

## Limitaciones de la libertad de configuración legislativa frente al principio de progresividad y no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>1</sup>

Néstor Javier Calvo Chaves<sup>2</sup>

### Resumen

La jurisprudencia constitucional colombiana permite evidenciar cómo la aplicación del principio de progresividad y no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales restringe la libertad de configuración legislativa para la adopción de medidas regresivas y progresivas. Este escrito recoge, a partir de la Matriz Función Legislativa, la aplicación del referido principio en las categorías: Medida Regresiva y Medida Progresiva.

**Palabras clave:** libertad de configuración legislativa, principios, principio de progresividad, control de constitucionalidad, derechos sociales.

### Abstract

Colombian constitutional jurisprudence shows how the application of the principle of progressivity and non-regressivity of economic, social and cultural rights restricts the freedom of legislative configuration for the adoption of regressive and progressive measures. This document includes, based on the Legislative Function Matrix, the application of the aforementioned principle in the categories: Regressive measure and progressive measure.

---

<sup>1</sup> Extracto adaptado de la tesis titulada EL DERECHO A LA PROGRESIVIDAD, desarrollada como requisito para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

<sup>2</sup> Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Pereira, Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales y Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá. Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Email: nestorjaviercalvo@yahoo.com. Número ORCID: 0009-0002-9878-6234. Link Cvlac: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000179981](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000179981). Link google scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=Lvp9So4AAAAJ>.

**Key words:** Freedom of legislative configuration, principles, principle of progressivity, control of constitutionality, social rights.

**Sumario.** Introducción. I. Metodología. II. Resultados parciales. *A. Medida regresiva. B. Medida progresiva.* Conclusiones.

## Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) consagra que los Estados tienen el compromiso de adopción de las medidas necesarias, con el máximo de recursos disponibles, de lograr de manera progresiva la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), además de justificar aquellos eventos en los que se adoptan medidas regresivas frente a los mismos derechos.

Es así como, en cumplimiento de los mandatos del texto constitucional, le ha correspondido a la Corte Constitucional dar aplicación al referido compromiso cuando ha examinado la constitucionalidad de normas expedidas por el legislador y en los casos de revisión de providencias judiciales en las que se han resuelto peticiones de amparo de derechos fundamentales por la acción u omisión de autoridades públicas.

Por ello, a partir de la lógica de la definición, el referido compromiso internacional puede ser sistematizado en los elementos ontológico (su naturaleza corresponde al principio de progresividad), objetivo (recae sobre los DESC), subjetivo (obliga al legislador, la Administración y los jueces) y metodológico (requiere la implementación de políticas públicas y un control judicial estricto sobre las medidas regresivas).

En tal razón, el presente escrito plantea como problema de investigación comprobar cómo el principio de progresividad y no regresividad de los DESC restringe la libertad de configuración legislativa para la adopción de medidas regresivas y progresivas.

## I. Metodología

Esta es una investigación teórica-jurídica de métodos cualitativos, donde el problema jurídico formulado se planeó y desarrolló en el marco del ordenamiento legal, y se resolvió en las fuentes formales del derecho. Además, el estudio estuvo encaminado a la obtención de un nuevo saber sobre la dogmática del denominado principio de progresividad y no regresividad de los DESC.

Para ello se acudió a un enfoque histórico-hermenéutico, por medio del cual se interpretó, como unidad de análisis, el DIDH, la Carta Política de 1991, la jurisprudencia constitucional colombiana y la doctrina en lo que hace referencia a la consagración del referido principio.

Así, la investigación tuvo un diseño metodológico documental, en tanto para la recolección de la información se recurrió a las fuentes formales del derecho. En este caso, primeramente, al DIDH y la Constitución Política; en segundo lugar, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y, por último, a la doctrina jurídica internacional y nacional, la cual reúne diferentes investigaciones y publicaciones adelantadas frente a la determinación del significado y alcance del principio, y especialmente en cuanto a la exigencia de los derechos humanos.

En materia jurisprudencial, los insumos obtenidos se sistematizaron y organizaron a través de la lógica de la definición, en cuanto a identificar, en una dogmática construida a partir de las decisiones de la Corte Constitucional, los elementos ontológico, objetivo, subjetivo y metodológico del compromiso adquirido por el Estado de generar actuaciones para la obtención progresiva de los DESC y de justificar las medidas regresivas. Luego, a partir de matrices relativas al contenido y alcance de los DESC (Matriz Derechos), a la vinculación con otros principios (Matriz Principios), a la libertad de configuración legislativa (Matriz Función Legislativa), a la tecnicidad en el control de constitucionalidad (Matriz Control Judicial) y a la vigencia de disposiciones jurídicas (Matriz Disposiciones). Producto de dichas matrices se hizo un desarrollo más concreto, a través de categorías.

