

LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO-Focalización de los programas de desarrollo empresarial para jóvenes menores de 28 años, constituye una medida razonable que tiene finalidades constitucionalmente legítimas y un instrumento idóneo y adecuado para su consecución

El problema jurídico que se plantea es el siguiente: ¿Desconoce el fin del Estado de propender por la prosperidad general, así como el derecho a la igualdad y al trabajo y el principio de progresividad, una medida que focaliza la acción de fomento del Estado para el acceso al empleo formal y a la creación de empresa, en jóvenes tecnólogos o profesionales, menores de 28 años? Para responder a este problema jurídico, la Corte Constitucional constata que, a pesar de poder identificar problemáticas distintas respecto de la misma norma, todas se encuentran ligadas entre sí, por lo que se impone un examen sistemático de los mandatos constitucionales y convencionales en juego, los que se encuentran modulados, en este tipo de medidas de fomento, por el principio constitucional de igualdad. En este sentido, examinó, por una parte, la consecución de los fines del Estado y la progresividad en la faceta prestacional de los derechos constitucionales, en concreto del derecho al trabajo, a la luz del principio de igualdad, para determinar la constitucionalidad de la norma en cuestión, en una segunda parte, a través de un juicio de igualdad. Para la Corte, la norma demandada es declarada exequible, al tratarse de una medida inspirada en el principio de igualdad, en particular, en la búsqueda de crear condiciones de igualdad material. Es una medida razonable, proporcionada y progresiva en cuanto al contenido prestacional del derecho constitucional al trabajo, que propende por la consecución de fines constitucionales como la prosperidad general, la vigencia de un orden justo y, en particular, la prosperidad de los jóvenes, identificada como un fin especial constitucional en el inciso 2 del artículo 45 de la Constitución Política. Si bien es cierto que no es una medida con vocación a ser aplicada respecto de toda la población, sino a un segmento específico de la misma, la Corte Constitucional encontró que su focalización se basa en criterios razonables y no en una decisión caprichosa o arbitraria del legislador. Por esta razón, como resultado del juicio realizado, es posible concluir que la norma que limita estas medidas de fomento a la población menor de 28 años, no discrimina a la población que supere dicha edad por no ser suficientemente joven, sino que toma en cuenta la situación particularmente difícil en la que se encuentran los jóvenes menores de 28 años y que requiere una atención especial por

parte del Estado, en pro de materializar el Estado Social de Derecho.

DERECHOS CONSTITUCIONALES-Faceta prestacional y progresiva/FACETA PRESTACIONAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Consecución de los fines del Estado y la progresividad

VALOR Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL-Distinción

INTERPRETACION SISTEMATICA DE LA CONSTITUCION-Jurisprudencia constitucional

INTERES GENERAL-Parámetros constitucionales

FINES DEL ESTADO-Prosperidad general, orden justo y el principio de igualdad

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Alcance

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Relación con los fines constitucionales y el principio de igualdad

PODERES PUBLICOS COMO PODERES CONSTITUIDOS-Finalidad está en el logro de los fines del Estado

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR DESVIACION DE PODER-Requisitos para que proceda

POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA DEL ESTADO RESPECTO DE SUS AGENTES-Instrumento necesario para la consecución de los fines del Estado

CONTRATISTA-Supeditado al cumplimiento de los fines del Estado/FINES DEL ESTADO-Responsabilidad en el cumplimiento no solo corresponde a los servidores públicos sino también a los particulares

FINES ESENCIALES DEL ESTADO-Instrumentos que resultan imprescindibles

Esta Corte ha identificado ciertos instrumentos que resultan imprescindibles para el logro de los fines esenciales del Estado: los servicios públicos; los sistemas de seguridad social; la intervención del Estado en la economía; los contratos de la administración pública y las

prerrogativas exorbitantes reconocidas en dichas relaciones contractuales; el sistema de administración de personal de carrera administrativa; los tributos; el presupuesto y el gasto públicos; y la educación.

EDUCACION-Instrumento para la consecución de los fines del Estado

Respecto de la educación como instrumento para el logro de fines esenciales del Estado, tales como la prosperidad general, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que esto no implica que la acción del Estado en materia de educación deba ser idéntica en todos los niveles de la educación y respecto de todos los educandos, usuarios del servicio público. Así, por ejemplo, el carácter gratuito obligatorio depende del nivel educativo al que se refiera y, las becas otorgadas en otros niveles a ciertos estudiantes, debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que se adecúen al principio de igualdad. En otra ocasión, esta Corte declaró que un Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España, al promover el turismo en Colombia, era constitucional por tratarse de un instrumento para promover la prosperidad general, incluso si no todas las personas resulten beneficiadas directa o indirectamente del desarrollo del sector turístico.

FINES DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD-Relación estrecha

La relación entre los fines del Estado y el principio de igualdad busca así evitar que una actividad formalmente igualitaria del Estado en pro de dichos fines, sea ineficaz frente al objetivo y termine, en realidad, sacrificando su realización. En otras palabras, fines como el del logro de la prosperidad general no exige, de manera alguna, una actividad estatal idéntica en todos los sectores y respecto de todas las personas, ya que según las circunstancias, esto significaría afectar el fin esencial del Estado de asegurar la vigencia de un orden justo, el que subyace en el mandato de propender por la igualdad material y no simplemente formal. Esto quiere decir que en el caso bajo examen, la manera de determinar si existe vulneración del artículo segundo de la Constitución Política, en lo relativo al fin esencial del Estado de propender por la prosperidad general, consiste en determinar si la medida de fomento discutida, que busca la prosperidad de un grupo de la población, mediante el estímulo a la generación de empleo formal y de creación de empresas, consulta el principio de igualdad material. Desligar del principio de igualdad el examen de la

constitucionalidad de los medios utilizados, para el logro de los fines esenciales del Estado, en el presente caso, sólo sería posible en una interpretación aislada, literal y no sistemática de la Constitución, contraria a la interpretación constitucional, en los términos explicados.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA IGUALDAD MATERIAL-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Ámbito de aplicación

En un primer momento la jurisprudencia constitucional consideró que el principio de progresividad se predicaba exclusivamente de los derechos económicos, sociales y culturales, esto en razón de la génesis misma del principio en el Protocolo relativo a éstos y de la teoría de las generaciones de los derechos, aunque ya en ese mismo precedente se consideró, de manera amplia, que “la garantía de los derechos civiles supone en muchos casos deberes de intervención de las autoridades”. Por esta razón, en posteriores pronunciamientos se reconoció que la efectividad de todos los derechos constitucionales, independientemente de la categoría a la que pertenecieran, implicaba no sólo deberes de abstención, sino también una cierta actividad prestacional por parte del Estado, necesaria para crear las condiciones materiales, económicas e institucionales, propicias para su ejercicio pleno. En este sentido, se reconoció que el ámbito de aplicación del principio de progresividad no se limitaba a los derechos sociales, económicos y culturales, sino que tenía un espectro más amplio que se predicaba del contenido prestacional de cualquier derecho constitucional.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y REGLA DE NO REGRESION-Categorías jurídicas distintas

A pesar de que en ocasiones la jurisprudencia de esta Corte ha utilizado la expresión “principio de progresividad y no regresión”, el que implicaría que la no regresión también es un principio, como incluso se ha afirmado expresamente, la jurisprudencia más reciente se ha referido al principio de progresividad y a la regla de no regresión, como categorías jurídicas distintas: un principio y una regla, aunque estrechamente vinculadas. Se trata de una relación de género a especie, en la que la prohibición no absoluta de regresión (regla) es una de las manifestaciones del principio de progresividad el que, antes que una obligación de no hacer (el regreso arbitrario en el contenido prestacional de los derechos), implica una obligación amplia de hacer, cada vez más exigente para “lograr gradual, sucesiva, paulatina

y crecientemente la plena efectividad” del contenido prestacional de los derechos constitucionales. En este sentido, mientras que “El mandato de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”, la “(...) prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y REGLA DE NO REGRESION-Diferencias

JUICIO DE NO REGRESIVIDAD-Exigencias

Para determinar la constitucionalidad de una medida regresiva, ésta debe reunir las siguientes características, que componen el juicio de no regresión: es necesario que la medida (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Parámetro de control de constitucionalidad/PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Exigencias

El juzgamiento de la constitucionalidad de una medida considerada como contraria al principio de progresividad o, de la ausencia de la misma, resulta más complejo en razón de la textura abierta de los principios. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado las manifestaciones del principio de progresividad, lo que permite, en concreto, la identificación de parámetros de control del cumplimiento del mismo. Así, se han identificado cuatro concretizaciones del principio de progresividad, a saber: “(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii)

la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos”.

IGUALDAD FORMAL-Pilar fundamental del Estado Social de Derecho/IGUALDAD MATERIAL-Definición/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Materialización

CONTROL DE RAZONABILIDAD DE TRATO DIFERENTE-Jurisprudencia constitucional

IGUALDAD MATERIAL-Desarrollo mediante acciones afirmativas

DISCRIMINACION INVERSA O POSITIVA-Forma especial de acción afirmativa

Una de las formas especiales de acción afirmativa es la discriminación positiva, es decir, aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad. Por lo tanto, se trata de medidas transitorias cuyo desmonte resulta del análisis de su eficacia en la superación de la desigualdad que combate. Estas medidas se conocen también como formas de discriminación inversa y se refieren, por ejemplo, a las cuotas de empleo público reservadas a mujeres. El fundamento de las políticas de acción afirmativa de igualdad, es el mismo artículo 13 de la Constitución Política el que dispone que “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”.

NORMA SOBRE FOMENTO AL EMPLEO Y CREACION DE EMPRESAS POR PARTE DE MENORES

DE 28 AÑOS-Juicio de igualdad

JUICIO DE IGUALDAD-Edad como criterio neutro o semi sospechoso de discriminación

DERECHO A LA IGUALDAD-Criterio sospechoso/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterios considerados como “categorías sospechosas”

El carácter sospechoso de un criterio de diferenciación hace referencia a las categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”. Se trata de criterios cuyo “uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros”

EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACION-Jurisprudencia constitucional

MEDIDA DE FOMENTO AL EMPLEO Y CREACION DE EMPRESAS POR PARTE DE MENORES DE 28 AÑOS-Juicio de proporcionalidad

TEST DE RAZONABILIDAD-Intensidad

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Niveles de intensidad

GENERACION DE FUENTES DE EMPLEO PARA LOS JOVENES, DEPENDIENTE O INDEPENDIENTE A TRAVES DE LA CREACION DE EMPRESA-Finalidad

FOMENTO AL EMPLEO Y CREACION DE EMPRESAS POR PARTE DE MENORES DE 28 AÑOS-Idoneidad y conducencia de la medida

Expediente: D-11589

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3, literal a (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Actoras: Laura Cecilia Álvarez Rugeles y Yolanda Blanco.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el artículo 241.4 de la Constitución, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la Acción Pública consagrada en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política, los ciudadanos Laura Cecilia Álvarez Rugeles y Yolanda Blanco demandan la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 3, literal A (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Mediante providencia del 16 de agosto de 2016, el Magistrado sustanciador dispuso: admitir la demanda contra artículo 3, literal A (parcial) de la Ley 1429 de 2010, por la posible vulneración de los artículos 2, 13 y 25 de la Constitución Política, así como del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En consecuencia de lo anterior, se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y comunicar, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la iniciación del mismo al Presidente de la República, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como al Presidente del Congreso y al Ministro de Justicia y del Derecho.

