

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS MADRES Y PADRES CABEZA DE
FAMILIA Y DEL PREPENSIONADO, COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL EN EL SECTOR PRIVADO.**

Análisis jurisprudencial del Retén Social, Ley 790 de 2002.

HELLEN ANDREA GRAJALES RAVE

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN, ANTIOQUIA**

2019

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS MADRES Y PADRES CABEZA DE
FAMILIA Y DEL PREPENSIONADO, COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL EN EL SECTOR PRIVADO.**

Análisis jurisprudencial del Retén Social, Ley 790 de 2002.

HELLEN ANDREA GRAJALES RAVE

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

JOSÉ GABRIEL RESTREPO GARCÍA

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN, ANTIOQUIA

2019

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	7
DELIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE INVESTIGACIÓN	17
LEY 790 DE 2002: DE LAS PERSONAS CON LIMITACIÓN FÍSICA, MENTAL, VISUAL O AUDITIVA. UN REPASO JURISPRUDENCIAL.....	19
DE LOS SORDOCIEGOS COMO SUBCATEGORIA DE LAS PERSONAS CON LIMITACIÓN FÍSICA, MENTAL, VISUAL O AUDITIVA.....	30
LEY 790 DE 2002: DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA	33
EXTENSIÓN A LOS PADRES CABEZA DE FAMILIA.....	46
PROTECCIÓN A LOS NIÑOS Y A LA FAMILIA, COMO PRINCIPIO FUNDANTE.....	54
LEY 790 DE 2002: DE LOS TRABAJADORES PRÓXIMOS A PENSIONARSE	59
EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO	68
PROTECCIÓN DE LOS PREPENSIONADOS COMO GARANTÍA AUTÓNOMA DEL RETÉN SOCIAL	74
CONDICIONES PARA SOLICITAR EL REINTEGRO LABORAL	79
CONCLUSIONES.....	90
REFERENCIAS.....	94
BIBLIOGRAFÍA.....	99

RESUMEN

La Corte Constitucional, ha venido dictando múltiples pronunciamientos con respecto al denominado “Retén Social”, promovido desde la Ley 790 de 2002 referente al programa de renovación de la administración pública, encaminado a garantizar efectiva protección de los servidores públicos pertenecientes a un grupo poblacional con condiciones de debilidad manifiesta, tales como las madres y padres cabeza de familia y las personas próximas a pensionarse; individuos que en razón a la terminación de su contrato de trabajo pueden ver afectados sus intereses y los de su familia, su economía y sus derechos como trabajadores, al mínimo vital y a la seguridad social. Con respecto a este punto, la Corte Constitucional se ha esforzado por establecer por medio de pronunciamientos jurisprudenciales, los conceptos, los requisitos para acceder a la protección laboral reforzada y el margen de aplicación del retén social tanto en el sector público como en el sector privado. El objetivo del presente trabajo es analizar los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional que han tocado los puntos relevantes en materia de retén social de las madres y padres cabeza de familia y de las personas próximas a pensionarse como sujetos de especial protección y de la extensión al sector particular, con el fin de determinar hacia dónde va encaminada la Corte Constitucional con respecto a los sujetos que reclaman la protección establecida por la Ley 790 de 2002.

ABSTRACT

The Constitutional Court has issued multiple judgments regarding the so-called "Social Retention", promoted by Law 790 of 2002 on the program of renewal of public administration, aimed at guaranteeing the effective protection of public servants belonging to a population group with conditions of manifest weakness, such as mothers and fathers head of family and people close to retirement; people who, due to the termination of their employment contract, may be affected by their interests and those of their family, their economy and their rights as workers, the minimum wage and social security. With regard to this point, the Constitutional Court has endeavored to establish, through jurisprudential rulings, the concepts, requirements for access to greater labor protection and the scope of the application of social security in both the public and private sectors. The purpose of this document is to analyze the different pronouncements of the Constitutional Court that have touched on the relevant points in terms of social retention of mothers and fathers head of family and of people close to retirement, as subjects of special protection and of the extension to the private sector, with the intention to determine where the Constitutional Court is going with respect to the subjects that claim the protection established by Law 790 of 2002.

PALABRAS CLAVES/ KEY WORDS

Retén social, madre cabeza de familia, padre cabeza de familia, prepensionado, reintegro laboral.

Social retention, mothers head of family, fathers head of family, prepensionado, laboral refund.

INTRODUCCIÓN

La Ley 790 de 2002, referente al Programa de Renovación de la Administración Pública, trajo consigo una protección especial dirigida a las madres cabeza de familia sin alternativa económica; las personas con limitación física, mental, visual o auditiva; y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez. Desde la promulgación de la Ley, la Corte Constitucional ha venido trabajando en múltiples pronunciamientos para conceptualizar y definir el margen de aplicación del retén social de los servidores públicos que pudieran verse afectados por la reestructuración de la Administración Pública, en razón a las condiciones de indefensión que los hace sujetos de especial protección por parte del Estado. No obstante, a lo largo de dichos pronunciamientos han surgido cambios con respecto al ámbito de aplicación de dicha protección, llevándola de la esfera pública a la esfera privada, y siendo extensiva para todos aquellos trabajadores que estando en una situación de indefensión requieren un grado igual de protección estatal, a través de la implementación de programas y estrategias que permitan el desarrollo del enunciado constitucional de acceso a la igualdad de oportunidades y de protección de los derechos de los trabajadores al mínimo vital y a la seguridad social, de acuerdo a criterios razonables que permitan el amparo de la protección laboral reforzada.

Es así como la Ley 790 de 2002, en su artículo 12¹, dio lugar a la existencia de un nuevo fuero de estabilidad laboral reforzada dentro del Derecho Laboral, denominado “Retén Social”, que permitió a los sujetos amparados por dicha norma ejercer mecanismos de acción para reclamar la protección del Estado, dentro del proceso de reorganización de la Administración Pública, cuyo objeto central era la creación, supresión y fusión de diversas entidades del orden nacional, a fin de proporcionar garantías a aquellos trabajadores que pudieran resultar afectados con el proceso de reestructuración. Todo ello, orientado a garantizar que los trabajadores en estado de debilidad manifiesta no pudieran ser retirados de su cargo, con el fin de no afectar derechos fundamentales tales como el mínimo vital del trabajador y el acceso efectivo a la seguridad social, pudiendo el trabajador incluso, solicitar el reintegro en su puesto de trabajo en caso de ser despedido sin una justa causa, además de poder solicitar el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y/o la continuidad en el pago de los aportes a la seguridad social en el entendido de que no se pudiera efectuar el reintegro a la entidad, atendiendo al caso concreto del trabajador en cuestión. Precizando, que el denominado “Retén Social” no tiene un carácter ilimitado y absoluto, dado que la protección no puede perseguir fines jurídica y fácticamente inalcanzables, pues se entiende que dicha protección se garantiza hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad y hasta tanto se dé fin a la existencia jurídica de la misma o hasta que cesen las condiciones especiales del sujeto, para ser considerado como sujeto de especial protección.

¹ Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. Diciembre 27 de 2002. DO No. 45.046. ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Lo anterior, en concordancia con los escenarios estipulados por la Corte Constitucional para dar amparo a la protección reseñada y que son los siguientes:

(i) Cuando se pretende el reintegro a una entidad cuyo proceso de liquidación ya ha concluido. En estos casos, ante la terminación de la existencia jurídica de la institución correspondiente, no procede ordenar el reintegro sino el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta la liquidación definitiva de la empresa.

(ii) En el caso de los “prepensionados”, cuando se trata de procesos liquidatorios, la Corte Constitucional ha establecido que “la orden no puede ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeña”, pues es lógico que en desarrollo del proceso liquidatorio se supriman paulatinamente los puestos de trabajo existentes, haciéndose innecesario, por consiguiente, mantener el mismo número de empleados o funcionarios en la planta de personal de la institución en liquidación. Por consiguiente, en un ejercicio de armonización de los principios implicados, la Corte determinó que, una vez suprimido el cargo, además del pago de las prestaciones e indemnizaciones laborales correspondientes, se debía garantizar el pago de los aportes al régimen pensional respectivo hasta tanto se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

(iii) Finalmente, en los procesos de reestructuración, cuando se suprime el cargo que ocupa una persona beneficiaria del denominado “retén social” y en la nueva planta de la entidad no existe un cargo igual o equivalente, por lo que el reintegro se torna imposible. En estos supuestos, corresponde el pago de las acreencias laborales correspondientes y,

si se trata de servidores de carrera administrativa, se debe sufragar la indemnización prevista en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004. (Corte Constitucional. Sentencia T-084 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Marzo 05 de 2018).

Para efectos de comprensión de lo anterior, la Corte Constitucional definió el Retén Social como:

(...) una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 790 de 2002. (Corte Constitucional. Sentencia SU- 389 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Abril 13 de 2005).

En igual sentido, la sentencia T- 768 de 2005, con respecto al Retén Social se pronunció en los siguientes términos:

(...) se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están

llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.

Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002. (Corte Constitucional. Sentencia T- 768 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Julio 25 de 2005).

Así mismo, el retén Social es definido como:

(...) mecanismo por medio de la cual se buscó que en los procesos de reforma institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de

jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieren económica o afectivamente de ellas. (Corte Constitucional. Sentencia C- 795 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Noviembre 09 de 2009).

En igual sentido, la Corte Constitucional, aclaró con respecto de la Ley 790 de 2002 lo siguiente:

Con la expedición de la Ley 790 de 2002, el Gobierno Nacional emprendió un programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado en un marco de sostenibilidad financiera. Para tal efecto, ordenó la fusión y la liquidación de distintas entidades, lo que implicó la reestructuración de plantas de personal y la consiguiente eliminación de cargos y terminación de los contratos laborales de las personas que los ocupaban. No obstante, dispuso, al mismo tiempo, medidas de protección en favor de personas que por sus condiciones particulares podrían resultar especialmente afectadas por la desvinculación.

Así, en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se estableció una protección laboral reforzada para “las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente

ley”, ante la contingencia de la supresión de la entidad en que laboran. Esta protección especial de la estabilidad laboral de tales personas, denominada Retén Social, busca asegurarles la percepción de un ingreso derivado de su relación de trabajo, el acceso a una pensión dada la proximidad de la adquisición del derecho pensional y, en suma, el respeto a su dignidad. Se trata de una protección en mayor intensidad que la ordinariamente brindada a los demás servidores públicos. (Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo; Enero 12 de 2010).

Así pues, la protección denominada Retén Social, va orientada a perseguir los fines del Estado y del trabajo como un principio, como un derecho individual y como una obligación social con protección constitucional, de conformidad con los artículos 1², 25³ y 53⁴ de la Carta Política,

² Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 1o. 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

³ Ibidem. ARTICULO 25. 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.

⁴ Ibidem. ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

orientada a brindar garantía de permanencia en el empleo de los trabajadores que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad respecto de otros trabajadores, entendiéndose que dicha garantía busca que las condiciones económicas del trabajador y su familia no caigan en detrimento tras una posible terminación del contrato de trabajo.

