

¿UN NUEVO DERECHO PARA UNA SOLA JUSTICIA PROTECTORA DEL DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA?

Alfonso Tito Mejía Restrepo*

El interrogante que se hace, sobre si en Colombia nos estamos viendo abocados a tener dos sistemas de justicia diferentes, o, por el contrario, es sólo un sistema de justicia protectora de los derechos con una nueva interpretación de las disposiciones, dándole su verdadero sentido y alcance conforme con la Constitución Política a partir de 1991, tiene plena actualidad, y es de gran importancia siempre que abordemos cualquiera de los temas del derecho, en especial, los correspondientes al derecho laboral y a la seguridad social integral, puesto que estos últimos conllevan implícitamente el respeto por los derechos y la dignidad humana.

La interpretación del derecho en general, y en particular el de la seguridad social, está en constante evolución para poder cumplir sus fines, que no son otros que lograr la justicia en las relaciones entre la población colombiana. Atendiendo a lo anterior, en Colombia, a partir del año 1991, con la expedición de la nueva Constitución Política, se produjo un cambio en el Estado, que condujo al paso de un estado de derecho a un estado social de derecho que se fundamenta en el respeto a la vida, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la justicia, la convivencia y la solidaridad, para garantizar un orden político, económico y social justo, en el cual prevalezca el interés general y la efectividad de los principios, derechos y deberes que se consagran en la Carta.

Dimos un gran salto en la misma concepción del derecho y su interpretación, creando una nueva cultura constitucional; y para esto se estableció la Corte Constitucional, con un poder superior al que tenía la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que se lo dio el mismo constituyente, y se consagraron disposiciones que garantizan el cumplimiento de los fines del estado social, respecto de los derechos fundamentales y la manera rápida de garantizar su eficacia, a través de un nuevo y ágil mecanismo de protección, como lo ha sido la acción de tutela. Una forma nueva de hermenéutica, encontrando en la disposición, la norma y los principios para poderle dar aplicación.

* Abogado egresado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, Especialista en Derecho Laboral, Universidad Pontificia Bolivariana. Catedrático y Asesor Laboral

Para que nos podamos adentrar en las nuevas concepciones interpretativas del derecho conforme con el ordenamiento constitucional, debemos adecuar nuestra mentalidad a este proceso de cambio, lo que no es tarea fácil para aquellos que venían pensando en concordancia con la vieja concepción interpretativa de la norma legal positiva anterior. Dicho cambio toma un largo tiempo para quienes se encontraban actuando dentro del anterior sistema, más que para quienes entraron a las instituciones después de la nueva constitución. Por este motivo, se han presentado enfrentamientos entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con la Corte Constitucional, porque esta última se creó y empezó a funcionar con las nuevas concepciones interpretativas, mientras que las dos primeras instituciones venían, y aún siguen, con las concepciones de antaño, y sin reconocer que a la Corte Constitucional se le ha otorgado el poder de control constitucional, para interpretar la Constitución por vía de autoridad mediante decisiones vinculantes que obligan a todas las autoridades, y también a los particulares, además de cumplir una labor colegislativa al fijar el verdadero sentido y alcance de las leyes, creando derecho.

Las relaciones que se dan en la vida diaria entre los diferentes grupos de personas, crean hechos sociales que necesitan de disposiciones normativas que regulen la conducta de los individuos para que se pueda dar la convivencia pacífica entre ellos. Pero suele suceder, últimamente, que algunos eventos que se presentan son resueltos de diferente manera por los operadores judiciales, según se trate del sometimiento del conflicto a la justicia ordinaria o a la acción de tutela, esta última limitada solamente a la violación de los derechos fundamentales, por no existir otro mecanismo o vía para la solución del conflicto. Sin embargo, cuando no se tienen claras las concepciones y, por esta

razón, no se resuelven los conflictos basándose en los principios normativos de las disposiciones constitucionales y legales, se presenta un aparente choque entre operadores judiciales, lo que no debería suceder, si tenemos en cuenta que, por regla general, todos los jueces son constitucionales y que, como tales, deben actuar conforme con el nuevo derecho al cual nos obliga la Constitución de 1991, que consagró el estado social de derecho. Para llegar a esto, debemos empezar por cambiar nosotros mismos, para cambiar el mundo, y exigir que los jueces cambien su mentalidad inmersa dentro de las teorías del derecho tradicional que, de acuerdo con López Medina¹, están en franco proceso de crítica y reformulación.