Se invitó a participar en el presente juicio al Ministerio del Trabajo, al Colegio de abogados del Trabajo, a la Asociación de Industriales de Colombia (ANDI), a la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), a la Fundación Saldarriaga Concha, a la Central de Unión de

Trabajadores (CUT), a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Jurisprudencia y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la facultad de derecho de la Universidad Libre, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, a la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, a la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte y a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

A. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto del artículo 3, literal A (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo. La norma acusada se transcribe a continuación y se resalta la parte demandada:

LEY 1429 DE 2010

(diciembre 29)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo

ARTÍCULO 3o. FOCALIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE DESARROLLO EMPRESARIAL. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional, bajo la coordinación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, deberá:

a) Diseñar y promover programas de microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano, creadas por jóvenes menores de 28 años Técnicos por competencias laborales, técnicos profesionales, tecnólogos o profesionales, que conduzcan a la formalización y generación empresarial, y del empleo, para lo cual utilizará herramientas como: incentivos a la tasa, incentivos al capital, periodos de gracia, incremento de las garantías financieras que posee el Estado y simplificación de trámites.

B. LA DEMANDA

Las ciudadanas Laura Cecilia Álvarez Rugeles y Yolanda Blanco, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3, literal a (parcial) de la Ley 1429 de 2010, al considerar que dicha norma contraría los artículos 2, 13 y 25 de la Constitución Política, así como el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Consideran que el recurso a la edad (menores de 28 años) como criterio para la focalización de los programas de fomento a la formalización empresarial es un criterio sospechoso de vulneración al principio de igualdad, que riñe con el objetivo general de la Ley 1429 de 2010, que no se dirige exclusivamente a este grupo poblacional y conduce a excluir de estos beneficios a los empresarios mayores de 28 años, que reúnen los otros requisitos exigidos por la norma demandada. En otras palabras, a su juicio, no existe justificación constitucional alguna que permita soportar el trato diferente y, por el contrario, el objetivo buscado por el legislador, relativo a la generación de empleo formal, no se limita a las personas menores de 28 años.

Según las demandantes, la inclusión del criterio de edad para la focalización de los programas de fomento desconoció el deber de propender por la prosperidad general, previsto en el artículo 2 de la Constitución, así como el deber de buscar la efectividad de los derechos y garantías constitucionales. Respecto de la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, las demandantes consideran que se recurrió a un criterio de diferenciación (la edad) que a más de ser sospechoso de discriminación, no consulta ningún fin constitucionalmente legítimo y, por el contrario, condujo a otorgar un trato diferente a personas que se encuentran en la misma situación, esto es, se trata de nuevos empresarios, que han recibido la formación que la norma exige. De esta manera, las demandantes identificaron el criterio de la comparación, explicaron la manera cómo su aplicación genera un trato jurídica y fácticamente diferente y explicaron, en su concepto, la ausencia de justificación constitucional para el trato distinto.

Agregan que con esta norma se desconoció el deber de progresividad y no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en este caso, respecto del derecho al trabajo en condiciones formales para una vida en condiciones de dignidad y justicia.

Consideran que respecto de las personas mayores de 28 años no existe un programa equivalente que permita considerar que se respetó el mandato de progresividad en cuanto a la faceta prestacional de los derechos fundamentales. Según la demanda, el desconocimiento del mandato de progresividad y la vulneración al principio de igualdad, afecta el derecho al trabajo, previsto en los artículos 25 de la Constitución Política y en los artículos 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

C. INTERVENCIONES

1. De entidades públicas

a. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

En representación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica¹ intervino para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

Con el fin de precisar el espíritu y alcance de la norma, el Ministerio transcribió apartes de la exposición de motivos del Proyecto de Ley 150 de 2015 Cámara, relativos a las barreras de acceso al empleo formal y a la creación de empresa por parte de los jóvenes que se encuentran en el rango de los 18 a los 28 años. Resaltó el efecto positivo que ha tenido la norma demandada en los siguientes términos: “Es importante señalar que, de acuerdo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a 31 de diciembre de 2014 se crearon 476.498 empresas adicionales al crecimiento histórico empresarial, lo que se atribuye a las diferentes actividades implementadas en desarrollo de la política de formalización empresarial, particularmente de los incentivos previstos en la Ley 429 de 2010. De manera que el tipo de incentivos propuestos incentiva el Crecimiento empresarial del país” (subrayado original). También hizo referencia a las barreras de la contratación respecto de esta franja prestacional, a los antecedentes legales de la norma bajo examen (Ley 789/02, relativa al contrato de aprendizaje), así como a los mecanismos legales implementados con posterioridad a la Ley 1429 de 2010 (Ley 1636/13, relativa al servicio público de empleo y protección al cesante), a los referentes internacionales (Uruguay, donde se expidió la Ley 19.133 relativa al empleo y el emprendimiento juvenil que busca fomentar el empleo decente para los jóvenes y Paraguay, donde se expidió la Ley 4.95 que busca fomentar el empleo

juvenil a través de la formación, capacitación e inserción en el mercado laboral). También se refirió a los aspectos generales del proyecto de ley, específicamente lo relacionado con la promoción de incentivos para la contratación de jóvenes, tales como el alivio de la carga parafiscal para su contratación y de creación de empresa por parte de los mismos, como la posibilidad de financiar estímulos, con cargo al FOSFEC.

Respecto del cargo por vulneración del artículo 2º de la Constitución Política, el representante del Ministerio considera que, en efecto, la Ley 1429 de 2010 “tiene como fin generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales en la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse, tanto empresarial como laboralmente”. Adicionalmente, está dirigida a “incentivar la creación de nuevos empleos para la vinculación laboral formal de personas pertenecientes a grupos vulnerables (v/gr. Jóvenes, mujeres mayores de 40 años, entre otros)”. Así las cosas, propender por incentivar la inclusión laboral de los jóvenes entre los 18 y los 28 años, no torna por sí solo inconstitucional la norma y, por el contrario, ha generado efectos relevantes en cuanto a la creación de empleo y empresarial en el país.

En cuanto al cargo por vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, en su intervención el Ministerio advierte “que la propia norma constitucional señalada por el actor como violada, establece 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 que, “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta...”. De esta forma, el fin de la norma demandada es precisamente proteger al grupo poblacional en condición de debilidad manifiesta; “de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse, tanto empresarial como laboralmente, incentivando con ello la creación de nuevos empleos para la vinculación laboral formal de personas pertenecientes a grupos vulnerables”. Adicionalmente, transcribe un aparte de la sentencia C-629 de 2011, en la cual, según el interviniente, la Corte estableció la diferencia de un trato igual entre iguales y un trato desigual ante desiguales. Igualmente, hizo referencia a la sentencia C-249 de 2013, la cual trató el asunto relativo a los “sacrificios al principio de equidad”.

Con relación al cargo por violación del artículo 25 de la Constitución Política, el Ministerio manifiesta que “en manera alguna la norma acusada, está recortando el derecho

fundamental general al trabajo, como lo alega el accionante, cuando lo que hace la misma, es dar cumplimiento a la materialización de los derechos de la población juvenil, dirigidos a la protección y goce efectivo de los mismos, reconocidos tanto en el ordenamiento interno, entre otros, en la Ley Estatutaria 1622 de 2013, “Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones”, como en los tratados internacionales”.

b. Ministerio del Trabajo.

En representación del Ministerio del Trabajo, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica intervino para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada².

A propósito del cargo relativo a la vulneración del artículo 13 de la Constitución, el representante del Ministerio argumenta que la norma bajo examen precisamente busca “aminorar la condición de difícil acceso al mercado de trabajo de la población joven, particularmente afectada por circunstancias tales como una alta tasa de desempleo, la dificultad de iniciar un emprendimiento, el acceso a capitales de riesgo y a créditos”. En este sentido, la disposición acusada, “es un claro ejemplo de la implementación de acciones afirmativas para poner en un régimen de igualdad a la población joven del País, otorgándole la posibilidad de acceder a programas de crédito y microcrédito que conduzcan a la formalización y generación tanto empresarial como de empleo”. Su afirmación la sustenta en lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-810 de 2011 y C-964 de 2003.

El Ministerio justificó la limitación de la población joven hasta los 28 años en datos estadísticos. A partir de éstos la entidad concluyó que:

“Gran parte de estas estrategias e iniciativas del Estado, se han concentrado en atender la empleabilidad de la población joven, considerando que al momento de ingresar al mercado de trabajo, e incluso para permanecer en él, tienen que enfrentarse a barreras que entre otras cosas, para quienes tienen acceso a la capacitación y educación para el trabajo, dificultan la transición entre la etapa de formación y el ingreso al empleo, esto puede evidenciarse en la mayor incidencia del desempleo entre la población menor de 28 años, cuya tasa de desocupación ha sido históricamente más alta que la de otros grupos etarios.”

Lo anterior justifica plenamente que la Ley 1429 de 2010 creara medidas y un marco

regulatorio favorable en protección de los sectores más vulnerables y afectados por el desempleo e informalidad del país y en especial para la población menor de 28 años, que como se señaló cuenta con mayores dificultades y barreras de acceso al mercado de trabajo”.

Finalmente, resaltó que la Ley 1429 de 2010, objeto parcial de la demanda, no es la única normatividad tendiente a proporcionar a la población joven mecanismos de inserción laboral. Al respecto mencionó la Ley 1622 de 2013 y la Ley 1780 de 2016. De esta última destacó que los beneficiarios son, en general, la población emprendedora sin distinción de edad.

2. Intervenciones de las universidades y organizaciones académicas

a. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En nombre y representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, uno de sus miembros correspondientes³ presentó escrito ante esta Corte, solicitando la inexecutable de la norma acusada.

El interviniente, comparte el argumento planteado por los demandantes, en el sentido de que la letra a) del artículo 3 de la Ley 1429 de 2010 desconoce el artículo 2º de la Constitución porque, tal como lo afirma la demanda, “pese al loable fin, el aparte acusado impuso una talanquera excluyente y discriminatoria que repugna la Carta, dejando sin posibilidad de acceso a los beneficios de la misma a aquellos noveles empresarios que, aun cuando su idea prometa crecimiento y empleo y haber recibido la formación exigida, serán excluidos de todos modos por ser mayores de 28 años” (negritas y subrayas originales).

A juicio del ciudadano, el legislador se equivocó al exigir un límite de edad de 28 años, excluyendo a aquellas personas que cumplen con los niveles profesionales exigidos por la norma pero superan la barrera impuesta, “lo que va en contravía de lo que ordena el artículo 2 de la Constitución Política porque no advirtió que debía promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos allí establecidos, como lo ordena su encabezamiento como fines esenciales del Estado”.

Del mismo modo, considera que la norma demandada desconoce lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, en tanto, “deja por fuera de sus beneficios a las personas que

cumpliendo todos los requisitos académicos exigidos por la norma acusada superan la edad de 28 años, lo que constituye un agravio discriminatorio para esas personas”.

Por último, en cuanto a la vulneración del artículo 25 de la Constitucional, el interviniente hace referencia a la sentencia C-593 de 2014, para sustentar que el derecho al trabajo no sólo incluye el trabajo subordinado y no subordinado, sino también el realizado por cuenta propia. “Así las cosas la expresión “creadas por jóvenes menores de 28 años” deberá retirarse del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución Política”.

b. Universidad Libre

En nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, dos docentes intervienen⁴ para solicitar a esta Corte declarar la exequibilidad de la norma demandada.

Los ciudadanos comienzan su intervención haciendo referencia a la noción de juventud, específicamente sobre lo que se ha entendido por el límite entre la juventud y la edad adulta. Mencionan cómo en todas las sociedades dicho límite ha sido objeto de debate y en ocasiones de enfrentamientos, “ya que la diferencia según el grupo etario de edades termina siendo arbitraria”; según Bourdieu (2002, p 164), el concepto se puede observar desde los usos, así: a) el sentido sociológico: establece un límite etario porque produce sujetos sociales con relación a prácticas culturales específicas; b) el sentido cultural produce relaciones sociales, como las que organiza el vínculo joven viejo que ponen en funcionamiento un modo de organización en torno a la educación y al trabajo; y c) el sentido biológico del término, nunca meramente denotativo, dice la edad es un dato biológico socialmente manipulado y manipulable para indicar el peso simbólico que existe en torno a los valores socialmente contruidos.