Garantías que en razón del principio de igualdad no deben ser solo aplicadas a los servidores públicos amparados por un mandato legal establecido en la Ley 790, pues es bien sabido que bajo dicho precepto, los trabajadores del sector privado estarían desprotegidos por ausencia de una normativa expresa que de lugar a la protección de sus intereses como trabajadores y que les garantice una posibilidad de estabilidad en el empleo en ocasión de las características particulares que lo pueden convertir en sujeto de especial protección. Así pues, en razón a los mandatos constitucionales y con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador tales como la seguridad social, el mínimo vital, el acceso al trabajo y reiterando, el derecho a la igualdad, se hace necesario, extender la garantía de estabilidad laboral reforzada de los trabajadores del sector público a los trabajadores del sector privado que se encuentren en las mismas circunstancias de hecho que les brinden la posibilidad de reclamar la protección efectiva de sus derechos, cuando estos resulten vulnerados en atención a su vínculo laboral, tal como lo asume la Corte Constitucional:

En suma, el retén social, como uno de los mecanismos para proteger la estabilidad laboral reforzada, si bien se basa en la ley y la jurisprudencia constitucional, no es

menos cierto que su origen se desprende de los principios relativos al derecho a la igualdad, a la seguridad social y dignidad, entre otros, consagrados en la Constitución Política. Es decir, se trata del reconocimiento de derechos fundamentales y, por lo mismo, debe cobijar a todos los ciudadanos en general. (Corte Constitucional. Sentencia T- 638 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Noviembre 16 de 2016).

En consecuencia, es obligación del Estado brindar un trato diferenciado a las personas en condición de debilidad manifiesta, a través del cual se le brinden las oportunidades y condiciones necesarias para superar los obstáculos que se le puedan presentar en el desarrollo de su plan de vida, con respecto de la sociedad. Postulado que, trayéndolo al tema que nos ocupa, debe ser aplicable a todos los trabajadores independientemente de si se encuentran en un vínculo laboral dentro del sector público o del sector privado, pues la protección brindada debe darse aras de asegurar acceso a oportunidades en razón a los presupuestos de hecho que los hacen vulnerables en caso de una terminación intempestiva y sin justa causa de su contrato de trabajo. Y tal como lo ha dispuesto la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia el axioma relativo al derecho a la igualdad que *dispone:*

(...) de un lado, existe un mandato de trato igual frente a todas aquellas situaciones fáctica o jurídicamente equiparables siempre que no existan razones suficientes para proveer un trato diferente, y de otro lado, un mandamiento de trato desigual frente a circunstancias diferenciables. Tales contenidos esenciales surgen del artículo 13 constitucional, al tenor del (sic) cuyo inciso primero existe una obligación de igualdad en la protección, el trato y el goce de derechos, libertades y oportunidades, además de una consecuente prohibición

de discriminación; mientras los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de tratamiento diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables. (Corte constitucional. Sentencia C-445 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Mayo 26 de 2011, reiterada en Sentencia T- 638 de 2016).

Razones que fundamentan el presente escrito, pues a través del mismo, se busca comprender cual ha sido el tratamiento que le ha dado la Corte Constitucional a la estabilidad laboral reforzada derivada del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, con respecto a la extensión que se ha realizado de la misma a los trabajadores del sector privado que cumplen con las características para ser sujetos de la protección especial amparada por la Constitución en razón de los principios del Estado Social de Derechos y en garantía de los derechos fundamentales tales como la igualdad, la seguridad social, el mínimo vital y la dignidad.

DELIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE INVESTIGACIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Establecer cuáles son los puntos relevantes, actuales pronunciamientos y perspectivas dictadas por la Corte Constitucional en materia de estabilidad laboral reforzada de prepensionados y madres y padres cabeza de familia desde la promulgación de la Ley 790 de 2002, aplicados al sector privado.

OBJETIVO GENERAL

Analizar los pronunciamientos más relevantes dictados por la Corte Constitucional, en material de retén social de las madres y padres cabeza de familia y de las personas próximas a pensionarse, así como de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, aplicables al sector privado.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Estudiar los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de Retén Social de la Ley 790 de 2002, en lo referente a la protección de las madres y padres cabeza de familia.
- Realizar un repaso sobre los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional en materia de Retén Social de la Ley 790 de 2002, en lo referente a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva.

- Indagar acerca de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de Retén Social de la Ley 790 de 2002, en lo referente a la protección de los trabajadores próximos a pensionarse.
- Establecer hacia dónde va encaminada la Corte Constitucional con respecto al margen de aplicación y protección de la estabilidad laboral reforzada de las madres y padres cabeza de familia, de los trabajadores próximos a pensionarse y de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva en el sector privado.

LEY 790 DE 2002: DE LAS PERSONAS CON LIMITACIÓN FÍSICA, MENTAL, VISUAL O AUDITIVA. UN REPASO JURISPRUDENCIAL

Con el fin de fijar los puntos relativos a las garantías consagradas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, es especialmente importante hablar de los grupos poblacionales que protege la norma y que considera como sujetos de especial protección constitucional. De esta manera, se hablará en principio, de lo relativo a las personas con limitación física, mental, visual y auditiva; sujetos de especial protección constitucional tanto en el ámbito público como en el privado, indicando que dicha protección se fundamenta en el modelo de Estado Social de Derecho de la Constitución Política de 1991, orientado asegurar condiciones de igualdad real y material de toda la población, fundado en la dignidad humana, tal y como lo reafirma la Corte Constitucional:

Según se preceptúa en el artículo 2o. de la Carta Política, constituye fin esencial del Estado social de derecho, la efectividad de los derechos de las personas constitucionalmente establecidos. De ahí que, se haya identificado dentro del diseño constitucional otorgado para la conformación de un Estado pluralista y solidario, la existencia de grupos poblacionales beneficiarios de protecciones especiales, en atención a su situación material, con el fin de asegurarles el ejercicio de sus derechos y la debida participación en la sociedad para su desarrollo vital y para la definición de los asuntos de su interés (...). (Corte Constitucional. Sentencia C- 531 de 2000. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis; Mayo 10 de 2000).

Teniendo como base fundante de dicha protección, lo consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, en el cual se estipula que:

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

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

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

Surgiendo con lo anterior, la obligación en cabeza del Estado de brindar especial protección constitucional a todas aquellas personas que por circunstancias particulares se encuentren en un estado de debilidad manifiesta. Dentro de este grupo de sujetos de especial protección, se encuentran las personas con limitación, quienes de acuerdo con el artículo 47⁵ de la Constitución Política tienen el derecho a acceder a garantías que les permitan ser incluidos en programas de previsión, rehabilitación e integración social, a partir de políticas públicas de atención preferencial, enfocadas a la realización efectiva de sus derechos, en concordancia con lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencias como la C-606 de 2012:

⁵ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

(...) las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad en general, por lo que, tanto instituciones como individuos deben facilitar de una forma activa el ejercicio de los derechos de este sector de la población. (...) Por ende las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad. (Corte constitucional. Sentencia C- 606 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango; Agosto 01 de 2012).

Precisando en este punto que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional que:

(...) con la expresión acciones afirmativas o de diferenciación positiva se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. La Corte ha precisado que con dichas acciones si bien se acude a criterios que como la raza o el sexo en principio

resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad. (Corte Constitucional. Sentencia C-174 de 2004. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis; Marzo 02 de 2004).

Acciones que van encaminadas a llevar a la realidad el compromiso del Estado de remover los obstáculos en todos los planos en que se relaciona el ser humano, promoviendo políticas públicas dirigidas al favorecimiento de los grupos poblacionales que han sido sometidos históricamente a vejámenes y hechos discriminatorios, reduciendo las desigualdades y la falta de oportunidades, recordando que si bien se acude a aspectos diferenciadores para salvaguardar sus intereses, no se debe entender con lo mismo que se está actuando bajo enunciados que quebrantan la igualdad, sino que por el contrario, permiten establecer criterios que permiten el alcance de condiciones de igualdad real y efectiva, bajo el enunciado siguiente:

(...) El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. (Corte Constitucional. Sentencia T- 432 de 1992. M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez; Junio 25 de 1992).

En concordancia con lo anterior, y con el fin de dar cumplimiento a los fines del Estado, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 establece una protección especial, orientada a garantizar la estabilidad en el empleo de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva; para así reducir la brecha de desigualdad social, económica y cultural; en correspondencia con el artículo 54⁶ de la Constitución Política y con pronunciamientos de la Corte Constitucional orientados a reafirmar la protección de la cual es sujeto este grupo. Un ejemplo de ello es lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-174 de 2004, antes referenciada, que recuerda lo dicho en sentencia C- 531 de 2000, en la cual se señala:

Al respecto la Corte ha señalado que el ámbito laboral constituye un campo privilegiado para el cumplimiento de los mandatos superiores de protección de las personas con discapacidad, en aras de asegurar la productividad económica de las mismas, así como su desarrollo personal. De ahí que ha precisado que “elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334), para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.

Así, se puede afirmar que la protección que consagra la Ley va orientada a asegurar los principios de igualdad y dignidad humana de las personas en situación de discapacidad, en todos los ámbitos de la vida, siendo el laboral, uno de los más importantes para el desarrollo del ser humano y que permite integrarlo a la sociedad, persiguiendo los postulados del Convenio 159 de la OIT aprobado

⁶ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

por la Ley 82 de 1988⁷, reglamentada por el Decreto 2177 de 1989⁸. Esto, a través de políticas que persiguen la inclusión y garantizan el goce real y efectivo de los derechos de este grupo poblacional, enfatizando en la posibilidad de acceso a un empleo con todas las garantías y la estabilidad de los mismos, tal como lo consagra el artículo 1, numeral 2 del citado Convenio:

2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

Precisando la obligación derivada de los patronos que firman un contrato de trabajo, de garantizar cargos acordes al tipo de limitación, que permitan el correcto desarrollo de las funciones del trabajador y que este reciba una remuneración acorde a su desempeño, protegiendo siempre la integridad personal del mismo y la estabilidad en el puesto que ejerza o en otro igual o superior que le permita desarrollarse dentro de la empresa.

Teniendo en cuenta además de lo anterior, lo estipulado en el Decreto 190 de 2003⁹, a través del cual se regulan las condiciones que debe cumplir la persona con limitación para ser sujeto de la protección, en los siguientes términos:

⁷ Ley 82 de 1988. "Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983". Diciembre 23 de 1988.

⁸ Decreto 21 77 de 1989. "Por el cual se desarrolla la Ley 82 de 1988, aprobatoria del convenio número 159, suscrito con la Organización Internacional del Trabajo, sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas". Septiembre 21 de 1989.

⁹ Decreto 190 de 2003. "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002". Enero 30 de 2003.

“**Artículo 1º.** Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

1.4 Persona con limitación física, mental, visual o auditiva: Aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

a) **Limitación auditiva:** A partir de la pérdida bilateral auditiva moderada / severa, esto es, cuando la persona sólo escucha sonidos a partir de 51 decibeles, con amplificación, lo cual genera dificultades en situaciones que requieren comunicación verbal especialmente en grupos grandes; puede o no haber originado demoras en el desarrollo del lenguaje hablado que reduce la inteligibilidad de su habla si no hay intervención y amplificación;

b) **Limitación visual:** A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) **Limitación física o mental:** Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.” (Negrilla del texto original).

