sentencia T-632 de 2016 Corte Constitucional</p>	<p>La Corte Constitucional ha considerado que el concepto de solidaridad en las relaciones laborales permite que las partes se reconozcan, entre sí, como sujetos de derechos constitucionales fundamentales que desean desarrollar su plan de vida de acuerdo a condiciones de dignidad mínimas, para lo cual deben tener el apoyo estatal y de los particulares, en especial en eventos en donde la debilidad física o mental, la desigualdad material o la falta de oportunidades constituyan una limitación para obtener sus metas. Se ha precisado que el deber de solidaridad se configura en la obligación del empleador de reubicar al trabajador que tiene una debilidad manifiesta. En efecto, el artículo 48 de la Constitución señala que el empleador en desarrollo del deber de solidaridad y como una manifestación del principio de eficiencia, tiene el deber de mantener en el cargo o de reubicar al trabajador en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta atendiendo sus circunstancias particulares y de manera oportuna, hasta tanto no se verifique la estructuración de una causal objetiva por parte del Ministerio del Trabajo.</p>
2018	<p>Sentencia T-021 de 2018 Corte Constitucional</p>	<p>El principio de solidaridad laboral, cuyo fundamento constitucional se encuentra en los artículos 1 y 95 de la Carta Política, supone el deber de toda persona de actuar en cooperación y ayuda de los demás asociados. Este postulado irradia todo tipo de relaciones colectivas, entre ellas, las laborales, razón por la cual el legislador, con fundamento en ese principio, consagró en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo la responsabilidad solidaria en</p>

		<p>materia laboral. La norma mencionada dispone que son verdaderos empleadores las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, y asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios, y con libertad y autonomía técnica y directiva. No obstante, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra será solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio. De lo expuesto se puede concluir que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional la solidaridad laboral o responsabilidad compartida entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente, busca que esa contratación no se convierta en un mecanismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales.</p>
2019	Sentencia C-249 de 2019 Corte Constitucional	<p>El artículo 49 constitucional garantizó a todas personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, correspondiendo al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.</p>
2019	Sentencia C-571 de 2019 Corte Constitucional	<p>La solidaridad, pilar fundamental del Estado Social de Derecho, es una máxima de optimización de las relaciones sociales que implica la destinación de recursos económicos para garantizar la igualdad y la libertad.</p> <p>Es un hecho que la participación solidaria en el Estado no tiene carácter facultativo sino imperativo. Tal obligatoriedad viene dada por su naturaleza redistributiva que implica la</p>

		<p>administración de recursos para materializar fines comunes como el orden, la seguridad y el bienestar.</p> <p>Para garantizar tales propósitos, el Estado se encuentra facultado para cobrar impuestos, los cuales son producto del debate democrático entre los representantes elegidos por el pueblo. Teniendo en cuenta que el Legislador encarna la voluntad popular el ejercicio de su competencia para establecer tributos goza de un amplio margen de configuración.</p>
--	--	--

Fuente: elaboración propia a partir de las Sentencias señaladas

La Solidaridad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Año	Documento	Descripción
2018	STC4360-2018 Radicación No. 11001-22-03-000-2018-00319-01 del 05 de abril de 2018 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil	<p>Los derechos ambientales de las futuras generaciones se cimentan en el (i) deber ético de la solidaridad de la especie y (ii) en el valor intrínseco de la naturaleza. El primero, se explica por cuanto los bienes naturales se comparten por todos los habitantes del planeta tierra, y por los descendientes o generaciones venideras que aún no los tienen materialmente pero que son tributarios, destinatarios y titulares de ellos, siendo aquellos, sin embargo, contradictoriamente, cada vez más insuficientes y limitados. De tal forma que, sin la existencia actual de un criterio equitativo y prudente de consumo, la especie humana podrá verse comprometida en el futuro por la escasez de recursos imprescindibles para la vida. De esta forma, solidaridad y ambientalismo se <i>“relacionan hasta convertirse en lo mismo”</i>.</p> <p>Así las cosas, la fundamentación de la obligación de solidaridad humana con la naturaleza constituye el contenido esencial de <i>“ los verdaderos valores que diariamente le facilitan la vida”</i>, tanto en su dimensión presente como futura. Esta idea, instaura una ética dinámica y material de los valores ambientales, ajustada y</p>