Por su parte, en la normatividad internacional, la ONU (1999) en la Asamblea General⁵; definió la juventud como el grupo poblacional comprendido por personas entre 14 y 25 años de edad, que viven: “un momento muy especial de transición entre la infancia y la edad adulta, en el que se procesa la construcción de identidades y la incorporación a la vida social más amplia”. Sin embargo, “para muchos la definición de juventud no se limita a la edad, sino que es un proceso relacionado con el periodo de educación en la vida de las personas y su ingreso al mundo del trabajo”.

En virtud de lo anterior, en el ordenamiento Latinoamericano, son diferentes los conceptos sobre el límite mencionado. Así las cosas, exponen los docentes, “en Argentina se consideran jóvenes quienes cuentan con edades entre 19 y 29 años, en Bolivia⁶ de 18 a 30 años, en Brasil⁷ de 19 a 25 años, en Chile⁸ de 19 a 29 años, en Costa Rica⁹ de 12 a 35 años, en Ecuador¹⁰ de 18 a 29 años, en México¹¹ de 12 a 29 años, en Nicaragua¹² de 18 a 30 años, en Paraguay¹³ de 18 a 30 años, en Perú¹⁴ de 15 a 29 años, en República Dominicana¹⁵ de 15 a 35 años, en Uruguay¹⁶ de 19 a 25 años, en Venezuela¹⁷ de 18 a 28 años y en Cuba¹⁸ los menores de 30 años en general”.

Concretamente en el contexto colombiano, la Ley 1622 de 2013 establece que es joven aquella persona que tiene entre 14 y 28 años, ley que la Corte Constitucional declaró exequible mediante sentencia C-862 de 2012¹⁹, entre otras cosas porque “el legislador posee la facultad de configuración legislativa” sobre el asunto.

Por último, los representantes de la Universidad Libre llaman la atención sobre lo dispuesto en la Ley 1780 de 2016, la cual tiene por objeto promover el emprendimiento juvenil, así como la adaptación de medidas para eliminar las barreras a al empleo de los jóvenes. Esta nueva ley contempla beneficios laborales para las empresas jóvenes, “que abarcar a personas naturales de hasta 35 años de edad, y en caso de ser personas jurídicas que tenga la participación de al menos un joven menor de 35 años. El beneficio consiste en la exoneración del pago de la matrícula mercantil y la renovación del primer año siguiente del inicio de actividades económicas”.

c. Universidad de Caldas

En nombre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, varios miembros de la comunidad académica²⁰, presentaron intervención solicitando la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

En primer lugar, los intervinientes resaltan el concepto de igualdad material, como elemento propio del Estado Social de Derecho y la necesaria puesta en marcha de políticas públicas que, a través de acciones afirmativas de igualdad, propendan por materializar la igualdad material. En su concepto la demanda está fundamentada en una lectura desde la igualdad formal. Sin embargo la ley desarrolla la igualdad material, “siendo esta última a la que debe apuntar el Estado social y democrático de derecho, una norma legal que establezca

beneficios para un sector de la población, entiéndase adultos hasta cierta edad y con ciertos requisitos de formación académica, es en sí una norma que pone en condiciones iguales a personas que tienen cierta formación académica pero adolecen de una experiencia formada superior a la que se puede presumir deben de poseer los adultos con los mismos criterios de formación pero que sean superiores a 28 años”. Consideran que la norma cuya constitucionalidad se encuentra debatida busca “el noble propósito de fomentar la creación de empresa y la generación de empleo de un grupo de la población colombiana que está en crisis debido a su alto porcentaje de desempleo”.

En segundo lugar, los intervinientes proponen la realización de un test de igualdad en el que la finalidad se identifica con la “de incluir un sector poblacional como lo son los jóvenes en el mercado laboral, teniendo en cuenta las dificultades que presentan para acceder a un empleo en condiciones formales, dignas y justas (...)”. Consideran que el trato diferenciado es útil en cuanto a que permitirá a los jóvenes superar las barreras para el acceso al empleo, propias de su edad y falta de experiencia. A su juicio, el trato es necesario ya que, no existen otras medidas que, a menor costo, logren el mismo objetivo, teniendo en cuenta que no implican afectación para las personas no cobijadas por estos instrumentos y, por el contrario, sí tiene efectos positivos en cuanto al empleo y la generación de empresa nacional. También juzgan la medida como estrictamente proporcionada al considerar que los beneficios para el Estado y para la sociedad son mayores a los costos implicados. Agregan que se trata del cumplimiento estricto de obligaciones constitucionales y derivadas del bloque de constitucionalidad.

Luego de elaborar un test de igualdad, los representantes de la universidad concluyen que la norma demandada supera dicho juicio, teniendo en cuenta que:

“el fin de la disposición es totalmente legítimo e incluso fundamentado por el mismo derecho a la igualdad; adicionalmente, el medio empleado es legal y útil, ya que en tratándose de discriminación a determinados sectores de la sociedad para obtener un empleo y/o crea su propia empresa, la normatividad otorga beneficios con el fin de motivar e incentivar la contratación de estos grupos, así como la creación de empresas por parte de los mismos con beneficios financieros. Por último, el medio elegido por el legislador logra cumplir el fin de crear situaciones de igualdad en torno al ámbito laboral para personas que por sus condiciones o falta de experiencia en el caso de los jóvenes, no logran acceder a empleos

formales”.

Con relación a la limitación de la edad, la Universidad manifiesta que “las personas mayores de 14 y menores de 28 años son considerados jóvenes de conformidad con el Artículo 5 del Estatuto de Ciudadanía Juvenil definido en la Ley Estatutaria 1622 de 2013, es razonable la implementación de la medida presente en la disposición normativa demandada y que no contraría los derechos fundamentales y las disposiciones de nuestra norma de normas”.

Respecto de la vulneración del derecho al trabajo, el escrito describe cómo es obligación del Estado “propender por el fomento del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de sectores como la población juvenil, lo cual entonces, justificaría no sólo la “discriminación positiva” que se realiza en la norma demandada parcialmente, sino también, la implementación constante de políticas públicas que permitan cumplir con la obligación internacional y constitucional asumida a través del modelo de Estado Social de Derecho”. Precisan que el programa de empleo joven de la O.I.T. fija como prioridad la búsqueda de la creación de condiciones propicias para el trabajo juvenil digno.

Por último, exponen los intervinientes que la norma no es regresiva, pues en realidad es una medida progresiva que busca desarrollar un derecho civil, sin atentar contra normas de rango constitucional y que en realidad pretende hacer valer el principio de igualdad entre disímiles al generar una discriminación positiva que asegura la igualdad de oportunidades en la creación de empresa. En virtud de lo anterior, la “libertad” de configuración normativa, permite al legislador crear o fomentar los incentivos que considere pertinentes con el fin de desarrollar el núcleo esencial del derecho al trabajo, como lo hizo con la norma demandada.

d. Universidad Javeriana

En representación de la Universidad Javeriana, uno de sus docentes²¹ intervino para solicitar a la Corte Constitucional declarar exequible la norma demandada.

Para fundamentar lo anterior, el docente transcribe apartes de la exposición de motivos de la ley y resalta las referencias a las razones que se tuvieron en cuenta al momento de delimitar los beneficiarios de las medidas. Así, por una parte, “Históricamente, la falta de generación de puestos de trabajo formales por parte del sector empresarial ha afectado particularmente a la población de bajos ingresos y a los jóvenes. Estos últimos, han enfrentado tasas de

desempleo alrededor del 20% durante los últimos diez años (22,2% para el total nacional en el trimestre móvil abril-junio 2010), mientras que en la población mayor de 25 años la cifra llega al 10% (es decir, el desempleo de los jóvenes es más del doble que el de los mayores de 25 años).

Por otra parte, el docente menciona para el debate la siguiente cifra:

“Los incentivos que se dan son que, los parafiscales de nuevos empleos que son más o menos 11% de la nómina, van a poder ser deducibles del impuesto de renta pagada al final del año y así para todos estos grupos. ¿Por qué estos grupos?, el primer punto es que en realidad los, (sic) cuando uno ve los salarios en la gráfica superior entre jóvenes de 16 a 24 años, comparado con 25 a 49 son realmente muchísimo más bajos los salarios y en el gráfico de abajo vemos como la tasa de desempleo de jóvenes menores de 25 años en este caso es de 25 casi el 26, 25.7% casi el doble que la tasa promedio o más del doble que la tasa promedio y el desempleo entre 25 y 49 años como se ve en esta gráfica es aproximadamente del 10%, por eso, la razón por la cual se toman jóvenes por debajo de los 28 años. (Congreso de la República de Colombia, 2011)” (subrayado original).

Adicionalmente, el docente refiere los siguientes datos estadísticos, los cuales, en su concepto justifican la limitación de la ley hasta los 28 años:

“La revisión de las series de desempleo reportadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) muestra que efectivamente para el periodo comprendido entre el 2000 y 2016 las tasas de desempleo de las personas menores de 28 años son mayores a las reportadas para el conjunto de la población. A grandes rasgos se puede ver una diferencia que se ha mantenido estable para todo el periodo, aun con la disminución en los niveles de desempleo que se evidencia en el mismo.

De acuerdo con la información reportada, se puede afirmar que aproximadamente la diferencia entre los niveles de desempleo de los dos grupos poblacionales es de al menos un 10%. Ello teniendo en cuenta que para el cálculo de los niveles de desempleo para el total de la población no se están excluyendo los datos correspondientes a los menores de 28 años. Teniendo en cuenta lo anterior, se podría afirmar que la tasa de desempleo de las personas

mayores de 28 años es aún menor que la reportada por la gráfica “Desempleo por grupos de edad”.

Finalmente, aplica un test intermedio de igualdad a la norma para concluir que la norma es constitucional porque (i) “el fin perseguido es constitucional por el hecho de que propende por la generación de unas condiciones favorables que permitan el acceso y formalización del empleo de un grupo poblacional específico”; (ii) “el medio empleado es legal y adecuado por el hecho de que propende por el diseño y promoción de programas de microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano”; y (iii) “teniendo en cuenta los mayores niveles de desempleo sufridos por este grupo poblacional, permite que sean estos y no otros los que cuenten con esta herramienta, la cual les permitiría superar la condición de mayor vulnerabilidad que desde una perspectiva económica enfrentan”.

e. Universidad del Rosario

El asesor jurídico del consultorio jurídico de la Universidad del Rosario²² intervino para solicitar a la Corte Constitucional declarar inexecutable la norma demandada.

Realiza un análisis de la situación presente en Chile, donde la Ley n. 20241 establece incentivos tributarios y crediticios para la inversión privada en investigación y desarrollo, pero no fija límite de edad para ser beneficiario. También refiere la Ley argentina 27264 de 2016 que incentiva las PYMES y establece beneficios tributarios, de fomento, pero tampoco fija un límite de edad para beneficiar de esta actividad de fomento. También resalta el Acto de desarrollo industrial de 1998 expedido en Irlanda (Industrial Development Act) que creó la Agencia Irlandesa de emprendimiento que busca favorecer las PYMES y tampoco limita el incentivo a determinada edad de los emprendedores.

Fundamenta su solicitud de inexecutable en los resultados que obtuvo luego de realizar un test intermedio de proporcionalidad, al considerar que el derecho que resulta afectado con esta medida es el derecho a la democratización del crédito, el que no es fundamental y existen, a su juicio, indicios de inequidad. Así el interviniente expone:

“Por lo anterior, es preciso indagar por la idoneidad del medio para la consecución del fin:

* El fin del artículo es fomentar el acceso al crédito para fomentar el empleo y el emprendimiento.

* El medio es otorgar créditos a menores de 28 años que hayan finalizado la formación técnica. Es constitucional el medio en virtud del artículo 335 de la constitución política. Democratización del crédito.

* La medida se adecúa al fin propuesto.

Sin embargo, al analizar lo concerniente a las medidas utilizadas para lograr el fin, se encuentra que el criterio de la edad es desproporcionado, por los siguientes argumentos:

2. La experiencia comparada demuestra que en nada influye la existencia de un limitante referido a la edad de quienes solicitan los créditos, en tanto, la creación de empresas se obstaculiza realmente por la capacidad de endeudamiento y capital, que por un factor cronológico.