De lo anterior se desprende entonces, la estabilidad laboral reforzada, como garantía integral del derecho al trabajo del trabajador que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta derivada de su limitación, que implica la posibilidad de acceso a un trabajo en condiciones dignas y a permanecer en el mismo; protección amparada según lo establecido en el artículo 53 constitucional¹⁰ y en por pronunciamientos de la Corte Constitucional como la sentencia T- 294 de 2013, en la que se manifestó:

El derecho al trabajo de las personas con discapacidad, lo que incluye la oportunidad de ganarse la vida en un trabajo libremente elegido o aceptado y en un entorno laboral que sea abierto, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, para lo cual se establecen prohibiciones específicas de discriminación, así como la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan el empleo de las personas con discapacidad

¹⁰ Constitución Política. 1991. ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: 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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

en los sectores público y privado (art. 27 CDPD). Entre las garantías específicas que incorpora la legislación colombiana para salvaguardar este derecho se encuentra el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad (art. 26 Ley 361 de 1997), según el cual ningún limitado físico puede ser despedido o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina del Trabajo.

El derecho a contar con un nivel de vida adecuado y al establecimiento de sistemas de protección social, que garanticen los ingresos suficientes no sólo para atender a las necesidades básicas, sino para asegurar un mejoramiento continuo de las condiciones de vida. Entre estas medidas, la Convención establece la obligación para los estados de “asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación (art. 28, núm. 2º, lit. e. CDPD). (Corte Constitucional. Sentencia T- 294 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; Mayo 21 de 2013).

Siendo importante en este punto, precisar que, a lo largo de la historia, la discapacidad ha sido definida en múltiples formas, siendo en la actualidad un concepto en construcción. Así mismo, siendo importante distinguir entre lo que se ha entendido por discapacidad e invalidez, distinción que se realizó por parte de la Corte Constitucional en sentencia T- 198 de 2006, recordada en la sentencia T-372 del 2012, en la que se afirma:

Así mismo, se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría 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 invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa. (...)

Por el contrario, podría afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral (...). (Corte Constitucional. Sentencia T- 198 de 2006. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Marzo 16 de 2006).

De lo anterior se desprende entonces, que la protección laboral reforzada se fundamenta cuando surge en la persona con una condición de debilidad manifiesta por su limitación, la garantía legal de protección que permite la integración efectiva y el desarrollo de actividades de la vida cotidiana, incluyendo la actividad laboral a la cual tienen la posibilidad de acceder todos los ciudadanos. Situación que no sería aplicable en el caso de invalidez, en donde la persona no puede desarrollarse de manera efectiva en el ámbito laboral por haber sufrido una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, pues en este caso, la persona no tendría capacidad de trabajar, haciéndose merecedor del derecho a adquirir una pensión por invalidez. Entendiéndose además que la garantía de estabilidad laboral reforzada no implica solo la imposibilidad por parte del empleador de despedir al trabajador sujeto de dicha protección, sino que además dicho empleador estará obligado

en el caso de ser necesario, a reubicar al trabajador en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud, que le permita desarrollar sus habilidades y trabajar en condiciones dignas.

DE LOS SORDOCIEGOS COMO SUBCATEGORIA DE LAS PERSONAS CON LIMITACIÓN FÍSICA, MENTAL, VISUAL O AUDITIVA

Dentro de la esfera de protección amparada por la Ley 790, se desprende una subcategoría para aquellas personas denominadas “sordociegas”, punto en el cual resulta relevante resaltar unos de los pronunciamientos más importante en materia de estabilidad laboral reforzada de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva. La sentencia C-935 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Diciembre 11 de 2013), hace referencia a la sordoceguera como un tipo de discapacidad único, por obedecer a dos deficiencias sensoriales esenciales para el desarrollo humano, la auditiva y la visual. En dicho pronunciamiento, en primera medida, se recuerda lo establecido en la Ley 982 de 2005¹¹, en la cual se define, en su artículo 1, numerales 16 y 17, lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. Para efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos.

16. "Sordoceguera". Es una limitación única caracterizada por una deficiencia auditiva y visual ya sea parcial o total; trae como consecuencia dificultades en la comunicación, orientación, movilidad y el acceso a la información.

17. "Sordociego(a)". Es aquella persona que en cualquier momento de la vida puede presentar una deficiencia auditiva y visual tal que le ocasiona serios problemas en la comunicación, acceso a información, orientación y movilidad. Requiere de servicios especializados para su desarrollo e integración social.

¹¹ Ley 982 de 2005. “Por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”. Agosto 02 de 2005. DO No. 45.995.

Dicha discapacidad, al estar relacionada con la visión y la audición del individuo, genera problemas de comunicación, movilidad, desarrollo y aprendizaje, toda vez que el único medio de adquisición del entorno es a través del tacto, por lo cual, y con el fin de desarrollar un entorno de inclusión que permita autonomía para el individuo, se requiere por parte del Estado una protección especial única, por medio de políticas de atención especial para la remoción de obstáculos y barreras de acceso a sus derechos. Así, de conformidad con la sentencia antes citada la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

(...) resulta fundamental reiterar que la sordoceguera, de acuerdo con el artículo 1º, numera 16, de la Ley 982 de 2005 es una limitación única caracterizada por una deficiencia auditiva y visual ya sea parcial o total que en cuanto trae como consecuencia dificultades en la comunicación, orientación, movilidad y el acceso a la información, que son diferentes a las de las personas sordas o ciegas, requiere de la adopción del diseño de una política especial que les permita el acceso a la educación, la salud, el trabajo, la recreación, la cultura y otros espacios de socialización y desarrollo de los individuos. Como se indicó en precedencia, dado que la población con esta discapacidad padece una grave afectación de las habilidades diarias necesarias para una vida mínimamente autónoma, exige una política de atención especial encaminada a establecer mecanismos que les permitan percibir, conocer y desenvolverse en su entorno.

Por lo anterior, y con respecto al ámbito laboral, se deben desarrollar programas de inclusión laboral y generación de ingresos de las personas con discapacidad que le permitan integrarse a la sociedad de manera efectiva, garantizando condiciones de trabajo dignas, en donde sean ubicados en puestos de trabajo acordes a sus condiciones físicas, sensoriales y mentales, dirigiendo los planes de gobierno al objetivo de inclusión y garantías laborales reforzadas y especiales para este grupo poblacional, posibilitando el acceso por ejemplo, a intérpretes de lengua de señas, guías intérpretes y zonas de acceso que permitan el desarrollo real y efectivo de los derechos que como ciudadanos se les deben garantizar, incluyendo dentro de los mismos, todos los derechos relacionados con el acceso a un empleo, a permanecer en él en condiciones dignas y justas que le permitan desarrollar su proyecto de vida.

LEY 790 DE 2002: DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA

La protección brindada a las madres cabeza de familia, derivada de la Ley 790 de 2002, busca garantizar que la economía de las madres encargadas de sostener su hogar y a su familia no sufra un perjuicio derivado de la desvinculación en el empleo que puedan llegar a sufrir, perjuicio que se ve reflejado en el ámbito familiar de la trabajadora, y en especial en los hijos menores que esta llegare a tener a su cargo.

Antes de entrar en lo referente a la protección derivada del Retén Social con respecto a este grupo poblacional, es pertinente resaltar lo relativo a la definición que se ha proporcionado con respecto a la denominación de “Madre cabeza de familia” a lo largo de la legislación colombiana. Es así como la Ley 82 de 1993¹², por medio de la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia en su artículo segundo, la define así:

ARTÍCULO 2. Para los efectos de la presente ley, enténdese por 'Mujer Cabeza de Familia', quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o in capacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

¹² Ley 82 de 1993. “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”. Noviembre 03 de 1993. DO. No. 41.101.

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

Posteriormente, el Decreto 190 de 2003, antes referenciado, definió el concepto de madre cabeza de familia para efectos de la mencionada Ley como:

Artículo 1º. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

1.3 Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada. (Negrilla del texto original).

Así mismo, la Ley 1232 de 2008¹³ por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones, la define en los siguientes términos:

¹³ Ley 1232 de 2008. “Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones”. Julio 17 de 2008. DO No. 47.053.

ARTÍCULO 2o. JEFATURA FEMENINA DE HOGAR: Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PARÁGRAFO. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo. (Negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, para solicitar el amparo, la mujer trabajadora cabeza de familia, es necesario demostrar unos requisitos esenciales que le permitan acreditar su condición de cabeza de familia,

y así asegurar la posible aplicación la protección. En este sentido, la sentencia SU- 388 de 2005, una de las más importantes sobre la materia, fue la encargada de establecer los requisitos para ser llamada madre cabeza de familia, en los siguientes términos:

(...) la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

(Corte Constitucional. Sentencia SU- 388 de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández; Abril 13 de 2005).

Aclarando que, cuando la mujer que dice ostentar la condición de madre cabeza de familia, alegue dicha circunstancia, en razón a que su pareja se encuentre sin un empleo o que exista una ausencia transitoria de la misma por un tiempo prolongado, no se entiende que dicha mujer tiene la responsabilidad exclusiva de su hogar y por tanto no hay lugar a que se reconozca su condición de madre cabeza de familia, pues si la pareja de la mujer realiza otros aportes al hogar tales como

el trabajo doméstico y cuidado de los hijos, dicho aporte será tenido en cuenta y no habrá lugar a la aplicación de la protección, toda vez que existe un trabajo común de la pareja por sostener el hogar y a los integrantes de este.

Además, de tener en cuenta que en la mencionada sentencia se aclara que:

(...) la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-034 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia porque lo esencial son las cuestiones materiales. Con la misma óptica esta Corporación ha precisado que la declaración ante notario a que hace referencia el párrafo del artículo 2¹⁴ de la Ley 82 de 1993 no es exigencia indispensable para efectos probatorios, toda vez que la condición de madre cabeza de familia no depende de dicha formalidad sino de los presupuestos fácticos.

Condiciones anteriormente descritas que son reiteradas y plasmadas de manera igual en sentencias de la Corte Constitucional T- 834 de 2005 (M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández; Agosto 12 de 2005); T- 1080 de 2006 (M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; Diciembre 13 de 2006) y T- 1211 de 2008

¹⁴ En dicho párrafo se establece que para acreditar dicha condición o para que cese la misma, se debe realizar una declaración ante notario por parte de la madre cabeza de familia con bajos recursos económicos, en donde exprese las circunstancias particulares de su caso. Circunstancia que quedó prevista de igual manera en la Ley 1232 de 2008, que modifica la Ley 82 de 1993 en cuestión, como un requisito formal para que la madre cabeza de familia pueda acceder a los derechos de los cuales puede disfrutar en razón de dicha condición. Precisando que no es el único requisito efectivo para efectos probatorios, pues para acreditar la condición de madre cabeza de familia, se deben entrar a mirar las circunstancias particulares de hecho que puedan derivar en la protección constitucional en cabeza de la mujer trabajadora encargada de la jefatura del hogar.

(M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández; Diciembre 05 de 2008), las cuales redundan en la aclaración realizada por la sentencia SU- 388 de 2005, antes referenciada así:

De esta forma, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa per se que una madre adquiere la condición de ser cabeza de familia, pues para ello es indispensable el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones inherentes a esta condición. Así, no es el desempleo de la pareja la circunstancia exigida por la ley para considerar a una madre como cabeza de familia, sino el que éste se sustraiga de manera permanente de sus obligaciones como padre, haya abandonado el hogar, o se encuentre en incapacidad física, síquica, sensorial o mental.