El presente escrito se circunscribe a la Matriz Función Legislativa y sus categorías Medida Regresiva y Medida Progresiva.

## II. Resultados parciales

Adelantado lo anterior, la identificación de una dogmática jurisprudencial adecuada frente al compromiso del Estado de adoptar medidas para el logro progresivo de los DESC y de justificar las medidas regresivas, tiene un gran problema en cuanto a establecer cuál es su elemento ontológico, en tanto se tiene que la naturaleza, la esencia o el carácter de dicho compromiso ha recibido diferentes denominaciones que van desde principio, mandato, prohibición, garantía, regla o cláusula, y que en ocasiones solo involucran el término progresividad y en otras también la regresividad, el retroceso o la regresión.

Así, la utilidad de determinar la naturaleza del compromiso adquirido se haya en detectar el nivel de obligatoriedad de su cumplimiento y, por ende, de su exigibilidad judicial en los eventuales casos de inactividad estatal o de adopción de medidas regresivas.

Sin embargo, a pesar de la complejidad en la tarea de satisfacción inmediata de los DESC, el DIDH otorga contenido jurídico al principio de progresividad, exigiendo al Estado adoptar, en forma breve y con la máxima disponibilidad de recursos, todas las acciones indispensables en el avance de la protección de dichos derechos, compromiso que prohíbe adelantar medidas regresivas frente al grado de protección logrado (C.C., T-807/07, 2007).

Además, los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por el Estado tienen la misma fuerza vinculante que las normas constitucionales y en los eventos que hayan definido la naturaleza y alcance del principio de progresividad frente a los derechos sociales son obligatorios para el Estado, por lo que dicho compromiso no carece de significado (C.C., T-110/08, 2008).

Se busca, entonces, a partir de la aplicación realizada por la jurisprudencia constitucional del principio, de evidenciar cómo su significado y alcance restringe la libertad de configuración legislativa en cuanto a la imposición de obligaciones al Estado, la interpretación de los contenidos constitucionales y la efectividad de los derechos.

La Matriz Función Legislativa permitió identificar aplicaciones del principio, entre otras, en las categorías Medida Regresiva y Medida Progresiva.

### **A. Medida regresiva**

**1. El mandato de ampliación progresiva de la cobertura de los DESC prohíbe al legislador la reducción de los recursos destinados para tal fin.** De conformidad con el DIDH, existe la obligación del Estado de justificar plenamente la adopción de medidas regresivas en materia de DESC, en cuanto a la utilización máxima de los recursos disponibles.

Frente a ello, se advierte que se demandó la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 848 de 2003, *“Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2004”*, en virtud a la congelación de las transferencias a las universidades oficiales para gastos de funcionamiento.

Correspondió a la Corte Constitucional decidir sobre la anterior demanda (C.C., C-931/04, 2004) y señaló que, de conformidad con la normativa, especialmente los tratados internacionales, el acceso a la educación superior tiene carácter progresivo, lo que obliga al Estado a conservar actualizados los recursos asignados a las universidades públicas. Además, refirió que la naturaleza progresiva de un derecho implica, por un lado, la obligación del Estado de ampliar su cobertura y contenido, y, por otro, la prohibición de retroceso, salvo una adecuada justificación. Y en el evento de la educación superior, la cantidad de elementos financieros permite la prestación de dicho servicio sin retrocesos, su extensión progresiva y su mejora.

Bajo los anteriores presupuestos, la Corte determinó que era obligación del legislador en la ley anual de presupuesto apropiar las partidas necesarias para mantener actualizado el valor de dichas transferencias a las universidades públicas, sin embargo, pueden adoptarse medidas económicas que restrinjan el derecho a la educación superior siempre y cuando se encuentren justificadas por atender una finalidad constitucional, y sean razonables y proporcionadas.

En tal medida, se encontró que las explicaciones otorgadas por la Administración para justificar la congelación de los recursos del presupuesto nacional destinados a las universidades oficiales, no eran suficientes, en cuanto a la finalidad de reducir el gasto público, a la demostración de la ineficacia de otras medidas y a evidenciar la necesidad del sacrificio del carácter progresivo del derecho a la educación pública superior. También se estimó que la reducción de las mencionadas transferencias afectaba la cobertura y la calidad en la prestación del servicio.

Al no observarse justificación constitucional en la adopción de la medida demandada, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2º de la Ley 848 de 2003, bajo el entendimiento que se deben incluir las partidas para conservar los niveles alcanzados del servicio público de educación superior.

La Corte Constitucional (C. C., C-221/11, 2011) indicó que el goce de los derechos sociales está basado en el principio de progresividad, lo que conduce a que la actividad del Estado está orientada a su ampliación progresiva y constituyen obligaciones estatales garantizar la esencia básica de los derechos sociales y no retroceder sin justificación en el grado de su goce efectivo.