		compatible con “(...) <i>las necesidades de conservación de la naturaleza en el sentido más favorable para mantener (por siempre) la vida de los seres humanos (...)</i> ”.
2019	STC6975— 2019 Radicación No. 11001—02— 03—000— 2019- 00591— 00 del 04 de junio de 2019 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil	<p>Considera la Corte que la obligación alimentaria tiene su fundamento tanto en el principio constitucional de protección a la familia, en la solidaridad, y en el principio de equidad en la medida en que cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente.</p> <p>El derecho de exigir y la obligación de dar alimentos tienen su base, además, en el principio de solidaridad social y familiar enunciado. La solidaridad desde esta perspectiva es un vínculo, un compromiso perdurable en el tiempo y en el espacio, por cuanto “(...) <i>la solidaridad, es un principio, una norma y un derecho, con esencia ética, que endereza una relación horizontal de igualdad y que incorpora a cada sujeto en el cumplimiento de tareas colectivas internalizando el deber de ayuda y protección por el otro. Y si se trata de la solidaridad familiar se justifica de conformidad con las reglas 42, 13 y 5 de la Carta, que un integrante de la familia exija a sus parientes más cercanos asistencia y protección cuando se hallen en peligro sus derechos fundamentales</i>”.</p> <p>Precisamente, la misma Corte Constitucional ha destacado las formas de manifestación o de aplicación de la solidaridad “(...) <i>se puede presentar en tres facetas, a saber, (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios.</i>”</p>
2020	SL4593-2020 Corte Suprema de Justicia Sala de	En armonía con los principios de eficiencia, universalidad, integralidad y solidaridad que orientan el sistema general de seguridad social en pensiones, no es viable limitar la condena impuesta al empleador como consecuencia de su omisión en la afiliación con base en que lo ya aportado supera el

	descongestión Laboral	mínimo de semanas exigidas para obtener la pensión de vejez, pues en todo caso aquel emolumento estaría destinado no solo a la cuenta particular del afiliado, sino a una cuenta común, con el objeto de financiar las pensiones de otros afiliados.
2021	SL1502-2021 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral	La seguridad social tiene doble connotación: es un derecho irrenunciable y, además, es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, del cual hace parte el sistema general de pensiones.
2021	STL3225-2021 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral	<p>Pensión de vejez - Incremento pensional por cónyuge a cargo: aplicabilidad de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones</p> <p>Conforme lo indica la Corte, el incremento deprecado en la demanda ordinaria referida, hace parte del Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, y se guía por los principios que lo rigen, es decir que, es de carácter irrenunciable y le son aplicables -en la medida en que sea posible- los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema, de manera que incluso, cualquier interpretación que realice el juzgador debe atender a tales contenidos y además, al hecho de que al tratarse de una prestación de vejez, esta no prescribe.</p>
2021	SL781-2021 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral	Frente a las especiales situaciones de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas en donde la pérdida de capacidad laboral se va menguando de manera paulatina, las reglas para la contabilización de aportes que sirven de base para calcular la pensión, no es aquella hasta la estructuración de la invalidez, sino que deben tenerse en cuenta aquellos que se hayan efectuado con posterioridad a cuando se estructuró la invalidez, y de igual forma, resulta dable tomar como punto de partida para computar las