Al respecto, bastaría con tomar una cita referente a la forma cómo se aprendían los conceptos tradicionales del derecho, para darnos cuenta de la magnitud del cambio y del salto que debemos dar, con el fin de ponernos a tono con la sociedad que queremos dentro del nuevo esquema constitucional, que lo está señalando como una brújula que nos muestra el norte: *“Las ideas teóricas fundacionales del derecho que nuestro padre Kelsen expuso, no concitan hoy la tan cerrada unanimidad que congregaban hace unos pocos años. Eran tan naturales estas ideas positivistas sobre el derecho, que la mayoría de nosotros las aprendió como una teoría jurídica implícita. Y cuando algo se aprende así, implícitamente, se endurece con la naturalidad de lo obvio, hasta convertirse casi en un reflejo automático. Bastaba con que un profesor de alguna materia dogmática respetable, enseñara a sus estudiantes cuáles eran las fuentes del derecho, cómo se interpretaban las normas legales, cómo se disolvían ambigüedades o vacíos en la ley, etc., etc. El estudiante, es decir, todos nosotros, aprendíamos de allí una cierta teoría implícita del derecho. Deseábamos, en todo caso, practicar esa o alguna otra materia respetable. Allí se enseñaba en realidad, lo que el derecho era, cómo funcionaba, cómo se ganaban los casos y cómo*

¹MEDINA LÓPEZ, Diego. En la presentación del ensayo de Duncan Kennedy, en “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una fenomenología crítica”.

*se conseguía la estabilidad económica y el estatus social que tanto deseábamos. El profesor de esta materia dogmática, por supuesto, rara vez tenía que articular abiertamente una teoría del derecho. La reproducción de la teoría se hacía sottovoce mediante el manejo de textos, argumentos e interpretaciones que a diario hacía el profesor. De allí aprendimos nuestra teoría operativa del derecho...”*²

El texto anterior, me hace recordar la mayoría de las clases de derecho en pregrado, en las que el profesor de la materia se dedicaba a leer las disposiciones de los códigos, obligándonos a recitarlas de memoria en los exámenes orales, y llegando hasta el colmo de interrogarnos sobre el número del artículo. ¡Gracias a Dios pasaron esos tiempos! Siquiera con las nuevas concepciones (que no son tan nuevas), empezamos a pensar más en los principios y en las normas, que en el tenor literal de las disposiciones del derecho positivo; me viene a la memoria una frase de Francesco Carnelutti, cuando habla de los principios generales del derecho, citada por los abogados Juan Diego González Rúa y Beatriz Eugenia Uribe García, en su monografía de grado³: *“Los principios generales del derecho no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: Son el espíritu o la esencia de la ley”*⁴

Para tomar solamente un ejemplo, la Constitución de 1991, en su Artículo 53, obliga a que en la aplicación del derecho laboral y la seguridad social, se sigan unos principios mínimos fundamentales, tales como, la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; la primacía de la realidad

sobre formalidades establecidas; la garantía a la seguridad social; la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Igualmente, que los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores.

En mi concepto, no se requiere, siquiera, que se expida un estatuto del trabajo, puesto que lo que quiso el constituyente, fue que en la aplicación de las leyes de trabajo y seguridad social, desde la vigencia del estado social de derecho con la nueva constitución, se dé aplicación a dichos principios por parte de los operadores judiciales; como tampoco es necesaria una ley que lo reglamente, pues su aplicación debe ser inmediata, es un mandato constitucional; ni mucho menos, es de recibo la tesis que esbozan algunos en el sentido de que sólo es obligatoria su aplicación para el juez de tutela, como si existieran dos justicias. Igualmente, nos sucede con los principios fundamentales consagrados en la Carta Política, cuando se establece que Colombia es un estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas, en donde prevalece el interés general sobre el particular; que la Constitución es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley o cualquier otra norma jurídica, se tienen que aplicar las normas constitucionales; que el estado tiene que proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; que el

² Ibid.

³ GONZÁLEZ RÚA, JUAN DIEGO y URIBE GARCÍA, BEATRIZ EUGENIA. Aplicación del principio de la primacía de la realidad por parte de las Altas Cortes en Colombia (Trabajo de grado). Medellín, Unaula, 2004.

⁴ CARNELUTTI FRANCESCO. Sistema di Diritto processuale civile I. Funzione e Composizione del proceso. Padova. 1936, p.120.