3. Existen otros mecanismos menos lesivos que permitan garantizar que una persona tiene la madurez suficiente y solvencia para asumir un crédito, precisamente los relacionados con los filtros empleados por cada banco.

4. Las personas mayores a 28 años también pueden desarrollar proyectos de emprendimiento, incluso puede que estos gocen de una mayor experiencia para tal fin”.

Por consiguiente, el representante de la Universidad considera que “el límite de edad impuesto por la ley para el acceso a microcréditos va en contra de los propósitos del proyecto de ley, al cerrar las puertas a posibles empresarios que pueden mejorar las condiciones laborales y encontrar en tales beneficios crediticios, las razones suficientes para pasarse al sector formal. Sin que lo anterior, implique ninguna distinción de edad”.

3. Intervenciones ciudadanas y de organizaciones gremiales

a. Fundación Saldarriaga Concha

Algunos integrantes de la Fundación Saldarriaga Concha²³ presentaron escrito ante esta

Corte, donde solicitan la inexecutable de la norma acusada “en la medida en que vulnera los derechos de las personas mayores de actuales y futuras generaciones²⁴ desde una perspectiva de envejecimiento y vejez”.

Lo primero que hace la intervención es la distinción entre dos conceptos: la vejez y el envejecimiento. La vejez entendida como “la construcción social de la última etapa del curso de la vida”²⁵ y el envejecimiento reconocido como “un proceso²⁶ que atañe cambios y transformaciones²⁷ relacionados con el paso de tiempo, con el contexto, con los estilos de vida, entre otros factores, los cuales pueden ser analizados desde una perspectiva poblacional, doméstica o individual”.

Posteriormente, el escrito hace referencia a la importancia de que la Corte se pronuncie “respecto a la situación de las personas mayores de actuales y futuras generaciones y cómo su exclusión sistemática del mercado laboral y productivo afecta sus derechos humanos”. Para ello, ofrece una justificación basada en datos estadísticos sobre las dificultades que se presentan a partir de los 50 años, “pero que se agravan en la vejez por situaciones particulares como el deterioro de la salud, la desprotección económica o el desconocimiento de nuevas tecnologías”²⁸. En este sentido fundamentan la inconstitucionalidad de la norma en el hecho de que excluya de sus beneficios a los “noveles empresarios que se encuentran en el segmento etario en el que es más difícil emplearse de forma estable”, es decir, en su concepto, los adultos mayores.

A partir de ahí, es decir, de la exclusión de la población mencionada, la intervención se pregunta si “dicha distinción es constitucional o si se trata de un caso de discriminación por edad”. Con el fin de responder el interrogante, los ciudadanos citan apartes de las sentencias C-698 de 2012, C-093 de 2001, C-071 de 1993, C-811 de 2014, T-360 de 2002 y T-564 de 2008, proferidas por la Corte Constitucional; para posteriormente exponer que la norma contiene un criterio semi-sospechoso de discriminación por la edad. Dice el escrito:

“Teniendo en cuenta estas preocupaciones, esta H. Corte ha hecho una diferenciación entre la exigencia o adopción de edades mínimas y la exigencia de edades máximas, que fijan un tope, y que desde la perspectiva de la vejez resultan particularmente relevantes²⁹. Una edad mínima requerida puede superarse con el paso del tiempo. Así sucede en el caso de aquellos ciudadanos que deben cumplir una edad de base para aspirar a ciertos cargos: con el

transcurso de los años cumplirán el requisito. Situación contraria es la que experimentan quienes sobrepasan un determinado tope de edad que los excluye de un bien, derecho o servicio como en el caso sub judice: se trata de un obstáculo infranqueable, pues en tal caso la edad se convierte en un rasgo inmodificable de la persona: se pueden cumplir más años, pero no perderlos. Esta imposibilidad hace del establecimiento de diferenciaciones en razón de una edad máxima una forma de exclusión “semi sospechosa”, en un punto intermedio entre el criterio sospechoso y el neutro”³⁰.

Una vez sustentado lo anterior, los ciudadanos concluyen que la norma demandada es inconstitucional en aplicación del siguiente test:

“En este orden de ideas, la medida persigue un fin legítimo pues busca promover y diseñar programas de microcrédito y crédito dirigidos a jóvenes menores de 28 años que tengan empresas urbanas o rurales y un cierto nivel de formación. La medida es conducente para lograr el fin propuesto, debido a que se infiere que esta clase de beneficios efectivamente conducen a apoyar empresas de jóvenes menores de 28 años. Sin embargo, la medida no es proporcionada y, en consecuencia, es inconstitucional, puesto que excluye a un gran segmento de la población que también necesita que sus iniciativas empresariales sean protegidas por el Estado. Esta medida afecta especialmente a las personas mayores como se ha mencionado a lo largo del presente texto, pues se los excluye de un beneficio que necesitan incluso en mayor medida que las personas más jóvenes debido a la situación de exclusión del mercado laboral y productivo en la que se encuentran”.

b. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI

El representante legal de la Asociación Nacional de Empresario de Colombia, ANDI³², intervino para solicitar a la Corte Constitucional declarar exequible la norma demandada.

Luego de exponer la importancia del fin perseguido por la norma, a la luz de los antecedentes de la Ley 1429 de 2010, manifiesta que “diseñar y promover programas de microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano, creadas por jóvenes menores de 28 años, procura dar especial protección al trabajo de un grupo de la población particularmente afectado por el desempleo”.

Sobre la pertinencia o adecuación respecto del fin de la norma impugnada, la Asociación

considera que, además de perseguir un fin lícito y de importancia constitucional, la norma es pertinente o adecuada en relación con dicho fin, toda vez que “fomentar el microcrédito o el crédito a las empresas creadas por jóvenes menores de 28 años, permite contar con una herramienta importante para la gestión y consolidación de dichas empresas. El trabajo de los jóvenes menores de 28 años no puede, ni debe, depender exclusivamente de una vinculación laboral. El trabajo por cuenta propia, mediante el emprendimiento, repercute en provecho de todos. Si algo necesita el país son jóvenes emprendedores”.

Por último explica cómo, a su juicio, la norma impugnada no prohíbe ni impide la existencia de programas de microcrédito y crédito orientados a empresas creadas por personas mayores de 28 años. Además, el Gobierno Nacional cuenta con una política de desarrollo empresarial, que no está circunscrita a las empresas creadas por jóvenes menores de 28 años; sobre esta política y los instrumentos con que cuenta puede consultarse en la página web del Departamento Nacional de Planeación, DNP, Dirección de Desarrollo Empresarial: <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-empresarial/Paginas/desarrollo-empresarial.aspx>

D. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora General de la Nación (E), en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, emitió en su oportunidad el Concepto 6181, por medio del cual solicita a esta Corte declarar exequible el literal a) del artículo 3º de la Ley 1429 de 201033.

A juicio del Ministerio Público, la norma objeto de análisis está acorde con los fines constitucionales, puesto que al crear incentivos a favor de los jóvenes para la creación de empresas, garantiza la efectividad de sus derechos a la igualdad, al trabajo, entre otros, para de esta forma brindarles oportunidades laborales y mejorar su ocupabilidad.

En desarrollo de lo anterior, la norma lo que establece es una acción afirmativa en favor de los jóvenes menores de 28 años, “en aras a que su paso de la educación técnica o profesional al mundo laboral no presente tantos obstáculos, estableciendo algunas oportunidades crediticias o contando con algunas vacantes disponibles y permitiéndoles gozar de las mismas posibilidades que tienen otros grupos de lograr un acceso real y efectivo al sistema económico, a través del emprendimiento empresarial”.

Respecto de la limitación de la edad de 28 años, la procuradora menciona la Ley Estatutaria 1622 de 2013, “[p]or medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones”, ya que en dicha normativa se reitera la necesidad de garantizar los derechos de los jóvenes en los ámbitos civil, social y público, de tal forma que se [facilite] “su participación e incidencia en la vida social, económica, cultural y democrática del país”.

Por último, la vista fiscal considera que la disposición demandada no desconoce el derecho a la igualdad, toda vez que, “la superación del límite de la edad propuesto en la norma demandada no genera un trato diferenciado, en tanto la finalidad por la que propende la norma es facilitar a este grupo poblacional oportunidades de progreso y de generación de actividades económicas productivas, de tal forma que mejoren su ocupabilidad y logren un emprendimiento laboral”. Para fundamentar su afirmación menciona la sentencia C-811 de 2014.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra preceptos contenidos en la Ley 1429 de 2010, expedida por el Congreso de la República. Es decir, se trata de una norma con rango y fuerza de ley, cuya constitucionalidad es controlable, por lo tanto, por esta Corte.

B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Bajo el título de “Focalización de los programas de desarrollo empresarial”, el artículo 3 de la Ley 1429 de 2010 impone la obligación al Gobierno Nacional de diseñar y poner en funcionamiento una serie de medidas de fomento destinadas a la creación de empresas por parte de jóvenes técnicos por competencias laborales, técnicos profesionales, tecnólogos o profesionales, menores de 28 años, y de puestos de trabajo formales destinadas al mismo grupo poblacional. Dentro de las herramientas de fomento que la ley autoriza se enuncian:

incentivos a la tasa, incentivos al capital, periodos de gracia, incremento de las garantías financieras que posee el Estado y simplificación de trámites.

1. Para las demandantes, al limitar dichas medidas a la población menor de 28 años que reúna dichas condiciones, la norma demandada contrariaría el artículo 2 de la Constitución Política, en cuanto no propende por la prosperidad general, sino únicamente la de un grupo limitado de la población (jóvenes tecnólogos o profesionales menores de 28 años). A la vez, la norma vulneraría el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución, al excluir injustificadamente de dichos beneficios a personas que se encuentran en la misma situación (tecnólogos y profesionales), pero que resultan excluidos por la aplicación de un criterio que las demandantes consideran como sospechoso de discriminación. Finalmente, la norma cuestionada afectaría el artículo 25 de la Constitución, así como los artículos 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al omitir, para un segmento importante de la población que resulta aquí excluido, este tipo de medidas necesarias para la realización efectiva del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Por esta vía, la norma sería contraria al principio de progresividad en la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, al prescindir del cumplimiento de dicho mandato respecto de las personas mayores de 28 años.

1. En estos términos, el problema jurídico que se plantea es el siguiente: ¿Desconoce el fin del Estado de propender por la prosperidad general, así como el derecho a la igualdad y al trabajo y el principio de progresividad, una medida que focaliza la acción de fomento del Estado para el acceso al empleo formal y a la creación de empresa, en jóvenes tecnólogos o profesionales, menores de 28 años?

1. Para responder a este problema jurídico, la Corte Constitucional constata que, a pesar de poder identificar problemáticas distintas respecto de la misma norma, todas se encuentran ligadas entre sí, por lo que se impone un examen sistemático de los mandatos

constitucionales y convencionales en juego, los que se encuentran modulados, en este tipo de medidas de fomento, por el principio constitucional de igualdad. En este sentido, será necesario examinar, por una parte, la consecución de los fines del Estado y la progresividad en la faceta prestacional de los derechos constitucionales, en concreto del derecho al trabajo, a la luz del principio de igualdad, para determinar la constitucionalidad de la norma en cuestión, en una segunda parte, a través de un juicio de igualdad.

C. LA CONSECUCIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO Y LA PROGRESIVIDAD EN LA FACETA PRESTACIONAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. La hermenéutica constitucional implica un ejercicio de ensamblaje y articulación armónica del texto superior, guiado por la necesidad de optimizar la eficacia de la Constitución Política, entendida como un todo³⁴. Este método busca evitar que la aplicación aislada de una norma constitucional, al rigor de su tenor literal, signifique a la vez el desconocimiento de algún principio, valor, fin, derecho o deber constitucional³⁵. La interpretación constitucional sistemática es aquella que mejor consulta el concepto mismo de Constitución, no entendida como un conjunto de disposiciones codificadas, sino como una unidad, un sistema normativo coherente, con sentido lógico, armónico y concordante, construido a partir de principios, valores y fines comunes, no excluyentes entre sí³⁶. Este método de interpretación es el que funda el recurso a la técnica hermenéutica de la ponderación, no sólo en el caso de colisión entre normas constitucionales de distinta naturaleza y textura³⁷, sino también como parámetro para determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas por las autoridades públicas, incluido el legislador.