		<p>mismas, la de la data en que se califica al asegurado ello por el hecho de estar frente a un derecho fundamental y el principio de solidaridad que caracteriza el sistema de seguridad social.</p>
2021	<p>STC1507-2021 Corte Suprema de Justicia Sala De Casación Civil Y Agraria</p>	<p>DERECHO DE ALIMENTOS - Principio de solidaridad: fundamento constitucional (c. j.)</p> <p>Frente a los elementos constitutivos del “derecho de alimentos”, la Corte Constitucional ha precisado:</p> <p>“(…) <i>El derecho de alimentos puede entenderse como el poder de voluntad de una persona (alimentario), otorgado por el ordenamiento jurídico positivo, de exigir a otra (alimentante) los medios para su subsistencia cuando carece de ellos (…)</i>”.</p> <p>“(…) <i>El fundamento constitucional del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Arts. 1º y 95, Num. 2) en el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Art. 5º) o el núcleo fundamental de la misma (Art. 42), por lo cual, por regla general, una de sus condiciones es el parentesco de consanguinidad o civil entre alimentario y alimentante, en los grados señalados en la ley, o la calidad de cónyuge o divorciado sin su culpa (…)</i>”</p>
2021	<p>SP405-2021 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal</p>	<p>OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Se fundamenta en el principio de solidaridad</p> <p>La Corte Constitucional, al ocuparse del bien jurídico protegido con el delito, señaló:</p> <p>«<i>La inasistencia alimentaria tiene como fundamento el deber de solidaridad que une a los miembros de una familia y, como finalidad, garantizar la subsistencia de los beneficiarios; por tanto, el bien jurídico que se protege no es el del patrimonio económico sino el de la familia, pues pese a que la obligación finalmente se traduce en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple</i></p>

		<p><i>por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un compromiso nacido del vínculo de parentesco que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia» -CC. C-237-1997-.</i></p> <p>De esta forma, la inasistencia alimentaria se caracteriza por ser un delito de peligro, al no requerir la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido, que corresponde a un interés de tutela supraindividual, que se origina de la institución constitucional de la familia como el núcleo fundamental de la sociedad -inciso 1º del artículo 42 Superior-, a partir de la cual se generan deberes especiales de solidaridad y asistencia entre sus integrantes, como la obligación de amparar mediante la prestación de alimentos - artículos 411 del C. C. y 24 de la Ley 1098 de 2006.</p>
2021	SL198-2021 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral	El principio de solidaridad en el sistema de seguridad social integral está regulado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 y expresa que es un servicio público esencial que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad; imponiéndole al Estado el deber de garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo

Fuente: elaboración propia a partir de las Sentencias señaladas

Cuadro _____. La Solidaridad en la Jurisprudencia del Consejo de Estado

Año	Documento	Descripción
2017	NR 2098816 25000-23-26- 000-1995- 00595-01 18860 Consejo de Estado Sala Plena	No obstante, en el marco del Estado social de derecho ninguna víctima puede, bajo ningún motivo, quedar desamparada de la sociedad y de su representante legítimo el Estado. Si bien los daños producidos por un acto terrorista, planeado, ejecutado y dirigido exclusivamente por actores no estatales y cuyo móvil no fue algún objetivo estatal, les corresponde al Estado y a la sociedad con fundamento esencial en el principio de solidaridad acudir en su

	<p>Sección Tercera</p>	<p>auxilio y desplegar acciones humanitarias ante situaciones infortunadas que desplazan a las personas a estados de adversidad donde se encuentran en condiciones económicas, físicas o mentales de debilidad y vulnerabilidad manifiesta (...) Bajo esta perspectiva, con el objeto de atender a las víctimas de actos terroristas, cuyos ataques están dirigidos de manera indiscriminada contra la población civil, con lo que se causa muerte, afectaciones a la integridad física y psicológica, a la propiedad, entre muchos otros bienes jurídicos afectados, la Sala orden[a] las siguientes medidas tendientes a la satisfacción y la no repetición de los hechos que en esta oportunidad fueron objeto de juzgamiento: (...) exhorta[r] al señor Ministro del Interior, al señor Director de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y al Congreso de la República para que, con base en el principio constitucional de solidaridad y en atención a las funciones y competencias que les han sido conferidas por el ordenamiento jurídico, fortalezcan de manera adecuada, efectiva y progresiva los mecanismos jurídicos, económicos y sociales existentes destinados a garantizar la asistencia humanitaria y el auxilio integral a las víctimas de terrorismo, quienes han sido afectados por estos execrables hechos en sus derechos fundamentales.</p>
<p>2017</p>	<p>2110247 08001-23-31- 000-2002- 00070-01 39612 Consejo de Estado Sección Tercera</p>	<p>INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS O NOSOCOMIALES - Quienes están en situación de mayor vulnerabilidad se encuentran más expuestos a la concreción del riesgo público / INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS O NOSOCOMIALES - Asunción de riesgo público al que toda la población se encuentra expuesta, premisa incompatible con el principio de solidaridad / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Resulta determinante para declarar la desproporcionalidad de la regla de asunción del riesgo del paciente / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Genera una exigencia de adopción de medidas sistemáticas y diseño de rutas institucionales que permita hacer justo y eficaz el riesgo social - Vale la pena resaltar que quienes están más expuestos a la concreción del riesgo público, son justamente quienes se encuentran en situación</p>