Ahora, el inciso tercero del artículo 48 del Capítulo 2: De los derechos sociales, económicos y culturales, ubicado en el Título II: De los derechos, las garantías y los deberes de la Constitución Política, establece la obligación del Estado, con la participación de los particulares, de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social. En este sentido, el legislador goza de la facultad de configurar libremente el Sistema General de Seguridad Social para establecer las medidas que considere adecuadas para garantizar ese mandato constitucional de ampliación de cobertura (C.C., C-1089/03, 2003).

El numeral 2 del literal c) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, hacía referencia a que para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados al régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía cuenta con un aporte del presupuesto nacional, a partir de 1997, que podrá llegar a ser igual a un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo. Luego, la Ley 344 de

1996, *"por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"*, reformó el anterior numeral y estableció que el aporte allí mencionado, *"(a) partir de 1997 podrá llegar a ser igual a medio punto de la cotización del régimen contributivo"*, y *"(a) partir de 1998 no podrá ser inferior a un cuarto de punto de la cotización del régimen contributivo"*.

Bajo la consideración que la anterior reforma legal disminuyó los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía aportados por el Gobierno Nacional a un 50% para 1997 y a un 25% a partir de 1998, se acusó su inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional (C.C., C-1165/00, 2000) accedió a la inconstitucionalidad de la disposición atacada al establecer que la disminución drástica de recursos aportados por el Presupuesto Nacional con destino al régimen subsidiado de salud no realizaba el postulado constitucional de la progresiva de la cobertura de la seguridad social y, por el contrario, afectaba la calidad del servicio de quienes más lo requerían como población de escasos recursos económicos. Es de relevar, que en el análisis constitucional realizado por el Alto Tribunal se dejó de presente que se habría podido llegar a una conclusión diferente en el evento que se hubiera evidenciado la cobertura de la seguridad social a la totalidad de la población o la disminución de la población beneficiaria del régimen subsidiado.

Con posterioridad, el artículo 42.20 de la Ley 715 de 2001, *"por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros"*, establece como competencia en salud por parte de la Nación *"(c)oncurrir en la afiliación de la población pobre al régimen subsidiado mediante apropiaciones del presupuesto nacional, con un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo."*

Por lo tanto, se solicitó la inconstitucionalidad de la expresión “*con un cuarto de punto (0.25)*”, bajo el argumento que se afectaba la ampliación de cobertura universal y progresiva del régimen subsidiado de salud.

La Corte Constitucional (C.C., C-040/04, 2004) se pronunció sobre dicha demanda, y dijo que en materia de salud opera el principio de universalidad y de expansión progresiva. Además, constató que para el caso se violaban los mínimos de protección de la población más pobre, por cuanto se afectaba la progresividad con una disposición que establecía un porcentaje invariable, que no tenía en cuenta las circunstancias de la población pobre y que constituye un retroceso en lograr la afiliación total de dicha población al régimen subsidiado.

Por lo tanto, se declaró la inexecutable de la expresión “*con un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo*” contenida en el artículo 42.20 de la Ley 715 de 2001, manteniéndose la obligación de la Nación de concurrir en la afiliación al régimen subsidiado en salud en los términos indicados en las normas previas a dicha ley.

Por otro lado, mediante el literal d) del artículo 16 de la 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*”, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de 6 meses, para “*(e)scindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley*”.

Luego, en ejercicio de dichas facultades, se profirió el Decreto No. 1750 de 2003, “*por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado*”.

Sin embargo, a través de la acción de inconstitucionalidad, fueron demandadas las anteriores normas al estimarse que era inviable la autonomía de las clínicas y centros de atención ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales, y su eventual cierre



disminuiría la cobertura de los servicios de salud en contravía del principio de progresividad.

Le correspondió a la Corte Constitucional (C.C., C-349/04, 2004) pronunciarse sobre la anterior demanda para lo que estableció que hay lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición legal cuando su efecto directo es *“la inmediata disminución de la cobertura de la seguridad social, tanto desde el punto de vista de la reducción del número de personas atendidas, como de los servicios o beneficios incluidos en los planes de salud”*, ya que es contraría al mandato de ampliación progresiva de dicha cobertura contenida en el artículo 48 de la Constitución Política.

Para el asunto, la Corte dedujo que la decisión de escindir el Instituto de Seguros Sociales y crear unas Empresas Sociales del Estado para la prestación del servicio de salud no era inconstitucional, en la medida que no conllevaba necesariamente a la reducción de la cobertura del servicio de seguridad social en salud y estaba fundamentada razonablemente en un estudio técnico previo.

Ahora, a través del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, se reguló lo atinente a la integración vertical patrimonial y de la posición dominante de las Empresas Promotoras de Salud (EPS).