Además, no puede perderse de vista que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.

También, la sentencia T- 835 de 2012 comienza por recordar las precisiones referentes a la mera circunstancia del desempleo de la pareja o su ausencia transitoria, en donde dichos presupuestos no constituyen hechos suficientes para acreditar la calidad de madre cabeza de familia, toda vez que la ausencia de la pareja debe ser total con respecto de las obligaciones que se tienen con el

hogar, estando dentro de dichas obligaciones los deberes sociales de trabajo doméstico y cuidado de los hijos. Además de precisar que no basta solo el cumplimiento del requisito formal del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 antes referenciada para que la mujer sea sujeto de la protección derivada de su condición de madre cabeza de familia. Aclarando que “(...) una mujer no deja de ser madre cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad. Deberá constatarse si las mismas se encuentran imposibilitadas para trabajar, tal como ocurre con los hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 que se encuentran estudiando”.

Además de establecer los siguientes requisitos para acreditar la condición de madre cabeza de familia:

i) que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) que su pareja se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde por incapacidad física, sensorial, síquica o la muerte; y (v) que exista la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. Esta constatación deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso, y en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras no cumplen con las condiciones para ser considerados madres cabeza de familia. Lo antepuesto se justifica porque estamos en presencia de sujetos de especial protección constitucional, quienes pueden quedar en un

alto grado de vulnerabilidad al perder su empleo. (Corte Constitucional. Sentencia T- 835 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Octubre 23 de 2012).

Concluyendo con lo anterior, que se incluyó el cumplimiento de un proceso ante autoridad pública a fin de que la misma sea la encargada de evaluar las circunstancias particulares de la reclamante y evaluar si esta en efecto puede ser llamada madre cabeza de familia.

Con respecto a la sentencia en comento, resulta pertinente mencionar que la misma trae además la existencia de unos postulados adicionales que se deben tener en cuenta al momento de la aplicación del beneficio de estabilidad laboral reforzada derivado de la reestructuración administrativa, a través de los cuales se aclara hasta cuando es posible dar cumplimiento a dicho amparo, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas de la entidad encargada de brindar la protección:

La permanencia de las trabajadoras en sus empleos se dará hasta que: i) se termine el proceso de liquidación de la institución; ii) pierdan las condiciones establecidas para ser titulares de dicha salvaguarda; o iii) incurran en hechos que funden la terminación del contrato en una justa causa o que constituyan causal de destitución del cargo en el caso de las empleadas públicas. Las autoridades que aplican las normas del retén social están obligadas a atender las condiciones materiales de la mujer al momento de decidir su inclusión o exclusión del beneficio de esta acción afirmativa. Incluso, los empleadores deben tener la total certeza del incumplimiento de las condiciones para ser madre cabeza de familia con el fin de despedirlas.

Conjuntamente, la sentencia T- 316 de 2013, recuerda los requisitos para ser madre cabeza de familia en los siguientes términos:

- i. que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar;*
- ii. cuya responsabilidad sea de carácter permanente;*
- iii. responsabilidad derivada no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; o*
- iv. cuya pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde, por algún motivo como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; y*
- v. que no reciba ayuda alguna por parte de los demás miembros de la familia o, recibéndola, que exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo, en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva de la madre. (Corte Constitucional. Sentencia T- 316 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; Mayo 23 de 2013).*

Estableciendo que además de acreditar los requisitos expresados, la mujer debe demostrar que empleó todos los medios que tenía a su alcance para que se le diera el reconocimiento de la condición de madre cabeza de familia, a fin de poder reclamar los beneficios de la misma, dentro de los cuales está envuelto en emparo por parte del patrono.

La sentencia T-534 de 2017, establece que en concordancia con lo estipulado en el artículo 43 de la constitución Política y con los desarrollos legales que se han realizado en la materia, con el fin de brindar apoyo especial a la madre trabajadora, se expresa que para tener la calidad de madre cabeza de familia es necesario acreditar los siguientes requisitos:

(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. (Corte Constitucional. Sentencia 534 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Agosto 30 de 2017).

Sentencia que de nuevo recuerda los requisitos establecidos en la sentencia de unificación 388 de 2005, con referencia a la madre cabeza de familia, además de recordar los requisitos que debe cumplir el hombre cabeza de familia para ser amparado por la estabilidad laboral reforzada y acceder a los beneficios que brinda el Estado en pro de la protección de los menores y de la familia, requisitos que serán abordados de manera posterior.

Finalmente, la sentencia T- 084 de 2018 se menciona que no toda mujer, por el hecho de estar a cargo de la dirección del hogar, ostenta la calidad de cabeza de familia, pues para ser portadora de dicha condición se requiere de los siguientes requisitos a saber:

En primer lugar, se requiere que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar”. Es decir, que la mujer debe ser la única encargada de aportar el sustento económico social y afectivo de su hogar, siendo la única responsable de cumplir cabalmente todas las obligaciones que un hogar y sus integrantes tienen, precisando que “una mujer no pierde su condición de cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo alcancen la mayoría de edad. De este modo, cuando se trata de hijos mayores de edad, pero menores de 25 años que se encuentran estudiando, esta Corporación ha considerado que siguen siendo dependientes de la madre cabeza de familia”, tal como se había expresado en anteriores pronunciamientos.

En segundo lugar, se requiere que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente. Es por esta razón que “la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia”. Recordando en este punto lo que se ha mencionado de manera reiterada, con respecto al trabajo doméstico y los cuidados que puede ejercer la pareja de la persona cabeza de familia, el cual constituye ayuda para el hogar y deriva en

la imposibilidad de alegar que se tiene la condición de cabeza de familia, pues en este supuesto no habría lugar a entender que dicha persona es la única encargada de todas las necesidades del hogar.

En tercer lugar, es necesario que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del progenitor de los menores de edad que conforman el grupo familiar. Esta situación puede ocurrir, bien cuando la pareja abandona el hogar y, además, omite el cumplimiento de sus deberes como progenitor o bien, cuando no asume la responsabilidad que le corresponde debido a un motivo externo a su voluntad “como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte.

En cuarto lugar, se requiere que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual implica la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Encontrando que, a lo largo de la jurisprudencia, con respecto a los requisitos que deben acreditarse para ser madre cabeza de familia no han surgido cambios significativos con respecto a las circunstancias que debe demostrar la persona interesada en ostentar la calidad de cabeza de familia, en el entendido que se reitera de manera expresa el contenido de la sentencia SU-388 de 2005.

Así pues, los requisitos antes enunciados van orientados a garantizar el debido proceso y el acceso efectivo de las mujeres cabeza de familia, como sujetos de especial protección constitucional, por ser un grupo poblacional amparado históricamente. Protección que se da bajo el principio de

igualdad real y efectiva por estar dirigida a personas que tiene un alto grado de vulnerabilidad respecto de otros sujetos; así como a través de la garantía de protección integral a la familia, de conformidad con el artículo 42¹⁵ de la constitución Política y la prevalencia de los intereses de los niños niñas y adolescentes pertenecientes al núcleo familiar de la trabajadora, sujeto de la protección laboral reforzada, a través del Retén Social.

¹⁵ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

EXTENSIÓN A LOS PADRES CABEZA DE FAMILIA

Con respecto a la protección de las madres cabeza de familia, existe un punto muy importante respecto a la ampliación que realizó la Corte Constitucional vía jurisprudencial a los padres cabeza de familia, que aunque para el ordenamiento se presentan en menor medida que las mujeres cabeza de familia, dicha situación ha venido aumentando de manera significativa, haciendo necesario llenar el vacío legislativo existente para los hombres que, al igual que las mujeres ostentan la condición de cabeza de familia y únicos responsables de su núcleo familiar. Dicha protección a las madres cabeza de familia, consagrada en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, va orientada a establecer la estabilidad laboral de los sectores más vulnerables de la población, incluyendo a la mujer. Es por tal razón, que los enunciados constitucionales van encaminados a garantizar la igualdad real y efectiva, brindando una protección especial a las mujeres cabeza de familia.

Precisando además de lo anterior, que dicha protección especial brindada a las mujeres a través de acciones afirmativas de protección, genera la obligación en cabeza del Estado de garantizar la permanencia en el empleo de las mujer cabeza de familia, aclarando que dicho enunciado no vulnera el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres consagrado en el artículo 43¹⁶ constitucional, pues si bien hombres y mujeres deben ser tratados de manera igual, reduciendo todas las formas de discriminación en razón del género, las mujeres son sujetos de protección especial por ser un grupo poblacional históricamente discriminado. Razón por la cual, no puede entenderse que la extensión de la garantía de estabilidad laboral reforzada en cabeza del hombre

¹⁶ Constitución Política. 1991. ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

padre de familia, se fundamente en los enunciados de la igualdad, sino que por el contrario, se fundamenta y estructura sobre la base de la familia como parte esencial del desarrollo social, siendo lo mismo expresado por la Corte Constitucional, así:

El derecho a la igualdad de trato no exige, por sí solo, extender a un hombre un beneficio creado por el legislador para desarrollar el derecho constitucional – específicamente consagrado en el artículo 43 – a favor de las mujeres a recibir medidas de apoyo o protección especial como un tipo de acción afirmativa. Ello sería ir en contra del propósito del constituyente. (Corte Constitucional. Sentencia C- 184 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Marzo 04 de 2003).

En primera medida, sobre la extensión de la garantía de estabilidad a los padres cabeza de familia resulta pertinente manifestar que dicha protección no se estableció dentro de una Ley, como si fue el caso de las madres cabeza de familia. Ley que en principio fue otorgada exclusivamente para las servidoras públicas amparadas por la Ley 790 de 2002, dentro del Proceso de Renovación de la Administración Pública, en donde dichas mujeres trabajadoras gozaban de estabilidad laboral reforzada a través del retén social. No obstante, dicha garantía tiene hoy aplicación para los hombres cabeza de familia generando la permanencia en el empleo, con fundamento en la protección de los hijos menores y de la familia como núcleo esencial de la sociedad, toda vez que lo que se pretende con la norma es que la situación económica del trabajador y su familia no sufra un detrimento por la terminación intempestiva del contrato de trabajo. Aclarando, que dicho amparo dentro del proceso de reestructuración de la administración “(i) se prolonga hasta el momento en que se extinga definitivamente la existencia jurídica y material de la empresa objeto

del proceso de reestructuración, o quede en firme el acta final de liquidación de la entidad de que se trate y; (ii) es otorgable en similares condiciones a los servidores públicos que estén vinculados con la administración en el orden territorial¹⁷.

Advirtiendo con lo anterior, que la extensión de la protección de las madres cabeza de familia, a los padres que ostentan la misma calidad, va dirigida a la protección de los intereses de los niños y de la función del grupo familiar a cargo del trabajador, precisando que, aquel varón que pretenda adquirir la calidad de padre cabeza de familia debe demostrar la calidad de “jefe del hogar” de acuerdo a los criterios establecidos por la Corte Constitucional en sentencia SU-389 de 2005, en la que precisó:

El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-353 de 2010. M.P Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Mayo 11 de 2010.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición.” Los cuales se encuentran vinculados a la obligación de declarar su condición de cabeza de familia o la cesación de la misma ante notario, especificando las circunstancias particulares de su caso, de acuerdo al parágrafo del artículo 2 de la citada Ley, el cual se encuentra aún vigente de conformidad con el artículo 2 de la ley 1232 de 2008¹⁸.