1. En el contexto de la interpretación constitucional sistemática, juegan un rol fundamental los principios, valores y fines constitucionales, al tratarse de normas que por su ubicación dentro del texto superior, su estatus constitucional y su textura normativa amplia, es decir, no preceptiva en forma de regla, sirven para guiar la acción de las autoridades públicas, incluida la producción normativa en sus distintas formas, dirigen la interpretación constitucional y le dan coherencia a la actividad pública, al tiempo que articulan el sistema

normativo³⁸. Así, según las circunstancias del caso, la determinación de la constitucionalidad de una actuación pública sería parcelaria y contraria al concepto mismo de Constitución, si se realiza de manera irreflexiva su cotejo con determinado precepto constitucional, dejando de lado otras normas que puedan determinar el sentido amplio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida bajo examen. Es justamente esta necesaria interpretación sistemática de la norma de normas la que, sin desconocer la regla de la justicia rogada en el control de constitucionalidad, autoriza a la Corte Constitucional para fundar su decisión incluso en normas que no han sido indicadas por el demandante como fundamento de su acción pública, pero que sí son determinantes en la toma de la decisión que garantice la supremacía constitucional³⁹.

1. En el presente caso, la demanda plantea la vulneración de tres normas constitucionales que se encuentran ligadas y cuya interpretación y efectos son interdependientes, como se explicará a continuación: el artículo 2 de la Constitución Política, relativo a los fines del Estado, el artículo 13 de la Constitución, relativo al principio y derecho a la igualdad, así como el artículo 23 superior y las normas del bloque de constitucionalidad que resultan concordantes con el mismo, relativo al derecho al trabajo y al principio de progresividad. Una interpretación sistemática de las tres normas consideradas como vulneradas, permitirá determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal bajo examen, relativa al fomento del empleo formal y la creación de empresa por parte de jóvenes menores de 28 años. Para esto, previamente, será necesario precisar la relación que existe entre los fines del Estado, en concreto los relativos a la búsqueda de la prosperidad general y la vigencia de un orden justo, con el principio de igualdad, para a continuación precisar el alcance del principio de progresividad y su relación con los fines constitucionales y el principio constitucional expuesto.

a. La prosperidad general, el orden justo y la igualdad material

1. En el Estado Social de Derecho la legitimidad de la actividad pública no se explica solamente a través del cumplimiento formal del ordenamiento jurídico, de los deberes y el respeto de los límites impuestos, sino además exige que la actividad desplegada vaya dirigida a la satisfacción de los fines constitucionales del Estado, lo que quiere significar que

la existencia misma del poder público se justifica en razón de la validez de los fines que persiga⁴⁰. De esta manera, a través del artículo 2 de la Constitución Política, el Constituyente estableció unos parámetros superiores de lo que constitucionalmente se entiende por interés general: el servicio a la comunidad; la prosperidad general; la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; la defensa la independencia nacional; la integridad territorial; la convivencia pacífica; la vigencia de un orden justo; la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades; y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De esta manera, esta norma constitucional guía la actividad pública en todas sus manifestaciones y determina, por consiguiente, un parámetro de control de la misma, al establecer un criterio constitucional para la identificación del desvío del poder público⁴¹. También, la determinación constitucional de los fines esenciales del Estado es, al mismo tiempo, razón de ser de la responsabilidad de los agentes públicos y criterio para su determinación⁴², aunque la consecución de los fines esenciales del Estado no sea responsabilidad exclusiva de los servidores públicos, ya que la Constitución también radica responsabilidades respecto de su logro en cabeza de los particulares que ejercen funciones públicas, del contratista del Estado, en tanto que colaborador de la administración pública⁴³, del prestador de servicios públicos, de la sociedad y de la familia⁴⁴. Esto confirma que la Constitución no estableció responsabilidades exclusivas y excluyentes en la consecución de dichos fines respecto de determinada rama del poder público o de determinada autoridad, sino que confió su logro en las distintas ramas y órganos del Estado, en colaboración armónica e incluso en los particulares en cumplimiento de sus responsabilidades y deberes constitucionales.

1. De manera concordante con su esencia teleológica y no meramente dispositiva, la enunciación constitucional de los fines esenciales del Estado no recurrió a la técnica normativa de la regla, sino a la determinación de objetivos valiosos para el constituyente, que no sólo determinan la constitucionalidad de determinada actividad pública, incluso normativa, en razón de los fines concretos que persigue, sino de los medios de los que se vale la autoridad para el ejercicio de sus funciones, en el entendido de que los instrumentos otorgados deben ser necesarios para la materialización de dichos fines⁴⁵. Así, a pesar de que

la escogencia de los medios adecuados para la consecución de los fines constitucionales haga parte de las competencias amplias del Congreso de la República⁴⁶, esta Corte ha identificado ciertos instrumentos que resultan imprescindibles para el logro de los fines esenciales del Estado: los servicios públicos⁴⁷; los sistemas de seguridad social⁴⁸; la intervención del Estado en la economía⁴⁹; los contratos de la administración pública⁵⁰ y las prerrogativas exorbitantes reconocidas en dichas relaciones contractuales⁵¹; el sistema de administración de personal de carrera administrativa⁵²; los tributos⁵³; el presupuesto y el gasto públicos⁵⁴; y la educación⁵⁵.

1. Respecto de la educación como instrumento para el logro de fines esenciales del Estado, tales como la prosperidad general, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que esto no implica que la acción del Estado en materia de educación deba ser idéntica en todos los niveles de la educación y respecto de todos los educandos, usuarios del servicio público. Así, por ejemplo, el carácter gratuito obligatorio depende del nivel educativo al que se refiera⁵⁶ y, las becas otorgadas en otros niveles a ciertos estudiantes, debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que se adecúen al principio de igualdad⁵⁷. En otra ocasión, esta Corte declaró que un Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España, al promover el turismo en Colombia, era constitucional por tratarse de un instrumento para promover la prosperidad general, incluso si no todas las personas resulten beneficiadas directa o indirectamente del desarrollo del sector turístico⁵⁸.

1. Estos precedentes ponen de relieve el vínculo estrecho que existe entre los fines del Estado y el principio de igualdad, en la medida que para el logro de dichos objetivos, los distintos instrumentos al servicio de la acción pública deben ser concebidos y utilizados de una manera acorde con dicho principio, no sólo en razón del carácter limitado de los recursos del Estado, sino sobre todo por la necesaria adecuación de los medios, respecto de las necesidades y las particularidades de los destinatarios de la acción estatal. La relación entre los fines del Estado y el principio de igualdad busca así evitar que una actividad formalmente igualitaria del Estado en pro de dichos fines, sea ineficaz frente al objetivo y termine, en

realidad, sacrificando su realización. En otras palabras, fines como el del logro de la prosperidad general no exige, de manera alguna, una actividad estatal idéntica en todos los sectores y respecto de todas las personas, ya que según las circunstancias, esto significaría afectar el fin esencial del Estado de asegurar la vigencia de un orden justo⁵⁹, el que subyace en el mandato de propender por la igualdad material y no simplemente formal⁶⁰. Esto quiere decir que en el caso bajo examen, la manera de determinar si existe vulneración del artículo segundo de la Constitución Política, en lo relativo al fin esencial del Estado de propender por la prosperidad general, consiste en determinar si la medida de fomento discutida, que busca la prosperidad de un grupo de la población, mediante el estímulo a la generación de empleo formal y de creación de empresas, consulta el principio de igualdad material. Desligar del principio de igualdad el examen de la constitucionalidad de los medios utilizados, para el logro de los fines esenciales del Estado, en el presente caso, sólo sería posible en una interpretación aislada, literal y no sistemática de la Constitución, contraria a la interpretación constitucional, en los términos explicados.

b. La progresividad en el contenido prestacional de los derechos constitucionales y la igualdad material

1. El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el “Protocolo de San Salvador”, estableció en su preámbulo que este instrumento internacional se adoptó “(...) con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades (...)” (negritas agregadas). Por su parte, el artículo 1 del Protocolo impuso a los Estados miembros el deber de adoptar medidas “(...) a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo” (negritas no originales). A partir de estos contenidos normativos, la jurisprudencia constitucional ha identificado la existencia del principio de progresividad y ha precisado sus manifestaciones, incluidas las reglas que de él se desprenden.

1. En un primer momento la jurisprudencia constitucional consideró que el principio de progresividad se predicaba exclusivamente de los derechos económicos, sociales y culturales, esto en razón de la génesis misma del principio en el Protocolo relativo a éstos⁶¹ y de la teoría de las generaciones de los derechos, aunque ya en ese mismo precedente se consideró, de manera amplia, que “la garantía de los derechos civiles supone en muchos casos deberes de intervención de las autoridades”⁶². Por esta razón, en posteriores pronunciamientos se reconoció que la efectividad de todos los derechos constitucionales, independientemente de la categoría a la que pertenecieran, implicaba no sólo deberes de abstención, sino también una cierta actividad prestacional por parte del Estado, necesaria para crear las condiciones materiales, económicas e institucionales, propicias para su ejercicio pleno. En este sentido, se reconoció que el ámbito de aplicación del principio de progresividad no se limitaba a los derechos sociales, económicos y culturales, sino que tenía un espectro más amplio que se predicaba del contenido prestacional de cualquier derecho constitucional. Así, en la sentencia C-372 de 2011 se precisó que “(...) todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo (...) los derechos civiles y políticos también requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos (...) la libertad de configuración del legislador de dichos contenidos abiertos e indeterminados no es absoluta; el legislador está sujeto a los principios de no discriminación y progresividad y no regresividad -cuando se trata de contenidos prestacionales-, entre otros” (negrillas agregadas). Respecto del derecho al trabajo, su efectividad requiere una serie importante de instituciones públicas y medidas, tales como las políticas públicas, en pro de la protección de los trabajadores y la creación de puestos formales de trabajo en condiciones de dignas y justas⁶³. Esto significa que respecto del derecho al trabajo, resultan aplicables los mandatos derivados del principio de progresividad.

1. A pesar de que en ocasiones la jurisprudencia de esta Corte ha utilizado la expresión “principio de progresividad y no regresión”⁶⁴, el que implicaría que la no regresión también es un principio, como incluso se ha afirmado expresamente⁶⁵, la jurisprudencia más reciente se ha referido al principio de progresividad y a la regla de no regresión⁶⁶, como categorías jurídicas distintas: un principio y una regla, aunque estrechamente vinculadas. Se trata de

una relación de género a especie, en la que la prohibición no absoluta de regresión (regla) es una de las manifestaciones del principio de progresividad⁶⁷ el que, antes que una obligación de no hacer (el regreso arbitrario en el contenido prestacional de los derechos), implica una obligación amplia de hacer, cada vez más exigente para “lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad”⁶⁸ del contenido prestacional de los derechos constitucionales.

1. En este sentido, mientras que “El mandato de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”, la “(...) prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada”⁶⁹.

1. Son justamente las diferencias que existen entre el principio de progresividad y la regla de la no regresión las que implican técnicas diferentes del control de constitucionalidad del respeto del uno o de la otra. Así, el control del cumplimiento de la no regresión (prohibición no absoluta, en cuanto regla) ha sido establecido a través de una presunción de inconstitucionalidad de cualquier medida que, en comparación con la que resultó derogada o modificada, resulte menos garantista, protectora o disminuya el contenido prestacional del derecho en cuestión⁷⁰. Para desvirtuar tal presunción, la norma cuestionada debe superar un juicio estricto de constitucionalidad denominado “juicio de progresividad y no regresión”⁷¹, en el que la medida considerada regresiva será constitucional si se verifica la presencia de “imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho”⁷².