La anterior norma es demandada bajo el presupuesto que se adopta un régimen normativo que va en contravía del principio de progresividad, ya que impide el incremento en la calidad de la prestación de la salud por restringir la integración vertical de las EPS y la posibilidad de atraer afiliados.

Con respecto a esto, la Corte Constitucional (C.C., C-1041/07, 2007) se pronunció y anotó que, en virtud al mandato de progresividad, el sistema integral de seguridad social debe avanzar hacia la efectividad del derecho a la atención en salud de todas las personas, mediante la ampliación de la cobertura del servicio público, la que involucra el funcionamiento del sistema en conjunto y no las EPS individualmente consideradas.

La norma acusada es declarada exequible al argumentarse que no existía afectación del principio de universalidad, puesto que la limitación de la integración vertical pretende el incremento del sistema en general, la calidad de las prestaciones y el grado de satisfacción de los afiliados, a pesar de la restricción de las EPS en particular de tener una mayor participación en la prestación de servicios y captar un mayor número de usuarios.

El inciso segundo del artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, establece que *“(l)os recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud”*, y que *“(t)ampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.”*

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se presenta demanda contra el anterior inciso, al considerarse, entre otros cargos, que vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución Política, respecto a la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, en el sentido que ella no solo comprende extender el número de ciudadanos que tienen acceso al sistema sino también las instituciones en las que estos reciben los servicios.

La Corte Constitucional (C.C., C-262/13, 2013) decide la anterior demanda y señala que la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud incluye la afiliación, los servicios y la infraestructura, para lo que se requiere la continuidad y aumento de recursos.

A pesar de lo anterior, se concluyó que la limitación del uso de recursos para la compra de activos establecida en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 se ajusta a la Constitución Política, ya que dicha restricción excluye los gastos de administración, no afecta la satisfacción de otros contenidos del derecho a la seguridad social en salud y es proporcionada al asegurar un flujo adecuado de recursos para la prestación de servicios médicos en materia de promoción, prevención y curación; darle prioridad a la provisión de los servicios médicos del POS y reducir el riesgo de desviación de recursos a finalidades distintas a la seguridad social.

**2. La libertad de configuración legislativa del legislador no puede establecer obstáculos que desnaturalicen la figura jurídica objeto de reglamentación laboral.** Según el DIDH, el Estado tiene el compromiso de implementar las actuaciones legislativas, a través de los mecanismos apropiados, para la efectividad plena de los DESC.

Ahora, el artículo 2 del Título I: De los principios fundamentales de la Constitución Política enumera como fin esencial del Estado, *“garantizar la efectividad de los (...) derechos (...) consagrados en la Constitución”*, y establece *“que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado”*.

Por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 789 de 2002, *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*, modificó el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el numeral 2 del artículo 14 del Decreto-ley 2351 de 1965, consagrando que *“(c)uando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año.”*

La expresión *“por año cumplido de servicio y”* es demandada por inconstitucionalidad, entre otros argumentos, por contravenir el precedente constitucional que prohíbe excluir o restringir el reconocimiento de prestaciones laborales de conformidad con la vinculación contractual que tenga el trabajador.

Con respecto al anterior asunto, la Corte Constitucional (C.C., C-035/05, 2005) reconoció que el legislador tiene competencia para la expedición de las leyes laborales con el fin de establecer las condiciones mínimas para asegurar los derechos y las garantías laborales definidas en el texto constitucional y los tratados internacionales. Dicha atribución no es absoluta, ya que está sometida a límites, entre ellos, que la adopción de medidas laborales se sujete al principio de progresividad, en cuanto a que

no pueden introducir retrocesos en el nivel jurídico de protección alcanzado a los trabajadores, sin perjuicio que se justifique la medida impuesta.

La Corte también reconoció que, en virtud al carácter abierto de las normas constitucionales, los tratados internacionales del trabajo al ser constitutivos del bloque de constitucionalidad precisan los conceptos jurídicos de la Constitución Política. Para ello, refirió, por un lado, que las vacaciones tienen por finalidad garantizar el derecho fundamental al descanso exigiéndose para ello un plazo idóneo, razonable y proporcional para su reconocimiento, y, por otro lado, que el Convenio No. 131 de la O.I.T. establece que existe competencia del legislador para definir un término mínimo para tener derecho al pago de vacaciones compensadas proporcionales, el que no puede ser superior a 6 meses.

En consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad de la expresión “*por año cumplido de servicio y*” prevista en el artículo 27 de la Ley 789 de 2002, y se aclaró que el derecho a las vacaciones compensadas en dinero se obtendrá proporcionalmente por fracción de año, mientras el legislador no señale un término para su reconocimiento que no podrá superar los 6 meses.