Criterios anteriores que, deben ser acreditados de manera efectiva por el interesado en ser sujeto de la protección laboral reforzada, demostrando el cuidado real de las personas a cargo y que es el responsable de todas las labores relacionadas con el hogar de tipo económico, moral y desarrollo social, que permitan la adecuada protección de los miembros del grupo familiar del padre cabeza de familia. Es así como el hombre cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes las circunstancias materiales que den lugar a la conclusión de que efectivamente ostenta la condición de cabeza de familia, en donde recae sobre él la carga de demostrar los hechos

¹⁸ Artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008. PARÁGRAFO: La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

que lleven a tal conclusión. No obstante, corresponde al operador jurídico valorar las circunstancias puestas en conocimiento por el interesado. Lo anterior, de conformidad con lo manifestado en la sentencia T- 084 de 2018, resaltando que:

(...) el análisis probatorio que ha llevado a cabo la Corte Constitucional para establecer que una persona reúne las condiciones necesarias para considerarse madre o padre cabeza de familia de conformidad con el ordenamiento jurídico, se ha fundamentado en distintos medios de convicción, entre los cuales se encuentran con frecuencia las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas. También, se han valorado los certificados de estudios de los hijos a cargo menores de 25 años y la copia del documento de identificación de estos últimos

Así mismo, la Corte Constitucional ha sostenido que la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso, “en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia.

Lo anterior, en cumplimiento de los mandatos constitucionales del cumplimiento del debido proceso, amparado en el artículo 29¹⁹ de la Constitución Política y en la calidad de las personas que ostentan la condición de cabeza de familia, por ser sujetos en un estado de indefensión con respecto de sus patronos en caso de una desvinculación de su trabajo, al estar en riesgos sus derechos y los de sus familias.

De hecho, para la Corte Constitucional, es indiferente si la condición de cabeza de familia la ostenta un hombre o una mujer, pues la protección a este grupo poblacional va encaminada a la protección de la familia como núcleo esencial y de los menores como sujetos de especial protección, conforme con el artículo 44²⁰ de la Constitución. Así, conforme a lo anterior, la sentencia C-1039 de 2003, la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

¹⁹ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

²⁰ Ibidem. ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

(...) la regla general será la permanencia en el empleo de la mujer cabeza de familia como una consecuencia de la obligación estatal que consagra el artículo 43 de la Carta, sin que esto pueda considerarse como una violación al derecho a la igualdad, pues tal como lo explicó esta Corte en un reciente pronunciamiento, hombres y mujeres deben ser tratados de igual manera, es decir sin discriminación, pero habida cuenta de que la mujer ha sido por tradición objeto de discriminación sexual, es titular de medidas legislativas específicas contempladas únicamente a favor de ella y no de los hombres.

(...)

Sin embargo, más allá de la protección que se le otorga a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños. (Corte Constitucional. Sentencia C- 1039 de 2003. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Serna; Noviembre 05 de 2003).

Así pues, la extensión establecida por la Corte Constitucional, con respecto a la protección a las madres y padres cabeza de familia, no se fundamenta en un principio de igualdad respecto de estos, pues es necesario aclarar que no puede considerarse una vulneración al derecho a la igualdad la falta de aplicación del Retén Social a los padres cabeza de familia por el sólo hecho de ser hombres, pues aunque hombres y mujeres deben ser tratados de manera igual por ser sujetos con igual capacidad de ejercer derechos; la mujer es titular de medidas legislativas más proteccionistas, por ser consideradas sujetos discriminados históricamente. La posibilidad de ampliar el espectro de protección de las mujeres cabeza de familia, a los padres cabeza de familia, va encaminada a

proteger los intereses de la familia cuya persona tiene a su cargo, teniendo especial cuidado con aquellos hijos menores que se encuentran en incapacidad de trabajar, pues más allá de toda discusión, el fin que la norma persigue es amparar y salvaguardar los intereses de los niños como sujetos de especial protección constitucional desde el ámbito laboral.

PROTECCIÓN A LOS NIÑOS Y A LA FAMILIA, COMO PRINCIPIO FUNDANTE

Aunado con lo anterior, y tal como se ha venido precisando, la estabilidad laboral reforzada brindada en principio a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, trabajadoras del sector público, se extendió a los padres cabeza de familia, fundamentándose en la premisa del núcleo familiar como pilar principal de la sociedad y de la protección especial que ostentan los niños como sujetos de especial protección constitucional. Recordando, que dicha garantía de protección se extiende al trabajador y a la trabajadora del sector privado a fin de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado social de Derecho y de los postulados anteriormente señalados, indicando que dicha protección no se aplica teniendo en cuenta el supuesto de que hombres y mujeres nacen iguales ante la Ley y que por tanto deben ser tratados como iguales ante supuestos fácticos iguales, y así ha sido manifestado por la Corte Constitucional en sentencias como la C-1039 de 2003, anteriormente citada:

La idea de ampliar la estabilidad laboral a los padres que tengan únicamente bajo su cargo la responsabilidad de los hijos incapaces para trabajar, se concreta en proteger los derechos de la familia, en especial a los niños, pues éstos son totalmente ajenos a la situación de si es el padre o la madre quien está en cabeza del hogar.

Cosa distinta es que, la protección especial consagrada en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, pretenda proteger a los hombres, únicamente en razón a que, invocando el derecho a la igualdad, no puedan diferenciarse de las mujeres. Ello resultaría contrario a

la Carta Política, por cuanto significaría el desconocimiento del precepto constitucional establecido en el artículo 43.

No obstante, lo anterior, debe tenerse en cuenta que como se anotó este tipo de disposiciones van encaminadas a proteger los derechos de quienes realmente se encuentran indefensos ante la toma de tales determinaciones, y es precisamente el grupo familiar dependiente de quien es cabeza de familia, llámese padre o madre que no tiene otra posibilidad económica para subsistir.

Así las cosas, la protección otorgada en la norma no es entonces a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, sino por el contexto dentro del cual se encuentra, es decir, tener a su cargo la responsabilidad de la familia.

Protección orientada a que los miembros del núcleo familiar del trabajador o trabajadora cabeza de familia, alcancen a desarrollarse como individuos y que puedan realizar su proyecto de vida de manera efectiva, bajo condiciones de estabilidad económica que les permitan vivir dignamente, siendo obligación del estado emplear políticas públicas de acceso para la población que permitan el desarrollo de los objetivos trazados por el Estado a través de la Carta Política, teniendo de presente que en caso particular la protección va orientada a proteger a la familia y en especial a los menores pertenecientes a ella, independientemente de que la persona encargada de asumir la responsabilidad sea un hombre o una mujer.

En este punto, es importante precisar, que la familia se ha considerado como una institución derivada de la naturaleza del ser humano, en donde este se desarrolla como sujeto individual, capaz

de desenvolverse en la vida social. En donde tanto el Estado como todo el conglomerado social, deben velar por la protección, integridad y conservación de dicha institución, siendo un derecho de todo ciudadano la posibilidad de establecer su núcleo familiar de conformidad con el artículo 42²¹ constitucional, y a no ser separado del mismo por razones intempestivas o injustas, a tener intimidad familiar y a asegurar la prevalencia de la misma de acuerdo a los enunciados constitucionales, resaltando siempre que la protección de dicha institución amparada por el Estado, siempre debe primar y recibir protección especial, cuando en la misma se encuentre la presencia de niños, pues en este supuesto, la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que:

(...) si bien a la familia se le debe brindar protección en igualdad de condiciones, indistintamente de los miembros que la conformen, lo cierto es que cuando está integrada por niños, niñas o adolescentes su protección debe ser reforzada. Se resalta que para este

²¹ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

sector poblacional el derecho a tener una familia, en virtud del artículo 44 Superior, es de carácter fundamental, pues se erige como la cuna de formación del ser humano, donde se le debe proporcionar la asistencia, protección, cuidado y preparación necesarios para forjarse como seres integrales aptos para desenvolverse en sociedad. (Corte Constitucional, sentencia T -292 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Junio 02 de 2016).

Así pues, se entiende que la familia tiene especial protección para el Estado, toda vez que dicha institución permite el desarrollo de cada individuo como ser social, teniendo una protección reforzada cuando en ella existe la presencia de menores de edad, los cuales reciben un trato especial derivado de su condición de debilidad manifiesta, la cual, puede ser superada a través de su familia, en donde el menor puede adquirir los elementos esenciales para alcanzar la madurez y formarse como un ser independiente.

Dado lo anterior, la estabilidad laboral reforzada establecida para las madres cabeza de familia, se derivó en un principio de la necesidad de proteger a la mujer trabajadora, que a lo largo de la historia se ha tenido como sujeto de discriminación por no tener las mismas posibilidades de acceso a campos como el laboral, por poner sólo un ejemplo, estableciendo dicha protección a través de acciones afirmativas que permiten asegurar la protección de los derechos y garantías de este grupo poblacional. Teniendo en cuenta, que la extensión a los padres cabeza de familia se origina de los postulados de la protección de la familia y en especial de los hijos menores que pertenezcan a ella, esto en razón a que es indiferente de si quien ostenta la calidad de cabeza de familia es un hombre

o una mujer, pues el fin de la norma, es poder brindar condiciones óptimas de vida, que le permitan al menor acceso a una vida digna en donde poder desarrollarse como individuo.

LEY 790 DE 2002: DE LOS TRABAJADORES PRÓXIMOS A PENSIONARSE

Con el Programa de Renovación de la Administración Pública, a través del cual se pretendía la liquidación y fusión de entidades públicas y la eliminación de cargos públicos a fin de generar una seguridad financiera del Estado, además de la creación de la garantía de estabilidad laboral reforzada, los servidores próximos a pensionarse fueron también incluidos dentro del espectro de protección de la Ley 790 de 2002, entendiendo que dicha calidad se entendía cierta cuando dicho servidor público cumpliera con los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la Ley.

Dicha Ley se implementó en primera medida, hasta los tres (3) años siguientes a su promulgación. Posteriormente, y a través de la Ley 812 de 2003, por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 8, se derogó la disposición estipulada en el artículo 13²² de la Ley 790, estableciendo que la protección prevista en el artículo 12 de dicha Ley *“se aplicaría a los servidores públicos retirados del servicio con ocasión del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación. Lo anterior dejó sin efecto la disposición*

²²ARTÍCULO 13. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. <Aparte tachado derogado tácitamente por el artículo 8, literal D., último y penúltimo inciso, de la Ley 812 de 2003, según lo establece la Corte Constitucional mediante Sentencia C-991-04 > Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1o. de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.

contenida en el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 referente a la aplicación de los beneficios hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias del presidente”. (Corte Constitucional, sentencia T-1045 de 2007.M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; Diciembre 04 de 2007)

Límite que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-991 de 2004, fundamentada en que la Ley 812 de 2003 había establecido un límite en el 31 de enero de 2004 a la aplicación de beneficios a las madres y padres cabeza de familia y al no establecer dicho límite para quienes estaban próximos a pensionarse, dicha medida constituía, a la luz de la Constitución, un trato diferenciado injustificado para quienes ostentaban dicha calidad.