1. Por consiguiente, para determinar la constitucionalidad de una medida regresiva, ésta debe reunir las siguientes características, que componen el juicio de no regresión: es necesario que la medida (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado⁷³.

1. Por el contrario, el juzgamiento de la constitucionalidad de una medida considerada como contraria al principio de progresividad o, de la ausencia de la misma, resulta más complejo en razón de la textura abierta de los principios. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado las manifestaciones del principio de progresividad, lo que permite, en concreto, la identificación de parámetros de control del cumplimiento del mismo. Así, se han identificado cuatro concretizaciones del principio de progresividad, a saber: “(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos” (subrayas agregadas)⁷⁴.

1. Sólo la cuarta de las manifestaciones del principio de progresividad, es decir, la regla de prohibición de retroceso, implica una obligación de no hacer cuyo incumplimiento resulta identificable por parte de la Corte Constitucional, a través del juicio de no regresión, ya explicado. Respecto de las tres primeras manifestaciones del principio de progresividad (la satisfacción de mínimos, las políticas y medidas respetuosas del principio de igualdad y la acción del Estado a través de medidas positivas), al tratarse de obligaciones de hacer, el control de constitucionalidad se enfrenta a una diferencia equivalente a establecida entre las omisiones legislativas absolutas, cuyo control escapa, según la jurisprudencia constitucional, a las competencias de la Corte Constitucional, en razón de la ausencia de objeto de

control⁷⁵, y las omisiones legislativas relativas, éstas sí controlables. Esto no quiere decir que la acusación de vulneración del principio de progresividad deba ser sometida en todos los casos al test propio de las omisiones legislativas relativas⁷⁶, ya que esto dependerá de cada caso concreto⁷⁷.

1. Así, cuando como en el presente caso la acusación de vulneración al principio de progresividad no consiste en la falta de satisfacción de los mínimos prestacionales de los derechos constitucionales o en la ausencia total de medidas que propendan por el avance en la eficacia de los derechos, sino se trata, por el contrario, de acusar una medida progresiva, de fomento, es decir, una medida o política destinada a ampliar el rango de eficacia de un derecho constitucional, el criterio para evaluar su constitucionalidad consiste en el respeto del principio de igualdad.

1. De la misma manera como la interpretación constitucional sistemática, en el caso del examen de la validez de una medida considerada como contraria a los fines del Estado, en particular a la búsqueda de la prosperidad general, implica determinar la compatibilidad de la medida que propende por la prosperidad, con el principio de igualdad, la determinación de la constitucionalidad de una medida progresiva debe realizarse a la luz del mismo principio. Tanto la prosperidad general, como de la progresividad exigen la puesta en marcha de medidas y políticas públicas adaptadas a las circunstancias de cada caso, en pro del principio de eficacia y a las particularidades de los destinatarios, en pro del principio de igualdad, en la búsqueda de que la igualdad sea material.

1. En efecto, uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho es el de la superación de la igualdad formal ante la ley, conocida también como igualitarismo o igualdad matemática, para dar paso a la igualdad material, es decir, aquella adaptada y que permite tratos jurídicos diferenciados, con el fin de “remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo

de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos”⁷⁸. El mandato de propender porque la igualdad sea real, material o efectiva y no meramente formal o aparente, previsto en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política, se materializa en una regla de trato diferenciado o adaptado y de formulación de políticas públicas focalizadas, destinadas a corregir desigualdades de hecho de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad, así como respecto de los grupos tradicionalmente marginados o discriminados. De esta manera, las políticas públicas, incluida la legislativa, cuando consultan el principio de igualdad en pro de lograr la igualdad material, realizan una actividad estatal que se califica como equitativa⁷⁹.

1. Esto quiere decir que para que un trato que practique alguna forma de diferenciación, sea considerado como constitucional, es necesario que responda a criterios de razonabilidad⁸⁰, como una de las formas de excluir la arbitrariedad del Estado. La diferenciación, no es entonces en sí misma contraria al principio de igualdad, ya que, en realidad, puede resultar completamente ajustada al mismo y realizarlo de manera adecuada. Es por esta razón que la jurisprudencia ha entendido que una de las formas de alcanzar la igualdad material es a través de acciones afirmativas en beneficio de personas o grupos poblacionales que en razón de las dificultades que afrontan para el ejercicio pleno de los derechos o para acceder a ciertos bienes, requieran prerrogativas particulares, estímulos, impulso, beneficios o, en general medidas especiales para superar dichas barreras⁸¹. Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, las becas y los subsidios para el acceso a ciertas prestaciones, como los servicios públicos. Una de las formas especiales de acción afirmativa es la discriminación positiva, es decir, aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales⁸² (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad. Por lo tanto, se trata de medidas transitorias cuyo desmonte resulta del análisis de su eficacia en la superación de la desigualdad que combate⁸³.

1. Estas medidas se conocen también como formas de discriminación inversa⁸⁴ y se refieren, por ejemplo, a las cuotas de empleo público reservadas a mujeres⁸⁵. El fundamento de las políticas de acción afirmativa de igualdad, es el mismo artículo 13 de la Constitución Política el que dispone que “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”.

D. EL EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL FOMENTO AL EMPLEO Y CREACIÓN DE EMPRESAS POR PARTE DE MENORES DE 28 AÑOS A TRAVÉS DE UN JUICIO DE IGUALDAD

1. La necesaria interpretación constitucional sistemática, en el presente caso, implica que es a través del principio de igualdad, en su manifestación de igualdad material, como se juzgará la constitucionalidad de la medida de fomento bajo examen, respecto del fin esencial del Estado de buscar la prosperidad general, así como en lo que concierne al principio de progresividad en el contenido prestacional del derecho al trabajo. De esta manera, para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, es necesario determinar, la intensidad del test de igualdad que será aplicado al caso concreto.

a. La edad, un criterio neutro o semi sospechoso de discriminación negativa y la intensidad del test de igualdad

1. Con el fin de adecuar la intensidad o el rigor del juicio de igualdad respecto de las circunstancias particulares del trato bajo examen, la Corte Constitucional ha identificado ciertas categorías o criterios de diferenciación, que al ser utilizadas para poner en práctica un trato diferenciado resultan sospechosas de discriminación negativa, caso en el cual el test integrado de igualdad se realizará en su intensidad fuerte; algunas que resultan parcialmente sospechosas o semi sospechosas de discriminación negativa, caso en el cual el test tendrá

una intensidad intermedia; y, otras que son no sospechosas de discriminación negativa o neutras y que imponen la realización de un juicio débil de igualdad⁸⁶. La graduación del test de igualdad responde al nivel de riesgo de vulneración de derechos fundamentales que existe en el caso concreto. Así, mientras mayor sea el riesgo, en lo que nos interesa, por el recurso a criterios sospechosos de discriminación constitucional, más vigilante debe ser el juicio realizado por la Corte. En sentido contrario, cuando el riesgo sea menor, por el recurso a criterios neutros, el control debe ser más respetuoso de la potestad de configuración normativa del Congreso de la República.

1. El carácter sospechoso de un criterio de diferenciación hace referencia a las categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”⁸⁷. Se trata de criterios cuyo “uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros”⁸⁸.

1. A partir del examen de la edad como criterio para justificar el trato, la jurisprudencia constitucional tradicionalmente había considerado que se trataba, en todos los casos, de un criterio neutro de diferenciación, lo que justificaba que el examen de la razonabilidad del trato proferido a partir de dicho criterio debía ser débil por: (i) tratarse de un rasgo no permanente del ser humano y, por el contrario, ser una condición naturalmente cambiante, que no constituye, por lo tanto, un elemento que defina al ser humano, ni un obstáculo insuperable; (ii) no ser un criterio tradicionalmente asociado con factores de discriminación negativa o de menosprecio y, por esta razón, no encontrarse caracterizado como sospechoso dentro de la enunciación de formas de discriminación por las normas constitucionales o convencionales suscritas por Colombia; (iii) ser un criterio racional y equitativo para el reparto de bienes, derechos, o cargas sociales. En aplicación del test débil de igualdad, la

Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la edad mínima de 30 años para ejercer el cargo de notario⁸⁹, consideró que no existía vulneración del derecho a la igualdad al establecer beneficios de Colciencias para menores de 38 años⁹⁰, pero declaró inexecutable una norma que establecía la edad de 30 años como límite para acceder a la carrera diplomática y consular⁹¹.

1. Mediante la sentencia C-093 de 2001, al tiempo que esta Corte declaró la constitucionalidad de la norma que fijaba la edad de 25 años como mínima para poder adoptar, reiteró que la exigencia de una cierta edad mínima para acceder a derechos, cargos o situaciones jurídicas, era un criterio neutro de diferenciación, al resaltar que bastaba con el paso del tiempo para superar la barrera y, en realidad, las edades mínimas exigidas podían consultar criterios razonables como la exigencia de cierto desarrollo, madurez o experiencia⁹², a tal punto que la misma Constitución Política recurre al criterio de las edades mínimas para ejercer derechos o acceder a cargos públicos⁹³. No obstante, también reconoció que cuando la edad es utilizada como límite para acceder a un empleo o para acceder a una prestación o a un beneficio, se convierte en un criterio semi sospechoso de discriminación negativa, ya que la edad se convierte en una barrera que, una vez alcanzada, nunca podrá superar el ser humano. La Corte Constitucional reconoció entonces que con cierta frecuencia las edades límite son utilizadas como instrumento para discriminar de manera irrazonable a las personas que han superado la juventud y, particularmente, a las personas de la tercera edad, lo que resulta contrario al principio de igualdad⁹⁴. Es por esta razón que algunos instrumentos internacionales, que no hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluye la edad como uno de los factores posibles de discriminación, en su artículo 21. En un sentido equivalente se dirige la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, no suscrita aún por Colombia.

1. Fruto de un test intermedio de igualdad, esta Corte reprochó el límite de edad establecido para el uso de una piscina respecto de una mujer que requería tener acceso por razones

terapéuticas⁹⁸. Este tribunal declaró la constitucionalidad de la norma que dispone que la pensión de sobrevivientes tiene como beneficiarios, entre otros, a los hijos mayores de 18 años y hasta los 25, a condición de que estudien y dependan económicamente del pensionado⁹⁹. Reiteró la Corte que la edad puede ser un criterio legítimo, por ejemplo para impedir el ingreso de menores de edad a ciertos sitios o espectáculos¹⁰⁰, pero desproporcionado al someter la extensión de la licencia de maternidad a la madre adoptante a la condición de que el hijo adoptivo sea menor de 7 años¹⁰¹. Igualmente, mediante un test intermedio, la Corte Constitucional declaró inexecutable una norma que autorizaba a los guardianes municipales y departamentales de prisión para solicitar el ingreso al sistema de carrera de guardianes del INPEC, en el orden nacional, hasta la edad de los 40 años, a pesar de que para las personas exteriores que quisieran ingresar por concurso a dicha carrera se impone un límite de edad de 25 años¹⁰². También declaró inexecutable la condición para acceder a la pensión familiar de haber iniciado la relación conyugal o marital, antes de cumplir 55 años de edad¹⁰³.