**3. La inexistencia de medidas estatales que compensen la afectación causada por la imposición de cargas provenientes de cambios normativos constituye una medida regresiva.** En los términos del DIDH, el Estado puede limitar los DESC en las condiciones establecidas en la ley y manteniendo la compatibilidad con la naturaleza de esos derechos con la finalidad de promover el bienestar general, para lo que las medidas regresivas deben ser justificadas frente a la totalidad de dichos derechos.

A saber, se demandó la inconstitucionalidad parcial del numeral 3 del artículo 512-1 del Estatuto Tributario, adicionado por la Ley 1607 de 2012, “*Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*”, en cuanto a que el legislador gravó con el impuesto nacional al consumo los servicios de alimentación bajo

contrato sin excluir los contratos celebrados con recursos públicos y destinados a la asistencia social.

El estudio de la demanda fue abordado por la Corte Constitucional (C.C., C-209/16, 2016), la que refirió que la expresión acusada desconocía el Estado social de derecho y el principio de progresividad de los DESC, ya que el impuesto nacional al consumo gravó indiscriminadamente los servicios de alimentación bajo contrato, sin excluir expresamente con razón suficiente a sectores sin capacidad contributiva.

Para el efecto, se estableció que con recursos públicos se pueden celebrar contratos para impulsar programas de interés público como los de alimentación escolar y para el caso del impuesto de consumo su peso se traslada al consumidor final, por lo que quedan gravados recursos públicos destinados a la compra de alimentos por contrato, disminuyéndose así el monto de dichos recursos para la asistencia social alimentaria de la población de bajos ingresos.

También, se apreció que la Ley 1607 de 2012 contempló excepciones al impuesto nacional al consumo y para el caso del IVA se establecieron mayores exclusiones como las de los servicios de alimentación contratados con recursos públicos y destinados al sistema de asistencia social, lo cual no fue previsto para el primer impuesto.

Se expresó que el legislador al crear obligaciones tributarias se encuentra limitado por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, para lo que debe tener presente las circunstancias económicas y sociales de algunos sectores de la población, y para el caso del impuesto nacional al consumo no existía justificación para no haberse excluido la alimentación bajo contrato celebrado con recursos públicos y destinados al sistema de asistencia social.

Y adicionalmente no se acreditó la existencia de acciones compensatorias de las afectaciones derivadas por las cargas impuestas por la norma acusada y se advirtió que para el caso del IVA si se excluyeron los servicios de alimentación contratados con recursos públicos y destinados al sistema de asistencia social, por lo que la Corte

Constitucional concluyó que se había configurado una acción regresiva con respecto al grado de protección logrado.

Por lo tanto, se declaró la inconstitucionalidad de la expresión *“los servicios de alimentación bajo contrato”* contenida en el numeral 3 del artículo 71 de la Ley 1607 de 2012, en el entendido de que se exceptúan del impuesto nacional al consumo los celebrados por instituciones del Estado con recursos públicos y destinados a la asistencia social.

**4. Es regresivo prescindir de los mecanismos de protección de las garantías de los derechos de las personas con discapacidad.** El artículo 13 del Capítulo 1: De los derechos fundamentales del Título II: De los derechos, las garantías y los deberes, del texto constitucional refiere que el *“Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”,* y *“protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.*

Al respecto, el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”,* modificó el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y consagró como inciso segundo de la última disposición que *“(s)in perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.”*

Se demandó la inconstitucionalidad del anterior inciso, entre otros cargos, ya que se suprime el requisito de solicitud previa al Ministerio del Trabajo en los casos de despido de un trabajador en situación de discapacidad colocándolo en igualdad de condiciones al trabajador que no tiene esa situación, lo que desconoce la protección especial a favor de las personas con discapacidad.

La Corte Constitucional (C.C., C-744/12, 2012) se pronunció sobre la anterior demanda y refirió que, en materia de garantías laborales, resulta regresivo prescindir de esos mecanismos de protección de los derechos de las personas con discapacidad. Que en virtud al principio de progresividad y no regresividad de los DESC, es obligación del Estado, por un lado, implementar acciones positivas orientadas a lograr la igualdad real y la satisfacción progresiva de esos derechos; y, por otro lado, no adelantar acciones regresivas frente a los mismos derechos para evitar la exclusión, salvo que el retroceso se encuentre justificado. Y, en consecuencia, el legislador no puede afectar el nivel de satisfacción de los derechos mencionados, porque va en contravía del principio de progresividad.

Se declaró la inexecutable de la disposición acusada al considerarse que el Gobierno había excedido las competencias otorgadas por el artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, que se circunscribían a suprimir o reformar trámites innecesarios ante las autoridades públicas, y adicional a ello se afectaba la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad que no pueden ser afectados por el Estado, salvo suficiente justificación.