Estableciéndose que dicha protección debía brindarse hasta tanto se mantuviera la vida jurídica de la entidad objeto de liquidación y que aún persistiera su economía:

(...) En este contexto, si bien el amparo otorgado en el retén social no puede tener límites temporales arbitrarios, como el impuesto por la Ley 812 de 2003 y que por ende fue declarado inexecutable, la protección solo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, lo cual presupone la existencia misma de la empresa. Es decir que, las personas beneficiarias del retén social gozaban de una estabilidad reforzada mientras estuviese vigente el proceso liquidatorio de Telecom, pero una vez culminado éste y extinguida jurídicamente la entidad, la protección conferida no encuentra fundamento en derecho para ser aplicada, dado que la persona jurídica que debe otorgarla dejó de existir”. (Corte Constitucional. Sentencia C-991 de 2004. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Octubre 12 de 2004).

Concluyéndose con lo anterior que, para la Corte Constitucional, la protección derivada de la Ley 790 no podría aplicarse de manera indefinida en el tiempo para el servidor público interesado en acceder a su derecho pensional, pues debía entenderse que dicha protección se extendía hasta tanto existiera la entidad en donde el servidor ejercía su actividad, teniendo como término definitivo de dicha protección, hasta que se realizara la liquidación y extinción de la personalidad jurídica de la empresa objeto del Programa de Administración Pública para que el servidor acredite los requisitos para acceder a su derecho. De esta manera, se entendía que el prepensionado, era aquel servidor público próximo a pensionarse que cumplía con los requisitos para acceder a su derecho pensional dentro del término de liquidación de la empresa, hasta tanto se liquide y extinga su personalidad jurídica, como último acto.

Ahora, resulta pertinente mencionar en este punto que la protección surgida de la Ley 790 debe también asegurar el cumplimiento de los enunciados constitucionales y los principios que de dichos enunciados se desprenden, siendo importante reseñar el principio de progresividad en la protección de los derechos que nos ocupan dentro del presente escrito, al tener el carácter de derechos sociales, económicos y culturales (DESC), y que traen envuelta una la prohibición de regresividad una vez se han alcanzado unas mínimas de protección. Entendiendo que dicho principio se encuentra consagrado en las normas de Derecho Internacional que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, al encontrarse consagrado en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC²³, así:

²³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)". Diciembre 16 de 1966.

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así mismo, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969 “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los*

derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Mandatos que ponen en cabeza del Estado la obligación de alcanzar mayores garantías en desarrollo de los derechos de contenido económico, social y cultural, precisando que le esta prohibido generar un retroceso en dichos derechos cuando se ha adquirido mayor protección con respecto de los mismos.

Conjuntamente con los mandatos internacionales, jurisprudencialmente, respecto del principio de progresividad se entiende que este “hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de estos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido.” (Corte constitucional. Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Mayo 20 de 1998).

Siendo en el fondo una garantía, según la cual, una vez alcanzado un nivel de protección, existe la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso, derivándose un estudio más exhaustivo de las circunstancias y motivos que puede tener el legislador para implementar nuevas políticas respecto de las garantías adquiridas, pues no se pueden implementar políticas arbitrarias que deriven en un retroceso que vea envueltos los derechos de los participantes del Estado, tales como

el derecho a la igualdad. Lo anterior en concordancia con la sentencia C- 038 de 2004, la cual dispone:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (Corte Constitucional. Sentencia C- 038 de 2004. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett; Enero 27 de 2004).

En razón de lo anterior, se debe aclarar que en caso de que el estado requiera implementar acciones regresivas respecto de un derecho en ocasión de la imposibilidad de continuar con la protección del mismo, se requiere el cumplimiento de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en el sentido de que la medida tenga un fin legítimo y un enunciado constitucional que lo justifique; vigilando que dicha medida sea la menos lesiva respecto de otras propuestas presentadas por el legislador y compararla respecto de principios como la

universalidad, la sostenibilidad del sistema o la eficiencia para concluir si es necesario implementarla, a fin de evitar la posible vulneración de enunciados jurídicamente protegidos.

Dado que la protección prevista por el legislador en la Ley 790 de 2002 va encaminada a establecer acciones positivas de trato diferenciado dirigidas a promover los fines del Estado y a proteger a los grupos más desfavorecidos de la población, se alcanzan grandes avances en materia de derechos de contenido social al generar igualdad de oportunidades para el alcance de los derechos que adquieren un valor supremo para el ordenamiento jurídico, y generándose una prohibición de retroceso de las garantías adquiridas que generan un margen de configuración del legislador más restrictiva, recordando que la Corte Constitucional en la sentencia referenciada anteriormente, ha declarado que *“el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad.”*

En razón del carácter supremo de la protección desprendida de la Ley 790 de 2002, en su artículo 12, no existieron razones proporcionales y razonables para que el legislador implementara un periodo de tiempo determinado para que se diera fin a los enunciados de la norma, pues dicha medida de limitación del tiempo para que los trabajadores sujetos de la protección la hicieran efectiva, se realizaron basándose en criterios de diferenciación aplicados en personas con una condición de debilidad manifiesta que los hace tener una condición común que no puede llevar a diferenciaciones injustificadas desarrolladas en una norma, de acuerdo a lo que la Corte

Constitucional ha denominado como el test estricto de razonabilidad para los casos en que se vean implicadas las personas con especial protección por su condición de debilidad manifiesta, estableciendo que dicho test se aplica en los siguientes casos:

(...) 1) cuando 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; 2) 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 insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida. (Corte

constitucional, Sentencia C-673 de 2001. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa; Junio 28 de 2001).

EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO

En relación con los trabajadores del sector privado, a quienes no se les reconoció estabilidad laboral reforzada por medio de un mandato legal, el test estricto de proporcionalidad es aplicable a aquellos trabajadores del sector privado que estando en las mismas condiciones establecidas por el legislador para la protección laboral reforzada a madres y padres cabeza de familia, personas con limitación física, mental, visual y auditiva; y las personas próximas a pensionarse, se encuentran en debilidad manifiesta, siendo para ellos necesario recibir protección por parte del Estado, en razón al carácter supra legal que adquirió la garantía de estabilidad laboral reforzada amparada en la Ley 790, de conformidad con los enunciados del principio de igualdad real y efectiva y el acceso a las mismas oportunidades, llevando implícita además, la obligación de progresividad que envuelve la garantía de protección. Es así, como la Corte Constitucional fundamentada dichos enunciados, extendió la protección a los trabajadores del sector privado que estuvieran bajo los supuestos establecidos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, tal como se expresa en la sentencia T-1166 de 2008, recordando lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-768 de 2005, la cual expresa:

Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las

cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. (Corte Constitucional. Sentencia T- 1166 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Noviembre 26 de 2008, recordando Sentencia T- 768 de 2005, referenciada en párrafos anteriores).

Lo cual se expresó en palabras similares en la sentencia C-795 de 2009, citada en apartados anteriores, en los siguientes términos:

Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado.

En concordancia con lo anterior, en la sentencia T- 186 de 2013, se indicó que el fundamento de la estabilidad laboral reforzada no es solo de carácter legal, sino que contiene un contenido constitucional que debe entenderse en los siguientes términos:

Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública. (Corte Constitucional. Sentencia T- 186 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Abril 10 de 2013).

Sosteniendo que para proteger a las personas próximas a pensionarse se requiere que la desvinculación de su trabajo ponga en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, que se puede ver amenazado en razón a la falta de oportunidades de acceder a un nuevo empleo en

razón de la edad que ostenta la persona, creando dificultades para obtener el sustento propio y el de su familia.

Fundamento que se mantiene en sentencia T-357 de 2016, a través del cual se sostiene:

(...) la condición de prepensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse definidos como aquellos a quienes les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía. (Corte Constitucional. Sentencia T- 357 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Julio 06 de 2016).

Conjuntamente con la sentencia T-229 de 2017, en donde se manifiesta de manera expresa que “La estabilidad laboral reforzada derivada de la condición de prepensionado no es un derecho fundamental que se aplique única y exclusivamente a los servidores públicos, por el contrario, este

derecho a la estabilidad laboral que se reconoce constitucionalmente en el artículo 53 a todo trabajador, resulta aplicable a quienes laboran en el sector privado, en desarrollo del principio de igualdad”. (Corte constitucional. Sentencia T- 229 de 2017. M.P. María victoria Calle Correa; Abril 20 de 2017).

Postulados que se reiteran en la sentencia T- 460 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Julio 18 de 2017) y en sentencia T- 325 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas: Agosto 09 de 2018) de la Corte Constitucional, en donde se establece que “(...) *aunque para los trabajadores del sector privado no exista norma legal que determine la estabilidad laboral para madres o padres cabezas de familia, discapacitados o prepensionados, se deben aplicar los valores y principios constitucionales en los casos en los que se evidencie la vulneración de derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad*”.

Es así como la protección laboral reforzada otorgada en primera medida a los servidores públicos próximos a pensionarse a través de la Ley 790 de 2002, adquirió un carácter supra legal que permitió la extensión a los trabajadores del sector privado que se encuentren en la misma condición de debilidad manifiesta, que se fundamenta en el principio de igualdad real y efectiva a los trabajadores, en la obligación del Estado de generar políticas de inclusión, fortalecimiento y acceso al trabajo y en la prohibición de retroceso que adquieren derechos sociales de orden constitucional que han adquirido una evolución en materia de garantías y fácil acceso. Concluyéndose que la protección surgida del Programa de Renovación de la Administración Pública, se convirtió en una garantía de orden Constitucional que permite el alcance a todos los trabajadores que se encuentren en los supuestos de hechos amparados por la norma, dirigidas a realizar los fines del Estado, a

través de acciones afirmativas de diferenciación que permiten el disfrute efectivo de los derechos a los grupos históricamente marginados y a las personas con una situación de vulnerabilidad que los convierte en sujetos de especial protección constitucional.

PROTECCIÓN DE LOS PREPENSIONADOS COMO GARANTÍA AUTÓNOMA DEL RETÉN SOCIAL

Tal como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente escrito, la estabilidad laboral reforzada derivada de la Ley 790 de 2002, tiene su respaldo constitucional en los derivados del principio de igualdad, que permite la aplicación de políticas públicas desarrolladas por el Estado en beneficio de la comunidad, a través de las cuales se permite el trato diferenciado a determinados grupos poblacionales que ameritan mayor atención y protección del Estado en razón a sus características especiales. Es así, como respecto de las personas próximas a pensionarse, la garantía de protección, además se respalda en derechos amparados en la Constitución Política en artículos los 13, 48²⁴ y 53²⁵ que consagran el acceso a la seguridad social como un derecho irrenunciable para los trabajadores, en la garantía

²⁴ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 48. 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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

²⁵ Ibidem. ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores

de estabilidad en el empleo y en la oportunidad de acceso a un empleo en condiciones de dignas y de igualdad real, que permitan reflejar los fines del Estado Social de Derecho, y que generen en los trabajadores una seguridad jurídica frente al acceso al mínimo vital y a la seguridad social.