		<p>de mayor vulnerabilidad, siendo algunos de ellos sujetos de especial protección constitucional (cfr. niños, ancianos, pacientes crónicos). Así las cosas, la proposición de que el riesgo público debe ser asumido por aquellos que sufren su concreción, lleva implícita la aceptación de que, en términos generales, los sujetos más débiles y vulnerables de la sociedad han de asumir la mayor parte del costo social de un sistema que a todos beneficia. Esta premisa es, por definición incompatible, con el modelo de Estado Social de Derecho, consagrado por la Carta Política de 1991. Ésta, fundada sobre el principio de solidaridad, dispone que la sociedad entera asuma las cargas excesivamente onerosas para sus miembros más débiles, exigencia del todo antitética con la premisa implícita de la justificación del sacrificio del derecho del más vulnerable en beneficio de la sociedad entera. Se aclara que el principio de solidaridad aquí enunciado opera de dos maneras en casos como en el sub lite. En primer lugar, resulta determinante para la declaración de la desproporcionalidad de la regla de la asunción entera del riesgo por parte del paciente y, en segundo lugar, genera una auténtica exigencia de adopción de medidas sistemáticas y diseño de rutas institucionales que permitan hacer distribuir justa y eficazmente el riesgo social, según se verá más adelante.</p>
<p>2018</p>	<p>NR 124128 11001-03-06-000-2018-00078-00 Consejo de Estado Sala de Consulta y del Servicio Civil</p>	<p>El principio de solidaridad, clara expresión del Estado Social de Derecho y herramienta fundamental para la satisfacción de los fines estatales, impone a los miembros de la comunidad la obligación de cooperar con los demás, con el propósito de facilitar el ejercicio de los derechos ciudadanos y favorecer el interés colectivo. Una importante manifestación del principio de solidaridad lo constituye la economía solidaria. (...) La economía solidaria contribuye a incrementar el nivel de cohesión social, disminuir los niveles de pobreza y exclusión, aumentar la cultura democrática y dinamizar la participación social. (...) son características básicas de la economía solidaria: i) la primacía de la persona y del objeto social sobre el capital, ii) la adhesión voluntaria y abierta, iii) la</p>

		<p>conjunción de los intereses de sus integrantes con el interés general, iv) la defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad, v) la autonomía de su gestión e independencia frente a los poderes públicos, y vi) la destinación de la mayoría de los excedentes a la consecución de objetivos que favorezcan el desarrollo sostenible, los servicios a los miembros y el interés general.</p>
2018	<p>NR 2125038 05001-23-33- 000-2015- 00602-01 2302-16 Consejo de Estado Sección Segunda</p>	<p>Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. [...] Prestaciones a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se encuentran el ascenso póstumo y, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente</p>
2019	<p>NR 2128945 25000-23-42- 000-2013- 00103-01 1103-14 Consejo de Estado Sección Segunda</p>	<p>Pese a que, como se dijo, la prima de servicios no está establecida como factor base de cotización en los Decretos relacionados en el párrafo anterior [1158 y 691 de 1994], se observa que, según certificación que obra en los folios 25 a 27, sobre este emolumento se realizaron los descuentos correspondientes por concepto de aportes a pensión con destino a Cajanal, motivo por el cual, conforme al principio de solidaridad y al actual derrotero jurisprudencial de esta Corporación consistente en que «[...] los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones», deberá incluirse ese emolumento dentro del ingreso base de liquidación para</p>

		efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación de la actora.
2019	NR 2133768 27001-23-31- 000-2010- 00068-01 45483 Consejo de Estado Sección Tercera	Acreditado el parentesco de las personas citadas con el hoy occiso, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los hermanos y la abuela tenían un nexo afectivo importante con éste, lo cual determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos y que, por lo tanto, sufrieron un profundo dolor y pesar con su muerte trágica. Así, las pruebas del parentesco aportadas al proceso son suficientes para tener por demostrado el daño moral reclamado por ellos. (...) siguiendo los parámetros trazados por la jurisprudencia de esta Corporación en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte, la Sala condenará a las demandadas a pagar 50 salarios mínimos legales mensuales.
2019	NR 2133557 25000-23-26- 000-2004- 00444-01 42196 Consejo de Estado Sección Tercera	Conforme al (...) principio, del Derecho internacional, (...) los Estados están autorizados para emprender acciones internacionales con el fin de proteger a sus nacionales cuando estos no hayan podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. En efecto, (...) no cabe emprender acciones internacionales contra un Estado, en defensa de los derechos de un extranjero, cuando este último no haya agotado las instancias domésticas, lo que, además de los recursos judiciales, incluye cualquier procedimiento accesible a los litigantes en el derecho interno, para la defensa de sus derechos. De esta forma, se busca que el Estado pueda reparar la lesión que se le achaca, conforme a los medios concebidos en su Derecho interno, antes de que el asunto escale a la jurisdicción internacional, como lo ha sostenido la Corte Internacional de Justicia. (...) [E]n el ámbito del Derecho internacional público, el Estado es el único sujeto que puede definir el alcance de la protección diplomática de sus nacionales y los medios para hacerla efectiva, atendiendo a las consideraciones que estime pertinentes, conforme al poder discrecional que, en ello, le reconoce el ordenamiento internacional. (...) [E]n el Derecho internacional se reconocía el derecho de los colombianos

		<p>extraditados a los Estados Unidos de América a no ser juzgados por un delito distinto de aquel por el cual fue autorizada la extradición, con la correlativa obligación del Estado receptor de no procesarlo ni sancionarlo por un delito que no hubiera sido incluido en el delito de extradición. (...) Estima pertinente la Sala aclarar, por otra parte, que el derecho a ejercer la protección diplomática de los ciudadanos en el exterior, no faculta al Estado colombiano para intervenir en la decisión judicial adoptada al interior del proceso adelantado en el país requirente, en razón a los principios de soberanía y autodeterminación de los pueblos que orientan las relaciones internacionales. (...) Podría entenderse que el Estado, en virtud del principio de solidaridad (no enunciado explícitamente en la constitución de 1886) y en ejercicio de ese derecho, debe comprometer sus esfuerzos diplomáticos para demandar el respeto de los derechos de sus ciudadanos por parte del Estado receptor, entendiendo, por supuesto, que este deber solo se activa ante la solicitud del ciudadano extraditado, quien debe emplear todos los medios administrativos y judiciales que el Estado receptor pone a su disposición para su defensa; y que este deber no compromete al Estado de origen en términos de resultado.</p>
<p>2019</p>	<p>NR 2140906 11001-03-25- 000-2015- 00233-00 0435-15 Consejo de Estado Sección Segunda</p>	<p>PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL</p> <p>En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto, y su aplicación debe matizarse</p>