## ***B. Medida progresiva***

**1. Los criterios de valoración para la ampliación progresiva en la cobertura de los derechos son de competencia del legislador.** La dogmática jurisprudencial que se propone con respecto al compromiso estatal de adopción de medidas para el logro progresivo de los DESC, y de justificar las medidas regresivas, frente a su elemento subjetivo, establece que el legislador es el principal responsable del cumplimiento de dicho compromiso, y en cuanto a su elemento metodológico, señala que el legislador tiene el deber inmediato de implementar acciones que busquen progresivamente el logro real de las facetas prestacionales de los derechos.

Respecto a ello, se tiene que a un hombre se le negó la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, como beneficiario de su compañero permanente, por tratarse de una pareja homosexual.

Correspondió a la Corte Constitucional (C.C., SU-623/01, 2001) el conocimiento de la anterior controversia, para lo que indicó que la determinación de la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud como servicio público es una competencia que la Constitución Política le atribuyó a la ley, la que se encuentra sometida a limitaciones como la prohibición de la discriminación, la sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y factores económicos, presupuestales y demográficos.

Siendo ello así, el juez constitucional debe reconocer la necesidad de desarrollo legal en materia de seguridad social para regular sus servicios y beneficios a favor de las personas, y es función del legislador establecer cuáles de éstas necesitan con mayor prioridad la cobertura de servicios, por lo que es posible la intervención judicial cuando se omita la protección de las personas más vulnerables o se requiera realizar un juicio de igualdad sobre los criterios definidos por el legislador.

Para el caso en particular, se expresó que la decisión legislativa de extender el campo de protección hacia ciertas personas no significaba vulneración del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales no incluidas como beneficiarias, ya que la ampliación progresiva de la seguridad social corresponde a la necesidad de continuidad del servicio en la forma como lo defina el legislador y el optar por una orientación sexual no es equivalente al concepto de familia definido por la Constitución y tenido en cuenta como criterio normativo para efectos de la afiliación al sistema.

En definitiva, se concluyó que, de conformidad con la ley, son presupuestos para ser beneficiario del afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud la cobertura familiar y las relaciones heterosexuales, por lo que la negativa de afiliación de una pareja homosexual aplicaba debidamente las normas relativas al acceso al régimen en salud sin configurarse discriminación.



**2. Las medidas legislativas que propendan por el mejoramiento de políticas públicas para el disfrute efectivo de los DESC no vulneran el principio.** El elemento metodológico del compromiso adquirido por el Estado de adoptar medidas para el logro progresivo de los DESC y de justificar las medidas regresivas, con respecto a la dogmática construida a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales, refiere que el legislador tiene la obligación inmediata de adoptar políticas públicas que busquen progresivamente el logro efectivo de las facetas prestacionales de los derechos.

Así, a través de acción de inconstitucionalidad, se solicitó a la Corte Constitucional declarar la inexecutable parcial de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 13, 14, 17, 20 y 21 de la Ley 1776 de 2016, *“Por la cual se crean y se desarrollan las zonas de interés de desarrollo rural, económico y social”*.

Se acusó en concreto que la expresión *“(e)l establecimiento de las Zidres habilita al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para orientar y focalizar estímulos e instrumentos de política a los proyectos productivos que se suscriban en esta”*, contenida en el inciso primero del artículo 6º de la Ley 1776 de 2016, violaba el principio en estudio, en cuanto a que las medidas adoptadas por dicha ley frente al derecho de acceso a la tierra de los campesinos eran regresivas en comparación con la normativa anterior sin existir justificación para ello. Esto, en tanto que se establecían condiciones adicionales que antes no estaban contempladas para la entrega de baldíos a los trabajadores agrarios como el encontrarse asociado a una zona de interés de desarrollo rural, económico y social – Zidre y según un procedimiento definido por el administrador del proyecto. Además, se acusó que no se contemplaban los mínimos de los artículos 60, 64 y 65 del texto superior, ya que se facultaba que los recursos públicos fueran direccionados a los Zidres, afectando el nivel de protección frente al acceso a la propiedad agraria rural y su efectiva explotación por los trabajadores agrarios.

La Corte Constitucional (C.C., C-028/18, 2018) estudió la anterior demanda, indicándose que el principio de progresividad impone al Estado obligaciones para, de un lado, mejorar los resultados de las políticas públicas en términos de goce efectivo de los

derechos y, por otro lado, introducir normas que extiendan la satisfacción de los derechos y que se abstengan de limitar el nivel de protección alcanzado. Para ello, en primer lugar, se deben adoptar medidas positivas para alcanzar una igualdad material en cuanto a la satisfacción de los DESC, lo que la Corte denomina “*cláusula de erradicación de las injusticias presentes*”; y, en segunda medida, existe el “*deber negativo*” de abstención en el adelantamiento de medidas regresivas en cuanto a los referidos derechos, sin perjuicio del compromiso de avance gradual en el goce pleno de los mismos.