Con todo lo anterior, la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse se traduce en la posibilidad de reclamar su permanencia en el empleo y a continuar recibiendo los beneficios derivados de su relación laboral, al tener una condición de debilidad manifiesta por la falta de oportunidades para acceder al mercado laboral en caso de ser despedido de su cargo, en razón de su edad; además de que dicho despido deriva en una situación de vulneración del derecho pensional al cual puede acceder el trabajador. Protección que se otorga hasta tanto no exista una justa causa de terminación del contrato que justifique su despido del lugar de trabajo, tocando tajantemente con el contrato laboral y con la relación de subordinación que envuelve dicho contrato, pues con la garantía de estabilidad, se garantiza la dignidad humana del trabajador al no poner en riesgo su mínimo vital y el acceso a las prestaciones sociales y llevando a cabo una igualdad efectiva entre el empleador y el trabajador, por cuanto el primero no puede desconocer los derechos del segundo ni realizar actos arbitrarios que toquen con la naturaleza de sus derechos.

Aunado a lo anterior, y con la finalidad de hablar de los aspectos relevantes derivados de la protección laboral de la Ley 790 de 2002, se reafirma que la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse tiene un contenido constitucional, a pesar de haberse desprendido de una norma, lo cual permitió el acceso de dicha protección a los trabajadores del sector privado, tal como se manifestó en líneas anteriores. No obstante, lo que se denominó retén social en la Ley 790, derivó en una distinción conceptual, con respecto a la garantía de estabilidad laboral de los

prepensionados, en la sentencia de la Corte Constitucional T- 186 de 2013, reseñada anteriormente, en la cual se expresó:

El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo (...).

Por consiguiente, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, el retén social tiene un carácter objetivo como mecanismo de protección, a través del cual, el trabajador acredita que se encuentra dentro de los tres años anteriores para acceder a su derecho pensional, de conformidad con lo descrito por la Ley para tener acceso a la garantía, contrario a la protección de los prepensionados, la cual opera por criterios netamente subjetivos que tienen relación con la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, tales como el mínimo vital y la seguridad social, en la cual, el trabajador debe acreditar la efectiva vulneración de sus derechos al momento de solicitar la estabilidad laboral reforzada.

Precisamente, la Corte Constitucional ha reafirmado el carácter de la protección a los prepensionados como una garantía con contenido constitucional, amparado por los enunciados de la igualdad de acceso a oportunidades y de efectiva protección del Estado a grupos con características especiales que los hacen sujetos de especial cuidado por su condición de debilidad manifiesta. Garantía denominada “Retén Social”, que surgió por mandato legal dentro del desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública a través de la Ley 790 de 2002, en su artículo 12, el cual fue dirigido a los padres y madres cabeza de familia sin alternativa económica, para las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores próximos a pensionarse para recibir estabilidad en el empleo dentro de los procesos de liquidación de las entidades públicas. No obstante, dado que dicha garantía tocó tajantemente con los intereses sociales y estaba estrechamente vinculada con derechos de contenido social, la misma adquirió un valor supra legal, que le permitió no solo ser aplicada a los servidores públicos dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública sino siendo también aplicable a los trabajadores del

sector privado que se encuentren en los mismos supuestos fácticos para ser acreedores de la estabilidad laboral reforzada, es decir, que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Derivándose del retén social, una garantía independiente para los prepensionados, en donde no basta solo el cumplimiento de los supuestos establecidos en la norma, sino que se deben tener en cuenta, además, los derechos fundamentales del trabajador al momento de brindar la protección, pues de conformidad con los enunciados constitucionales, se debe velar porque no se vulneren los derechos fundamentales de este y se le asegure un catálogo de posibilidades que le permitan sustentar una vida digna.

CONDICIONES PARA SOLICITAR EL REINTEGRO LABORAL

Dada la extensión de la órbita de protección que brindaba la Ley 790 de 2002 a los servidores públicos en circunstancias de debilidad manifiesta que iban a ser desvinculados de sus cargos dentro del proceso de reestructuración de la administración pública, a los trabajadores del sector privado, en razón al carácter constitucional que adquirió la protección de estabilidad laboral para los prepensionados, se entiende que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo al que le falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Definición que se corresponde con el hecho de haberse superado el contexto de la Renovación de la Administración Pública para ser sujeto de la protección.

No obstante lo anterior, para que la persona que reúna la situación fáctica descrita por la definición dada sea sujeto de la protección, no basta solo la calidad de prepensionable, pues debido al carácter constitucional de la garantía, es indispensable que el trabajador interesado en reclamar el reconocimiento de la estabilidad, demuestre una afectación grave en su calidad de vida que toque con el mínimo vital que se deja de percibir con la desvinculación del cargo que ostentaba, además de la vulneración de derechos fundamentales como la dignidad humana y la seguridad social, poniendo de presente que el trabajador debe anunciar la existencia de la inminente frustración de su derecho a acceder a una pensión de jubilación o de vejez, como consecuencia de la desvinculación que deriva en la ausencia de cotizaciones al sistema de seguridad social. Condición que la Corte Constitucional ha reiterado de manera insistente, ejemplo de ello, es la sentencia T-001 de 2010, en donde se expresa que:

(...) si bien la acción de tutela se ha previsto como un medio subsidiario y residual de protección de los derechos fundamentales, es posible acudir a ella cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando el que tiene a su alcance no resulta idóneo para garantizar la efectiva protección de los derechos reclamados, caso en el cual la tutela procede como mecanismo principal de amparo. Existiendo otro medio de defensa judicial, la tutela también puede interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, para lo cual deberá acreditarse que el daño es grave e inminente y que las medidas a tomar son urgentes e impostergables

La Corte Constitucional ha sostenido que las personas amparadas por los beneficios derivados del retén social -madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, los discapacitados y las personas próximas a pensionarse- pueden acudir a la acción de tutela en busca de la protección de sus derechos, en garantía de la estabilidad laboral y la protección de personas que se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad. (Corte Constitucional. Sentencia T- 001 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo; Enero 12 de 2010).

En concordancia con lo anterior, la sentencia SU- 897 de 2012, reconoce que la protección a los prepensionados busca garantizar un sustento para el trabajador durante su vejez, que permita la continuidad en las condiciones económicas de él y su familia, una vez este cumpla con los requisitos para adquirir su pensión, expresando:

(...) la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados, se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación.

El sustento para esta decisión se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fundamento es el artículo 48 de la Constitución y, adicionalmente, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social.

(...)

En este sentido, el derecho a la pensión de jubilación o vejez, como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral.

Así, cuando el legislador crea una protección para aquellas personas que están próximas a pensionarse, el sentido que tributa en mejor forma el contenido del derecho

fundamental a la seguridad social en pensiones es que dicha garantía logre efectivizar el acceso a la pensión a todas las personas que sean beneficiarias de dicha protección. (Corte Constitucional. Sentencia SU 897 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada; Octubre 31 de 2012).

Así mismo, en la sentencia T- 186 de 2013, antes mencionada, se estima que “*el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo (...)*”. Entendiendo que para que se dé una efectiva protección para el trabajador, este debe demostrar que con la desvinculación de su contrato de trabajo, pueden resultar vulnerados sus intereses y los de su familia, además de frustrarse la posibilidad de adquirir un nuevo empleo en razón de su edad, que le permita continuar con el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social y así cumplir con los requisitos para acceder a su pensión.

En la misma línea, la sentencia T- 326 de 2014 precisó:

El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales (...). (Corte Constitucional. Sentencia T- 326 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 03 de 2014).

De ahí que, la garantía de protección para los prepensionados no se derive únicamente de la condición dispuesta por Ley de que al trabajador le falten tres años para adquirir su derecho pensional, sino que dicha protección se circunscribe a la condición de que además, el trabajador demuestre que en caso de darse el despido de su cargo de forma intempestiva, se pueden ocasionar amenazas para sus derechos fundamentales, como el mínimo vital, necesario para el sustento de propio del trabajador y de las personas a cargo del mismo, el cual se pone en riesgo en ocasión de las dificultades que pueden darse para adquirir un nuevo vínculo laboral debido a la edad que ostenta el prepensionado momento de la terminación, tal como lo dispone la Corte Constitucional en la sentencia T-357 de 2016, ya mencionada en apartados anteriores, de la siguiente manera:

(...) la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero.

Siendo lo anterior reiterado en la sentencia T- 325 de 2018, mencionada con anterioridad, que dispone:

(...) la condición de prepensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse definidos como aquellos a quienes les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía.

Concluyéndose que la tendencia de la Corte constitucional para que se proceda con el reintegro del trabajador en el puesto de trabajo del que fue desvinculado, no se limita solo demostrando que le faltan tres años para cumplir con los requisitos para disfrutar de su pensión, sino que además se requiere la demostración por parte del trabajador de que con la desvinculación no solo se frustrará su expectativa pensional, sino que además se dará lugar a la vulneración de las condiciones de vida

digna del trabajador, por no contar con otro medio de sustento, mas que el salario devengado por su trabajo, con el cual cubre las necesidades propias y de su hogar.

Con relación a lo anterior, resulta pertinente traer al caso, la acción de tutela como mecanismo para solicitar el reintegro de los trabajadores que ostentan la calidad de prepensionados, a los cuales se les ha desvinculado de su cargo, mencionado que la misma ha sido arduamente estudiada por la Corte Constitucional, toda vez que se entiende que su procedencia es de carácter excepcional respecto del reintegro de los trabajadores, pues tal y como lo ampara el artículo 86²⁶ constitucional, es un mecanismo para protección inmediata de un derecho fundamental vulnerado o en riesgo inminente de serlo, que tiene un carácter residual, pues solo debe ser utilizada cuando no exista un medio de defensa judicial más idóneo para dirimir la controversia.

Para instaurar la acción de tutela, se requiere del estudio de las circunstancias particulares del individuo que está reclamando protección de sus derechos fundamentales y los hechos que

²⁶ Constitución Política de Colombia. 1991. ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

conllevaron a la vulneración de estos para entrar a determinar cuál es el medio más idóneo y expedito para reclamar la protección. Clarificando que, con respecto al reintegro laboral de un trabajador, el medio idóneo para la protección de sus derechos es a través de proceso ordinario laboral, en el cual se evaluarán las circunstancias particulares que llevaron a la terminación de la relación laboral, no siendo la tutela el medio más idóneo para reclamar la protección de los derechos invocados como vulnerados.

Recordando que la Corte Constitucional en la sentencia en comento ha expresado que gozan de una estabilidad laboral reforzada, “(...) *los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital o de causarse un perjuicio irremediable*”.

De ahí que, si bien la tutela no es el mecanismo más idóneo para solicitar el reintegro laboral, dada las circunstancias especiales de las personas próximas a pensionarse, a las cuales se les puede frustrar su derecho a acceder a una pensión de jubilación o de vejez por no poder acceder en condiciones iguales a un mercado laboral, en razón de su edad, y por verse afectado su mínimo vital por dejar de percibir un salario que le permita su sustento, es procedente que se dé un amparo constitucional a través de la tutela como mecanismo preferente y sumario que permita la protección de los derechos invocados por el trabajador de manera rápida para evitar que se continúe con la vulneración de su derecho o de que se evite el riesgo inminente de afectación.