		<p>con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales, de lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable. el principio de solidaridad tiene su origen en la Constitución Política de 1991 y su vigencia y aplicación en el Sistema General de Seguridad Social se deriva del artículo 48 superior, por lo que a partir de esa disposición todos los partícipes del sistema deben contribuir solidariamente a la sostenibilidad del mismo, con el fin de garantizar el acceso de todos los habitantes del territorio.</p>
2019	<p>NR 2139043 11001-03-24- 000-2011- 00136-00 Consejo de Estado Sección Primera</p>	<p>PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Alcance - Constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el Estado Social de Derecho, acorde con lo dispuesto expresamente por el artículo 1 de la Carta Política y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se trata de un deber impuesto a toda persona por el solo hecho de pertenecer a la sociedad, “[c]onsistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. (...) Además, ha establecido que ‘este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos’. [...]”. Bajo esta doble perspectiva que encierra el principio de solidaridad, su observancia en materia de salud resulta determinante como quiera que los recursos del Estado para la atención de derechos prestacionales son limitados, dado que, en ausencia de aquel, la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios;</p>
2020	<p>NR 2166146 20001-23-31- 000-2010- 00415-01 49341 Consejo de Estado,</p>	<p>E]n relación con la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, se ha considerado que el régimen bajo el cual ha de resolverse su situación es diferente al que se aplica a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares, agentes de Policía o</p>

	Sección Tercera, Subsección A	detectives del hoy extinto DAS, porque el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución Política impone a las personas, derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar Sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 18.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Sentencia de 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586, C.P. Enrique Gil Botero.
2020	2161273 11001-03-15-000-2020-01964-00 Consejo de Estado Sala Plena	La Sala encuentra que la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que reguló el derecho fundamental a la salud, en su artículo 10 impone como deberes de las personas “propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad, atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención y actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas ”, de donde emerge el fundamento legal de la obligación de los servidores públicos de procurar por su propio cuidado integral.
2020	NR 2158188 25000-23-15-000-2020-01121-01 AC Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B	Repatriación connacionales - El sub examine, el estudio de la situación particular planteada por el actor va más allá de la implicación del derecho fundamental de locomoción, pues lo que se encuentra afectado es su derecho de repatriación o retorno al país en conexidad con garantías como la vida y el mínimo vital, las cuales deben analizarse en conjunción con el principio de solidaridad preceptuado en la Constitución. Así, es deber del Estado brindar apoyo a los nacionales que se encuentran en el extranjero para procurar su bienestar y no solo eso, también es deber facilitar y garantizar el derecho de una persona a regresar a su país de origen e ingresar al mismo en condiciones de proporcionalidad. En este orden de ideas, no es de recibo argumentar que hay cargas públicas que deben soportarse cuando no es claro el procedimiento inconcluso seguido al actor por las autoridades competentes, en contraste con los viajes humanitarios

		<p>que diariamente se dan desde y hacia Colombia. Situación que implica una vulneración al derecho al debido proceso en conexidad con los amparados por el a quo, por cuanto, como se evidencia en líneas anteriores de esta providencia, existe una reglamentación extensa y puntual sobre el retorno de los nacionales a raíz de la pandemia.(...) De tal forma, contrario a lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el escrito de impugnación, es en virtud del protocolo mencionado y el marco normativo pertinente que esa cartera ministerial debe cooperar en las gestiones necesarias junto con Migración Colombia, el Consulado de Colombia en Houston Texas, la Embajada de Colombia en Estados Unidos y la Aeronáutica Civil para garantizar los derechos fundamentales deprecados por el [accionante].Corolario de lo anterior y en vista de que al proceso no se han aportado pruebas sobre el cumplimiento de la orden emitida por el juez de tutela de primera instancia o la cesación de la vulneración que dio origen a la presente acción de amparo constitucional, se confirmará el amparo concedido en favor del [accionante].</p>
<p>2021</p>	<p>NR 2170756 25000-23-26- 000-2010- 00187-01 51726 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A</p>	<p>La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que el régimen de responsabilidad bajo el cual debe resolverse la situación de los conscriptos es diferente del que se aplica a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como es el caso, por ejemplo, de los militares, agentes de policía, bajo el entendido de que el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que obedece al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Lo anterior implica que quienes prestan servicio militar obligatorio sólo están obligados a soportar las cargas inherentes a éste, como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales. Por su parte, los</p>

		que prestan el servicio en forma voluntaria asumen todos y cada uno de los riesgos propios de la actividad militar.
--	--	---

Fuente: elaboración propia a partir de las Sentencias señaladas