1. Al confirmar el mayor rigor en el control de medidas que imponen edades máximas para acceder a cargos, derechos o prestaciones, esta Corte explicó que cuando la edad tope no supera el juicio intermedio de igualdad, debe concluirse su inconstitucionalidad ya que a la persona “se la discrimina por no ser suficientemente joven”¹⁰⁴. Las acciones afirmativas de igualdad, también han sido sometidas a un test intermedio de igualdad¹⁰⁵. En estos términos, la medida que actualmente se encuentra bajo examen de constitucionalidad deberá ser sometida a un test intermedio de igualdad al (i) establecer un límite de edad de 28 años para el acceso al sistema de beneficios que la norma prevé para la creación de empresas y de fuentes de empleo formal y (ii) al tratarse de una medida que prima facie constituye una acción afirmativa de igualdad.

b. La razonabilidad de la medida de fomento al empleo y la creación de empresas por parte de jóvenes menores de 28 años

1. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades del principio de proporcionalidad. No obstante sus diferentes manifestaciones, cumple fundamentalmente

el rol de guiar la labor del legislador en el desarrollo de los mandatos constitucionales y determinar, a la vez, un parámetro para juzgar la validez de medidas que impliquen restricciones a normas constitucionales que admiten ponderación, es decir, aquellas que establecen mandatos no definitivos o mandatos prima facie como ocurre con las normas que reconocen el derecho de todas las personas a la igualdad (art. 13), a la personalidad jurídica (art. 14), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) o a la libertad de locomoción (art. 24). Dicho principio pierde significativa relevancia cuando se examinan afectaciones a mandatos definitivos o reglas, tal y como ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de pena de muerte (art. 11) o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12). Para destacar su especial importancia en la interpretación para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la Corte ha indicado:

“El principio de proporcionalidad está lógicamente implicado en la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, adoptada por esta Corporación. En ese sentido, los derechos indican propósitos particularmente valiosos para la sociedad que deben hacerse efectivos en la mayor medida, dentro de las posibilidades fácticas (medios disponibles) y las posibilidades jurídicas, que están dadas por la necesidad de garantizar, a la vez, eficacia a todos los derechos fundamentales e incluso a todos los principios constitucionales. El estudio de los medios se lleva a cabo mediante los principios de idoneidad (potencialidad del medio para alcanzar el fin), necesidad (ausencia de medidas alternativas para lograr el fin perseguido) y el estudio de los límites que cada derecho impone a otro, en el marco de un caso concreto, mediante el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, mediante la evaluación del grado de afectación (y eficacia) de los principios en conflicto, analizando la importancia de los principios en conflicto en un momento histórico determinado, la gravedad de la afectación de cada derecho, y la certeza de la afectación, a partir de la evidencia empírica presente en el caso concreto”¹⁰⁶.

1. A partir de tal premisa, este tribunal ha establecido que, sin perjuicio de otros métodos de interpretación y argumentación, es pertinente aplicar el juicio de proporcionalidad en aquellos casos en los que debe definirse si una restricción de normas que admiten diferentes grados y formas de realización –usualmente conocidas bajo la denominación de principios– es compatible con la Constitución¹⁰⁷. Se trata de un instrumento que con fundamento en la

obligación del Estado de garantizar la efectividad de los derechos establecidos en la Constitución (arts. 2, 4, 6 y 241) tiene por objeto evitar restricciones excesivas (interdicción de exceso) y protecciones insuficientes (interdicción de la infraprotección). Por ello entonces la proporcionalidad es entonces también una categoría de cardinal relevancia para asegurar la exclusión de la arbitrariedad o del capricho.

1. En esta oportunidad la Corte ha constatado la existencia de diferentes perspectivas en relación con las exigencias que se desprenden del referido principio y, en particular, con la estructura del juicio de proporcionalidad. En atención a ello, la Sala Plena considera pertinente identificar los criterios generales que deben orientar la aplicación de dicho principio, a través del método del test o juicio de proporcionalidad.

1. La Corte ha señalado que el juicio de proporcionalidad no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los casos. De proceder así las competencias de los diferentes órganos del Estado, así como las posibilidades de actuación de los particulares en ejercicio de la libre iniciativa privada, podrían resultar anuladas o afectadas gravemente. En esa dirección la Sala Plena de este tribunal ha indicado:

“La graduación del juicio toma nota de que existen materias o formas de conducta que tienen un impacto o relevancia constitucional especial y, en esa medida, el examen de la regulación debe resultar especialmente cuidadosa, al paso que existen ciertos asuntos que pese a no ser totalmente irrelevantes para la Constitución, no tienen un efecto directo en ella de manera que pueden existir múltiples opciones regulatorias. En la sentencia C-093 de 2001 la Corte se ocupó de enfrentar las objeciones formuladas en contra de la aplicación de juicios de diferente intensidad:

“Ahora bien, la posibilidad de realizar análisis de constitucionalidad de distinta intensidad ha sido cuestionada por algunos analistas, que consideran que esa metodología implica que el juez constitucional renuncia a ejercer sus responsabilidades pues, al realizar un escrutinio suave o intermedio, esta Corporación estaría, en ciertos casos, permitiendo que regulaciones levemente inconstitucionales se mantuvieran en el ordenamiento. Según estas perspectivas,

el control constitucional debe ser siempre estricto y fuerte, pues la Corte tiene como función garantizar la integridad y supremacía de la Carta en todos los ámbitos (CP art 241), por lo cual debe, en todos los casos, garantizar que las normas revisadas se ajusten, en forma estricta, a los postulados y mandatos constitucionales, ya que la Constitución es norma de normas (CP art 4º).

La Corte considera que esa posición es respetable pero que no es de recibo, ya que parte de un equívoco conceptual, puesto que confunde la flexibilidad del escrutinio constitucional con una erosión de la supremacía constitucional y un abandono por parte del juez constitucional de sus responsabilidades. Sin embargo la situación es muy diferente: es la propia Constitución la que impone la obligación al juez constitucional de adelantar, en ciertos casos y materias, un escrutinio constitucional más dúctil, precisamente para respetar principios de raigambre constitucional, como la separación de poderes, la libertad de configuración del Legislador, la participación democrática, el pluralismo y la autonomía de los particulares.”

1. Con apoyo en esta consideración, la Corte ha advertido que en función de su intensidad el juicio de proporcionalidad puede ser débil, intermedio o estricto. La intensidad incide, o bien en lo que exige la aplicación de cada uno de los pasos que componen el juicio, o bien en la relevancia de algunos de sus pasos. A continuación, retomando las reglas establecidas en la sentencia C-673 de 2001, se precisa su estructura.

1. El juicio de proporcionalidad de intensidad estricta exige verificar, previamente, (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello se establece, debe determinarse si tal medio resulta (ii) efectivamente conducente, (iii) necesario y (iv) proporcionado en sentido estricto. Se trata de una revisión rigurosa de la justificación de la medida juzgada y se aplica, entre otros casos, en aquellos en los que la medida supone el empleo de categorías sospechosas, afecta a grupos especialmente

protegidos, o impacta el goce de un derecho constitucional fundamental.

1. El juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia exige establecer, en un primer momento, si la medida (i) se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante. Una vez ello se comprueba, debe establecerse si resulta (ii) efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito. El examen intermedio ha sido aplicado por la Corte en aquellos casos en los que la medida acusada se apoya en el uso de categorías semisospechosas, afecta el goce de un derecho constitucional no fundamental o constituye un mecanismo de discriminación inversa.

1. El juicio de proporcionalidad de intensidad débil impone determinar, inicialmente, si la medida (i) persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada. La Corte ha considerado pertinente aplicar este juicio cuando se juzgan, entre otras, medidas adoptadas en desarrollo de competencias constitucionales específicas o de naturaleza tributaria o económica.

1. Es necesario advertir que el juicio de proporcionalidad, en todos estos casos, se encuentra precedido de un examen que tiene por propósito definir si la medida cuyo juzgamiento se pretende está directamente proscrita por la Carta. Así por ejemplo, no resulta permitido acudir a medidas como la tortura y las penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12), la prisión perpetua o el destierro (art. 34) o la expropiación sin indemnización (arts. 58 y 59).

1. En cada caso deberá el juez valorar las diferentes razones que concurren para fundamentar la intensidad del juicio, de acuerdo con los criterios jurisprudencialmente establecidos, sin que le sea vedado, de manera razonada y a la luz del caso concreto,

incrementar o disminuir la intensidad. Esta decisión, previa al desarrollo del juicio propiamente dicho, es determinante del margen de acción o actuación del creador o autor de la medida que se somete al juzgamiento de este tribunal. En efecto, la posibilidad de que la norma o actuación examinada sea declarada inconstitucional es mayor en aquellos casos en los que se impone la superación de un examen estricto, mientras que ocurre lo opuesto cuando se trata de la justificación de un juicio débil.

a. La finalidad debe ser legítima e importante

1. La finalidad general de la Ley 1429 de 2010 fue analizada por esta Corte, para efectos de resolver un cargo relativo a la violación de la unidad de materia. Allí se sostuvo:

“En este orden de ideas, en la exposición de motivos del Proyecto que dio origen a la Ley 1429 de 2010 se expresó que la norma buscaba “romper el cuello de botella de la informalidad empresarial y laboral en Colombia, así como facilitar la vinculación laboral de los jóvenes. En efecto, la informalidad tanto empresarial como laboral es una de las problemáticas que más afectan la productividad y el desarrollo del sector privado, además de convertirse en un obstáculo infranqueable en la reducción de la pobreza”. Para enfrentar dicho reto, la Ley propone facilitar el crecimiento de las micro y medianas empresas, para que generen empleos formales, así como para incentivar que aquellas que viven en la informalidad pasen a legalizarse. Para ello se busca simplificar los trámites de la formalización, generar beneficios tributarios e incentivar la vinculación de jóvenes al mercado laboral (...) Por el contrario, los destinatarios de las medidas adoptadas en la Ley 1429 de 2010 son las personas jóvenes que no han podido ingresar al mercado productivo o aquellas que se encuentran en la informalidad, por lo tanto, no existe ningún tipo de relación teleológica, temática o causal entre el citado artículo 23 que permita concluir que el traspaso de competencias entre entidades, incentivará la creación de empresa, así mismo los trámites de inscripción de la personería jurídica de las asociaciones de pensionados no tienen incidencia alguna con las cargas generadas por los empleadores dentro de la relación laboral” (negritas agregadas)¹⁰⁹.

1. Resulta relevante considerar que la Ley 1429 de 2010 es, en general, un conjunto normativo de medidas de acción afirmativa. Así, además de la norma controvertida, establece, por ejemplo, normas especiales para la creación de empleo en el sector rural (literal b, del artículo 3); otras en beneficio de desplazados, personas en proceso de reintegración y discapacitados, así como en favor de las madres y padres cabeza de familia (artículo 10); programas en beneficio de mujeres mayores de 40 años que se encuentren en una situación de desempleo que supere los 12 meses (artículo 11); así como otras medidas en beneficio de personas que la ley califica como de bajos ingresos (artículo 13). Además, ciertos instrumentos de fomento los profundiza y modula para los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, en razón de las particularidades de allí presentes (parágrafo 3 del artículo 3). Por demás, en su intervención la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI, pone de presente cómo el Gobierno Nacional ha puesto en marcha varios programas y políticas públicas que fomentan, a través de distintos beneficios, el emprendimiento, sin exigencia de la edad de los beneficiarios.

1. La generación de fuentes de empleo para los jóvenes, dependiente o independiente a través de la creación de empresa, buscó responder a una problemática que fue diagnosticada en la exposición de motivos de la ley:

“Uno de los principales retos que enfrenta el país actualmente, si no el principal, es la generación de empleo formal. En 2009 la tasa de desempleo promedio se mantuvo en 12% a nivel nacional (en trece ciudades fue 13.0%) y alrededor del 61% de la población ocupada no cotizó a seguridad social (...) Históricamente, la falta de generación de puestos de trabajo formales por parte del sector empresarial ha afectado particularmente a la población de bajos ingresos y a los jóvenes. Estos últimos, han enfrentado tasas de desempleo alrededor del 20% durante los últimos diez años (22,2% para el total nacional en el trimestre móvil abril-junio 2010), mientras que en la población mayor de 25 años la cifra llega al 10% (es decir, el desempleo de los jóvenes es más del doble que el de los mayores de 25 años). Por ende, lograr que los colombianos, y en especial que los más jóvenes y los trabajadores de menores ingresos, tengan acceso a empleos formales, con seguridad social y prestaciones que mitiguen los varios riesgos que enfrenta la población, y que perciban un ingreso estable que como elemento fundamental para lograr un mayor nivel de bienestar, se deben convertir

en objetivos centrales del Estado y de toda la sociedad”¹¹⁰.