Aunado lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia SU- 003 de 2018 precisó con respecto a las condiciones que se deben cumplir para ser sujeto de la protección de estabilidad en el empleo y ser acreedor del reintegro laboral en caso de perder el vínculo contractual, que:

(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. (Corte Constitucional. Sentencia SU-003 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido; Febrero 08 de 2018).

Precisando que, lo anterior no obsta para que el trabajador no pueda requerir la estabilidad laboral reforzada cuando ya cuenta con el mínimo de semanas cotizadas, pues dicha estabilidad laboral reforzada, no solo se busca la protección del trabajador ante una posible frustración para el acceso a su pensión, sino que, tal como se ha precisado a través del presente capítulo, también se busca la protección efectiva de sus derechos fundamentales como el mínimo vital, cuando este resulte amenazado o en riesgo inminente por la terminación del contrato de trabajo. Pues cuando el único medio de subsistencia del trabajador es el salario que devengaba, cuando se da la terminación del contrato trabajo, hay lugar a una vulneración de sus derechos, que tocan estrechamente con la vida digna, dado que, al no contar con otro recurso económico para su sostenimiento y el de su familia, la situación del trabajador sufrirá un grave detrimento si no se le reconoce la garantía de estabilidad

en el empleo, sobre todo, cuando la edad misma del trabajador es uno de los factores que dificulta que este adquiera un nuevo vínculo laboral que respalde sus necesidades.

En el caso particular de los prepensionados, la edad y el hecho de que el antiguo salario sea el único medio de sustento de quien solicita la protección son indicadores de la precariedad de su situación y, en consecuencia, de la necesidad de que su asunto sea tramitado a través de un mecanismo judicial preferente y sumario como lo es el recurso de amparo. (Sentencia T- 325 de 2018).

Y citando un aparte de la sentencia SU- 003 en comento, *“en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”*.

Concluyendo que, el derecho a acceder una pensión, no se frustra cuando el único requisito faltante es la edad, la verdadera frustración se da cuando el trabajador que es desvinculado de su cargo no ha logrado alcanzar el número mínimo de cotizaciones, pues en el entendido en que el trabajador tenga las semanas necesarias de cotización o el tiempo de servicio no habrá lugar a vulneración alguna del derecho a la seguridad social, esto en razón a que el régimen pensional no puede someter al trabajador a la obligación de continuar con el pago de cotizaciones adicionales al

sistema General de Seguridad Social en Pensiones para que se garantice su estabilidad laboral en el empleo.

CONCLUSIONES

- ✓ La Ley 790 de 2002 en su artículo 12 originó la protección laboral reforzada denominada “Retén Social”, a través de la cual los servidores públicos que fueran madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a quienes les faltaran tres años o menos para reunir los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicio para adquirir la pensión de jubilación o de vejez, adquirirían una protección legal para permanecer en sus cargos en la entidad objeto del Programa de Renovación de la administración Pública hasta tanto la entidad llevara a cabo el último paso dentro del proceso de liquidación y se diera la inexistencia de la personalidad jurídica de esta. Protección que se originó con la finalidad de que la norma no entrara en contradicciones con el sistema jurídico implementado ni con los enunciados constitucionales por desconocer los derechos de los trabajadores implicado en el proceso de reestructuración.
- ✓ La norma, fue orientada a asegurar la estabilidad en el empleo de los servidores públicos debido a la obligación que recae en cabeza del Estado de brindar un trato especial y diferenciado a todas aquellas personas que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, implementando acciones afirmativas que permitieran el acceso a oportunidades brindadas por el Estado a través de políticas públicas que permitieran la realización efectiva de los derechos de los trabajadores.

- ✓ Con respecto a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, la protección establecida por la Ley 790 de 2002, fue un claro ejemplo de una política de atención preferencial enfocada a la posibilidad de acceso y disfrute de derechos y garantías para este grupo poblacional, que permitió la integración de estas en el ámbito laboral, removiendo obstáculos de acceso, reduciendo la brecha de desigualdad social y económica y promoviendo el derecho a la dignidad humana.

- ✓ Frente a las madres cabeza de familia, la ley 790 de 2002, fue orientada a asegurar que la economía de las madres cabeza de familia y de las personas a su cargo no se viera afectada por la desvinculación laboral derivada de la reestructuración de la Administración Pública. Dicha protección se dio con el fin de salvaguardar principalmente los intereses de los hijos menores pertenecientes al núcleo familiar de la trabajadora, conjuntamente orientando los fines de la protección a la guarda de la familia como institución estructural de la sociedad.

- ✓ La extensión que realizó la Corte Constitucional a los padres cabeza de familia, se fundamentó en la garantía de protección a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al núcleo familiar, entendiéndose a que dicha protección no está dirigida a generar una igualdad entre hombres y mujeres respaldada en el enunciado de que hombres y mujeres son iguales antes la Ley, pues por claras razones, la mujer ha sido un grupo históricamente marginado, al cual se le brindó la protección a través de acciones afirmativas.

- ✓ Con respecto a las personas próximas a pensionarse, la Corte Constitucional aclaró que el “retén social” no puede ser confundido con la estabilidad laboral reforzada del

prepensionado, pues la primera tiene aplicación objetiva dentro de una norma de contenido netamente legislativo, aplicable exclusivamente a los procesos de Renovación de la Administración pública; contrario a la última, la cual tiene un contenido constitucional amparado por los enunciados de la igualdad, el acceso a la seguridad social y la protección de los derechos fundamentales del trabajador, el cual tiene un carácter subjetivo, en el cual el interesado en reclamar la protección debe demostrar la efectiva vulneración o puesta en riesgo de derechos fundamentales como el mínimo vital.

- ✓ Por unificación jurisprudencial, y reduciendo el ámbito de aplicación de la protección brindada por la estabilidad laboral del prepensionado, la Corte Constitucional se ha decantado por establecer que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez, es la edad, el derecho pensional del trabajador no se frustra, pues es un elemento que solo requiere del paso del tiempo para ser cumplido, además de tener presente que la posibilidad de acceder a la pensión de vejez no trae envuelta la obligación de realizar cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social, cuando el trabajador ya tiene el mínimo de semanas requerido, pues este es un escenario en el cual, el trabajador ya no estaría respaldado por la garantía de estabilidad en el empleo. Teniendo en cuenta además de lo anterior, que la estabilidad laboral reforzada para los prepensionados va también orientada a proteger los derechos fundamentales del trabajador, entre los cuales se encuentra el mínimo vital; derechos que pueden ser vulnerados por la terminación de la relación laboral.

- ✓ La protección estudiada va orientada a salvaguardar en la actualidad, a todas las personas con un vínculo laboral vigente, independientemente de si son trabajadores del sector público o del sector privado, pues la garantía va orientada a respaldar los fines del Estado y es aplicada con fundamento en el acceso a la igualdad real y a la dignidad humana del trabajador.

REFERENCIAS

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 1969.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Corte Constitucional. Sentencia T- 432 de 1992. M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez; Junio 25 de 1992.

Corte constitucional. Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Mayo 20 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia C- 531 de 2000. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis; Mayo 10 de 2000.

Corte constitucional, Sentencia C-673 de 2001. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa; Junio 28 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C- 184 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Marzo 04 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C- 1039 de 2003. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Serna; Noviembre 05 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C- 038 de 2004. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett; Enero 27 de 2004

Corte Constitucional. Sentencia C-174 de 2004. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis; Marzo 02 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-991 de 2004. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Octubre 12 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia SU- 388 de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández; Abril 13 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia SU- 389 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Abril 13 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T- 768 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Julio 25 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T- 824 de 2005. M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández; Agosto 12 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T- 198 de 2006. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Marzo 16 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia T- 1080 de 2006. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; Diciembre 13 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-1045 de 2007.M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; Diciembre 04 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T- 1166 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Noviembre 26 de 2008

Corte Constitucional. Sentencia T. 1211 de 2008. M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández; Diciembre 05 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C- 795 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Noviembre 09 de 2009. M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández; Diciembre 05 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo; Enero 12 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-353 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Mayo 11 de 2010.

Corte constitucional. Sentencia C-445 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Mayo 26 de 2011.

Corte constitucional. Sentencia C- 606 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango; Agosto 01 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia T- 835 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Octubre 23 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia SU 897 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada; Octubre 31 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia T- 186 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Abril 10 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia T- 294 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; Mayo 21 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia T- 316 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; Mayo 23 de 2013.

Corte constitucional, sentencia C- 935 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; Diciembre 11 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia T- 326 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 03 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T -292 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Junio 02 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T- 357 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Julio 06 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T- 638 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Noviembre 16 de 2016.

Corte constitucional. Sentencia T- 229 de 2017. M.P. María victoria Calle Correa; Abril 20 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T- 460 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; Julio 18 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia 534 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Agosto 30 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-084 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Marzo 05 de 2018.

Corte constitucional. Sentencia T- 325 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; Agosto 09 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia SU-003 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido; Febrero 08 de 2018.

Ley 82 de 1988. “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”. Diciembre 23 de 1988.

Decreto 21 77 de 1989. “Por el cual se desarrolla la Ley 82 de 1988, aprobatoria del convenio número 159, suscrito con la Organización Internacional del Trabajo, sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”. Septiembre 21 de 1989.

Ley 82 de 1993. “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”. Noviembre 03 de 1993.

Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. Diciembre 27 de 2002.

Decreto 190 de 2003. "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002". Enero 30 de 2003.

Ley 982 de 2005. "Por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones". Agosto 02 de 2005.

Ley 1232 de 2008. "Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones". Julio 17 de 2008.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)". Diciembre 16 de 1966.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional. Sentencia C- 964 de 2003. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis; Octubre 21 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C- 044 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería; Enero 27 de 2004.

Corte constitucional. Sentencia T- 866 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería; Agosto 18 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T- 1239 de 2005. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra; Diciembre 01 de 2005.

Corte constitucional. Sentencia T- 556 de 2006. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Julio 18 de 2006.

Corte constitucional. Sentencia T 178 de 2009. M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Marzo 19 de 2009.

Corte constitucional. Sentencia T- 194 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva: Marzo 23 de 2010.

Corte constitucional. Sentencia T- 261 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlo Henao Pérez; Abril 19 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T- 353 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva; Mayo 11 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T- 444 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Junio 15 de 2010.

Corte constitucional. Sentencia T- 1059 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Diciembre 16 de 2010.

Corte constitucional. Sentencia T- 435 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. Mayo 23 de 2011.

Corte constitucional. Sentencia T- 455 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Mayo 26 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T- 372 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Mayo 16 de 2012.

Corte constitucional. Sentencia T- 744 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Septiembre 26 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia T- 802 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Octubre 11 de 2012.

Corte constitucional. Sentencia T-223 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Abril 02 de 2014.

Corte constitucional. Sentencia SU- 377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; Junio 12 de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia T- 824 de 2014. M.P. Luis Guillermo Pérez; Noviembre 05 de 2014.

Corte constitucional. Sentencia T- 693 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; Noviembre 11 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T- 595 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; Octubre 31 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T- 076 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; febrero 07 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T- 317 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; Mayo 12 de 2017.