trabajo es un derecho y una obligación social, y que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas; que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; que se garantiza el derecho de libre asociación, y que tanto los trabajadores como los empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones; que la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, y que durante el embarazo y después del parto debe gozar de especial asistencia y protección del estado, y recibir un subsidio alimentario si se encuentra desempleada o desamparada, y que se protege especialmente a la mujer cabeza de familia; que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación, el nombre, tener una familia, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación, constituyen derechos fundamentales de los niños, y que éstos son protegidos contra toda forma de abandono, de violencia física o moral, de secuestro, de venta, de abuso sexual y de explotación laboral o económica y de trabajos riesgosos; y algo más importante todavía, es que también gozan de todos los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia; que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos en que establezca la ley, y que es un derecho irrenunciable; que el Estado debe concurrir en la protección y asistencia de las personas de la tercera edad; que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; que todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna; que es obligación del estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a los que así los requieran, y que se debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos un trabajo acorde con sus condiciones de salud; que los tratados y convenios

internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno, y que estos derechos se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. En fin, debemos situarnos primero en la Constitución y después en la ley, para darle el verdadero sentido y alcance, de acuerdo con los principios constitucionales; hay que buscar la norma dentro de las disposiciones, hay que buscar su núcleo esencial, no nos podemos contentar con el precepto sin buscar el principio, porque el principio es un mandato de optimización. Los jueces y los abogados tenemos que seguir un proceso de interpretación, y todo proceso de interpretación será un proceso de argumentación que nos lleve a decidir con el principio de proporcionalidad, avanzando por unos pasos o subprincipios como el de la idoneidad, entre otros, o sea, la adecuación de la ley para obtener un propósito o una finalidad constitucional; es decir, que sea identificable el fin constitucional, y que ese fin sea legítimo por ser necesario para evaluar y establecer si el medio que se escoge es el más benigno para proteger los derechos, en relación con otros derechos que se puedan ver más afectados, y sus niveles de afectación. Y, por último, la ponderación para tomar la determinación más ajustada en un caso concreto.

Como vemos, uno de los rasgos más importantes de nuestro constitucionalismo actual, es el cambio de la argumentación. Los poderes del juez se han ensanchado, llegando a cobrar un protagonismo tan central como la administración, entrando a regular los vacíos del legislador indolente y los de la administración, para proveer las necesidades de la población en cuanto a la seguridad social integral. El juez tiene que entrar a llenar ese vacío, y el pueblo reclama, generalmente, por vía de tutela, por lo que, aparentemente, estamos abocados a dos clases de justicia: La ordinaria, con la hermenéutica propia, fiel al legislador, formalista, que exige técnica, morosa, la que, a veces, nunca

llega. Y la otra justicia, que es rápida, eficiente, la que busca la norma en los principios, oportuna, que no requiere formalidad ni técnica alguna en cuanto a las pretensiones, que es fiel a la constitución.

La tutela democratizó el sistema judicial, acercando el juez al pueblo, siendo éste protegido más allá de la ley. Por eso, era importante para el gran salto que se dio con el estado social de derecho, crear ese mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional, porque de nada serviría hablar de derechos fundamentales sin la protección debida, rápida y efectiva para hacer valer esos derechos. Pero no solamente el juez de tutela es un juez constitucional. Todos los jueces deben ser jueces constitucionales y actuar como tales, dándole prioridad a los principios y normas fundamentales consagradas en la carta política, que es la brújula que señala el norte en toda la administración de justicia. Su argumentación jurídica debe ser diferente de la que se tenía antes de la nueva constitución, porque se trata ahora de un juez activista, con una misión, más grande que la que tenía anteriormente, de mirar simplemente la disposición legal y aplicarla. Aunque el texto de la ley no se lo permita, tiene que ir más allá, por encima de ella, buscando la protección del derecho fundamental, que es un mandato incuestionable de la constitución que, igualmente, es la primera fuente de derecho a

la cual debe acudir el operador jurídico para desatar un conflicto. Debe aplicar la norma suprema del ordenamiento con las nuevas reglas de interpretación, y por eso se exige un cambio en la cultura jurídica, buscando el test de la ponderación, el juicio de proporcionalidad, el núcleo esencial de la norma. El cambio apenas comienza. Para el juez era más fácil buscar una disposición y aplicarla, pero debe cambiar esta mentalidad con la nueva constitución, que exige un esfuerzo de elaboración y de argumentación más fino, sin olvidar que si se aparta de la doctrina constitucional, del precedente, de la jurisprudencia constitucional, que en mi concepto son fuentes obligatorias para el juez ordinario por su carácter vinculante, incurrirá en vía de hecho.

La respuesta a la pregunta inicial de este ensayo la hemos encontrado con esta corta exposición. Sólo debe existir una justicia protectora del derecho laboral y de la seguridad social en Colombia, basada en los principios y las normas constitucionales, que se irá acentuando en la medida en que los profesores de derecho y los jueces se quiten la venda, y observen que a partir de la nueva constitución, de 1991, dimos un gran salto hacia una nueva concepción del derecho: "*FLATIUSPITIA PERE AT MUNDUS*: Se haga justicia y que perezca el mundo". Que se caiga el mundo, pero que haya justicia.