De esta manera, la Corte determinó que la norma demandada establecía una facultad del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para orientar y focalizar estímulos orientados a apoyar los proyectos circunscritos en las Zidres. Adicional a ello, se refirió al enfoque, los principios, los objetivos y las instituciones de la Ley 1776 de 2016. A partir de dichos aspectos contenidos en la ley, se concluyó que la disposición acusada no era regresiva en cuanto a los derechos de los trabajadores agrarios y, en su lugar, la facultad otorgada en el artículo 6º de la ley es una medida de política pública de desarrollo rural que busca el mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina y rural.

Se expuso que la norma acusada, dentro de la filosofía de la Ley 1776 de 2016, tiene por finalidad mejorar las políticas públicas en materia agraria en cuanto al pleno goce de los DESC, sin que se identificara la promoción de medidas regresivas que agravaran la situación de los trabajadores agrarios.

Finalmente, frente al cargo de transgresión del principio de progresividad de los derechos constitucionales, se declaró la constitucionalidad del aparte demandado del inciso primero del artículo 6º de la Ley 1776 de 2016, al concluir que no se configuraba violación del referido principio con la facultad del Gobierno de orientar y focalizar estímulos para favorecer los proyectos productivos en las zonas Zidres, ya que se circunscribe a una política pública de desarrollo rural establecida en la ley que pretende el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores agrarios.

**3. El legislador puede extender el campo de protección de un derecho cuando se encuentre directamente relacionado con el mismo.** Se reitera que, la dogmática jurisprudencial que se propone con respecto al compromiso estatal de adopción de medidas para el logro progresivo de los DESC, y de justificar las medidas regresivas, frente a su elemento subjetivo, establece que el legislador es el principal responsable del cumplimiento de dicho compromiso.

Se demanda la inconstitucionalidad de varios apartes de la Ley 1257 de 2008, *“Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”*, en cuanto permiten garantizar la habitación y alimentación para la víctima de agresión sexual mediante los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en consideración de la accionante, por mandato constitucional, los dineros del sector salud, no pueden ser utilizados para fines distintos de aquellos a los cuales estén destinados.

La Corte Constitucional (C.C., C-776/10, 2010) abordó el estudio de la anterior demanda y estableció que, con fundamento en el principio de progresividad, el Estado tiene la responsabilidad de ampliar el campo de protección de las áreas relacionadas con la salud, aumentándose por la ley y la jurisprudencia las prestaciones para el restablecimiento de las condiciones físicas y mentales.

Y para el caso concreto se determinó que el concepto amplio del derecho a la salud permite al legislador extender el reconocimiento de las prestaciones de alojamiento y alimentación para las mujeres víctimas de violencia, ya que ello está en relación directa con el restablecimiento del derecho a la salud de las mismas. Por lo tanto, se decretó la constitucionalidad de los apartes acusados de la Ley 1257 de 2008.

## **Conclusiones**

De la Matriz Función Legislativa y sus categorías Medida Regresiva y Medida Progresiva se identifican las siguientes reglas:

- (i) El legislador tiene prohibido reducir los recursos destinados para la satisfacción de los derechos.
- (ii) El legislador tiene prohibido establecer obstáculos para el ejercicio de los derechos.
- (iii) El legislador tiene la obligación de establecer medidas compensatorias cuando imponga afectaciones en el ejercicio de los derechos.
- (iv) El legislador tiene prohibido prescindir de los mecanismos de protección de las garantías de los derechos.
- (v) El legislador tiene la facultad de valorar los criterios para la ampliación progresiva de los derechos.
- (vi) La ley que define políticas públicas para el mejoramiento en el goce efectivo de los derechos no es regresiva.
- (vii) El legislador tiene la facultad de ampliar el nivel de protección de un derecho.
- (viii) El legislador tiene la obligación de justificar la adopción de una medida regresiva.
- (ix) El legislador tiene prohibido excluir a grupos sociales del acceso a derechos cuando ya eran beneficiarios.
- (x) El legislador tiene la facultad de determinar de manera razonable y proporcional el acceso a los derechos.
- (xi) La disposición que no afecta el nivel de protección alcanzado de los derechos no es regresiva.
- (xii) El legislador tiene prohibido limitar el acceso a los derechos.
- (xiii) El legislador tiene prohibido suspender el acceso a los derechos.
- (xiv) El legislador tiene la obligación de ampliar el ámbito de garantía de los derechos al más alto nivel posible y la prohibición de disminuir el nivel de protección alcanzado de los derechos.
- (xv) Las obligaciones de ampliación en el ámbito de garantía al más alto nivel posible y de prohibición de disminuir el nivel de protección alcanzado solo es aplicable a los derechos.

La referencia a un elemento metodológico de la dogmática propuesta desde la jurisprudencia constitucional frente al principio analizado, estableció que se presume la inconstitucionalidad de la medida regresiva, pero puede ser desvirtuada mediante la superación de un juicio estricto en el que el Estado puede demostrar la configuración de razones que justifiquen el retroceso (C.C., C-115/17, 2017).

Lo anterior limita la libertad de configuración legislativa frente al ámbito de protección de los derechos sociales y la posibilidad de retroceder en el mismo (C.C., C-671/02, 2002), sin perjuicio que se exponga la debida justificación o que la norma esté acorde con el principio de proporcionalidad, no se desconozcan derechos adquiridos o afectándolos se establezcan regímenes de transición (C.C., T-043/07, 2007).

La eventual justificación de las medidas regresivas implica que la no regresividad no es absoluta, por cuanto ante situaciones de racionalización de recursos y determinadas circunstancias históricas es viable el retroceso en la efectividad de los DESC, mediante un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada (C.C., C-046/18, 2018). El control judicial efectuado sobre el particular es estricto y examina si el Estado demuestra que la medida regresiva busca un fin constitucional imperativo, el medio usado para lograr esa finalidad es idóneo, la medida es necesaria por la inexistencia de otros instrumentos menos restrictivos para lograr dicha finalidad y la medida es proporcional sin afectar el contenido mínimo del derecho involucrado (C.C., C-115/17, 2017).

La justificación de medidas regresivas examina la existencia de motivos ciertos, claros, suficientes y contundentes expuestos en el debate legislativo para la adopción de la medida restrictiva (C.C., C-767/14, 2014). Siendo así, el retroceso en un derecho no puede ser infundado o arbitrario y se debe justificar en los hechos que le dieron origen y en la necesidad de proteger el interés público, siendo proporcional a la finalidad perseguida (C.C., T-469/13, 2013). Y también constituye justificación de la implementación de acciones regresivas por las autoridades, el que se pruebe que, a pesar del retroceso en el ámbito de protección logrado del derecho, existe un avance con

respecto a los DESC en su conjunto y que utilizando los recursos disponibles se requiere implementar la medida regresiva para proteger dichos derechos (C.C., T-469/13, 2013).

Es de señalar que la ausencia de la disponibilidad de recursos no justifica indefinidamente al Estado para desconocer los alcances logrados de los derechos sociales o el compromiso de avance progresivo (C.C., T-469/13, 2013). Y no puede justificarse la suspensión de los DESC, la desaparición del contenido mínimo de los mismos o la exclusión a las personas para acceder a dicho contenido (C.C., T-469/13, 2013).

## REFERENCIAS

Alexi, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5, 139-151.

Alexi, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 10, 101-120.

Blengio Valdés, M. (2018). Principio de progresividad en relación al derecho a la salud y sus consideraciones desde la ética y el derecho. *Revista de Derecho Público*, 27 (54), 121-128.

Calvo Chaves, N. (2024). Aplicación del Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales frente a Otros Principios (Matriz Principios). *Verba Iuris*, (51), pp. 33-53. Recuperado el 10 de junio de 2024, de: <https://revistas.unilibre.edu.co/plugins/generic/pdfJsViewer/pdf.js/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Frevistas.unilibre.edu.co%2Findex.php%2Fverbaiuris%2Farticle%2Fdownload%2F11504%2F11559%2F37642>.

Castillo Cadena, F. (2006). Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas*, 112, 111-147.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado el 14 de octubre de 2019, de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Corte Constitucional (2020). Relatoría [en línea]. Recuperado hasta el 30 de noviembre de 2023, de <http://www.constitucional.gov.co/>.

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires, Editores del Puerto.

Courtis, C. (2007). Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. *Ponencia presentada en el Seminario Internacional Caudados y derechos. Protección de programas sociales y construcción de ciudadanía*. PNUD, México.

Goyes Moreno, I. (2012). Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Panorama*, 7 (12), 123-141.

Muñoz Segura, A.M. (2010). El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 11, 93-109.

Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los DESC. Recuperado el 10 de junio de 2024, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.

Nogueira Alcalá, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), 403-466.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Recuperado el 14 de junio de 2024 de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, “Protocolo de San Salvador”. Recuperado el 14 de junio de 2024, de:

<https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>.

Rossi, J. & Abramovich, V. (2007). La tutela de los DESC en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9(Especial), 34-53.

Toledo Toribio, Ó. (2011). El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral. *Derecho y Cambio Social*, 8 (23).

Torres Zúñiga, N. (2015). Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 75, 95-117.

Uprimny, R. & Guarnizo, D. (2006). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Direitos Fundamentais & Justicia*, 3, 37-64.

Weingarten, C. & Gherzi, C. (2015). El principio de progresividad como principio general del derecho: con especial aplicación a la responsabilidad del Estado. *Revista de Direito do Consumidor*, 102 (24), 139-150.