1. Si bien es cierto que la exposición de motivos citada refería los 25 años como la edad promedio para la superación de los obstáculos para el acceso a los empleos formales, fruto de la acumulación de distintos proyectos de ley que focalizaban la acción de fomento en edades distintas de los jóvenes¹¹¹, desde la ponencia para primer debate se pone de presente, a partir de datos estadísticos suministrados por el DANE, que las dificultades para el acceso al empleo formal se superan, en promedio, con posterioridad a los 30 años¹¹² y, por consiguiente, el proyecto acumulado ya fijaba la edad de 28 años como límite para la focalización de las medidas de fomento que aquí se analizan¹¹³. Ahora bien, los datos estadísticos del DANE que fundamentaron la focalización de las medidas bajo examen, muestran que las tasas de desempleo anteriores y posteriores a la adopción de la ley fueron distintas entre los grupos que se encuentran entre los 18 y los 28 años y aquellos que superan los 29 años, por lo que resulta lógico concluir que el informe de ponencia que justificaba las medidas en favor de los menores de 28 años, se refería a los datos que fijaban los 29 años como edad promedio de superación de las dificultades puestas de presente. Esto quiere decir que la decisión de determinar los 28 años como criterio para la diferenciación, resultaba sustentada en un diagnóstico probado y no era la consecuencia de una decisión irracional o arbitraria del legislador. Dichas estadísticas fueron suministradas por el Ministerio del Trabajo, en su intervención en el presente proceso:

Tasa de Desempleo en Colombia Grupos Etarios

Fuente: FILCO -Mintrabajo a partir de GEIH-DANE

1. Con posterioridad a la expedición de la ley que contiene la norma bajo examen, el legislador reiteró la edad de 28 años como un criterio para la focalización de medidas de acción afirmativa de igualdad. Así, el artículo 5 de la Ley 1622 de 2013, Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil, modificó la definición de joven que existía en la

Ley 375 de 1997 y que la fijaba entre las edades de los 14 a los 26 años, para adoptar, en adelante, la siguiente definición: “Para efectos de la presente ley se entenderá como: 1. Joven. Toda persona entre 14 y 28 años cumplidos en proceso de consolidación de su autonomía intelectual, física, moral, económica, social y cultural que hace parte de una comunidad política y en ese sentido ejerce su ciudadanía”. Dicha definición se fundamentó, entre otras razones, en los problemas de acceso al empleo formal que aquejan a esta población¹¹⁴ y fue declarada constitucional por esta Corte, al considerar que “(...) la medida legislativa de aumentar el rango de edad de la juventud va en consonancia con lo contemplado en instrumentos internacionales y se ajusta a la realidad laboral, educativa y social de la juventud, habida cuenta que se reconocen derechos, deberes y capacidad para participar activamente en la conformación de planes y políticas que propendan por el desarrollo de la juventud o que los afecten” (negritas agregadas)¹¹⁵. Finalmente, la Ley 1780 de 2016 Por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado del trabajo y se dictan otras disposiciones, constituye un esfuerzo adicional en la formulación de medidas adicionales de fomento al empleo y al emprendimiento juvenil de técnicos, tecnólogos y profesionales los que, a pesar de su capacitación, no encuentran el ambiente propicio para desarrollar sus potencialidades. En la exposición de motivos de esta reciente ley se explicó, de la siguiente manera, la razón de la focalización de las medidas en jóvenes menores de 28 años:

“La tasa de desempleo de la población joven comprendida entre los 18 y 28 años de edad también ha compartido la misma evolución que la tasa de desempleo global. Sin embargo, la brecha persistente entre los jóvenes y el resto de la población sigue siendo considerable. Hecho que se reafirma al revisar la calidad del empleo vista a partir de la formalidad. Para el año 2014, el 64.2% de los jóvenes entre 18 y 28 años no cotizaron a pensiones, comparado al 62% del total de la población general.

La problemática del empleo juvenil se acentúa en las zonas rurales. Según información del Conpes 173 de 2014, se hace evidente la existencia de brechas importantes entre las zonas urbanas y rurales en cuanto a la población juvenil. Resalta la alta participación laboral en las zonas rurales de los jóvenes y la alta ocupación. Esto se deriva en bajas tasas de desempleo. Sin embargo y similar a lo que sucede con el total de población, esto implica graves problemas de calidad del empleo, ambientes laborales precarios y baja protección laboral y de seguridad social”¹¹⁶.

1. En estos términos, puede concluirse que la finalidad buscada por la norma bajo examen era la de crear instrumentos para materializar el mandato constitucional de propugnar por crear condiciones de igualdad material, respecto de un grupo poblacional sensiblemente afectado por el desempleo y el empleo informal y precario, no sólo en Colombia¹¹⁷ y constituye una situación particularmente problemática en el Estado Social de Derecho en donde la prosperidad de los jóvenes es directamente considerada como esencial por el inciso 2 del artículo 45 de la Constitución Política¹¹⁸. De esta manera se modula el mandato de prosperidad general, respecto del mandato específico de prosperidad de los jóvenes. Se trata de una medida de acción afirmativa de igualdad, del tipo de promoción y facilitación¹¹⁹, que busca garantizar de manera efectiva y consultando el principio de progresividad, derechos fundamentales tales como el trabajo en condiciones dignas y justas, prioridad en el Estado Social de Derecho¹²⁰ (artículo 25 de la Constitución Política, artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la seguridad social (artículo 48 de la Constitución Política) y el mínimo vital de la población juvenil, al tiempo que consulta los fines constitucionales de prosperidad general y la vigencia de un orden justo, caracterizado por la igualdad material, como quedó explicado en la presente sentencia. Se trata de fines que en razón de su directa vinculación con principios constitucionales, fines esenciales del Estado y derechos fundamentales previstos en la Constitución Política y en el Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, resultan no solamente legítimos, sino particularmente importantes.

b. La idoneidad y conducencia del medio

1. El legislador tomó en consideración las distintas causas de la informalidad en el trabajo juvenil y, en el caso de la norma bajo examen, buscó afrontar las dificultades de financiación que se constituyen en un importante obstáculo para la creación de empresa y puestos formales de trabajo por parte de los jóvenes los que, en razón de la ausencia de experiencia suficiente, capital constituido, respaldo financiero e, incluso, dificultad de los trámites que deben ser sorteados para la formalización, muchas veces no tienen acceso al crédito en las

condiciones ordinarias.

1. La efectiva conducencia de estos instrumentos para impulsar o fomentar la formalización empresarial y de trabajo juvenil no podría ser solamente analizada en abstracto, ya que se requiere demostrar, con cierto grado de certeza, que las medidas resultan aptas para alcanzar dichos fines. En el presente caso, dos fuentes permiten determinar que los instrumentos que buscan facilitar el acceso al crédito son medios efectivos para la creación de empresas y trabajos formales por parte de la población juvenil focalizada por la norma: por una parte, al tratarse de una norma que ha surtido efectos desde su promulgación en el año 2010, es posible evaluar su impacto respecto de los fines previstos. En este sentido, resulta bastante relevante el análisis de los datos estadísticos presentados por el Ministerio de Trabajo en el presente proceso, ya que éstos muestran que la tasa de desempleo que afecta a los jóvenes menores de 28 años alcanzó su punto más alto en el año 2009, lo que motivó la expedición de la presente ley y que, a partir del año 2010, la tendencia fue de constante descenso, lo que indica la efectiva conducencia de esta y las otras medidas de fomento que la ley bajo examen formuló y que implementaron políticas públicas eficaces en el combate de esta grave problemática. Igualmente, la información suministrada en el presente proceso por parte del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, pone de presente el impacto positivo que han tenido este tipo de medidas en el desarrollo empresarial del país, particularmente a través de la creación de nuevas empresas¹²¹. Por otra parte, la conducencia efectiva de los instrumentos analizados se refuerza por el hecho de que cuando el legislador expidió la reciente Ley 1780 de 2016, Por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado del trabajo, tomó en consideración el antecedente de las políticas de fomento instauradas por la Ley 1429 de 2010 y su efectividad en la generación de empleo y empresa juvenil y, al tiempo que las mantuvo, introdujo nuevas medidas que consideró necesarias para continuar profundizando la disminución del desempleo juvenil y el empleo informal, de acuerdo con la información suministrada por el DANE. Así, se consideró que era necesario continuar luchando contra las barreras del acceso al empleo formal por parte de la población juvenil¹²².

1. Difícilmente podría establecerse una relación directa de causa a efecto absoluta entre la expedición de este tipo de normas de fomento y la creación de empresas y empleo formales, ya que para esto intervienen, además, una serie de factores económicos y sociales que escapan al simple marco normativo. No obstante, resulta evidente que la disminución de obstáculos, así como las medidas de apoyo e incentivo contribuyen a la consecución de los objetivos que fueron alcanzados¹²³, al alterar, de manera efectiva, la relación costo-beneficio entre la informalidad empresarial y laboral y la formalidad¹²⁴.

1. La medida bajo examen, si bien tiene unos destinatarios específicos, genera efectos positivos generales no sólo en términos macroeconómicos, sino también en la generación de fuentes de empleo sin distinción de edad por parte de las empresas creadas, así como aportes tanto tributarios, como al sistema de seguridad social, en razón de la formalización empresarial y del trabajo. En este sentido, la creación de empleo juvenil formal consiste en una medida idónea para la sostenibilidad de la ecuación pensional, en la que el régimen se estructura a partir de un esquema de capitalización o de aportes piramidal en el que una parte de la financiación de las pensiones reconocidas se sufraga con los aportes de los nuevos afiliados al sistema pensional.

1. En estos términos, la norma demandada será declarada exequible, al tratarse de una medida inspirada en el principio de igualdad, en particular, en la búsqueda de crear condiciones de igualdad material¹²⁵. Es una medida razonable, proporcionada y progresiva en cuanto al contenido prestacional del derecho constitucional al trabajo, que propende por la consecución de fines constitucionales como la prosperidad general, la vigencia de un orden justo y, en particular, la prosperidad de los jóvenes, identificada como un fin especial constitucional en el inciso 2 del artículo 45 de la Constitución Política. Si bien es cierto que no es una medida con vocación a ser aplicada respecto de toda la población, sino a un segmento específico de la misma, la Corte Constitucional encontró que su focalización se basa en criterios razonables y no en una decisión caprichosa o arbitraria del legislador. Por esta razón, como resultado del juicio realizado, es posible concluir que la norma que limita estas medidas de fomento a la población menor de 28 años, no discrimina a la población que

supere dicha edad por no ser suficientemente joven, sino que toma en cuenta la situación particularmente difícil en la que se encuentran los jóvenes menores de 28 años y que requiere una atención especial por parte del Estado, en pro de materializar el Estado Social de Derecho.

III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, los apartes demandados del artículo 3, literal a (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Vicepresidente

Con aclaración de voto

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ANTONIO JOSÉ LIZAARAZO OCAMPO

Magistrado (E)

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA C-115/17

LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO-Se debió declarar la exequibilidad condicionada, de manera que las personas mayores de 28 años también pudieran ser beneficiarios de los programas de microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano (Salvamento de voto)

EDAD COMO CRITERIO SOSPECHOSO PARA EXCLUSION DE ACTIVIDAD O BENEFICIO-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)/TEST DE IGUALDAD-Edad como criterio de diferenciación (Salvamento de voto)

EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACION-Excluye inconstitucionalmente a aquellos que la Constitución ordena proteger o incluir (Salvamento de voto)

La diferencia de trato aquí establecida es discriminatoria respecto de diferentes grupos poblacionales distribuidos por edades. Sin embargo, los grupos que resultan excluidos en mayor medida está constituido por los adultos mayores y las personas de la tercera edad, justamente aquellos respecto de las cuales la Constitución dispone en el artículo 46, que el Estado concurra “para la protección y asistencia”.

LEY DE FORMALIZACION Y GENERACION DE EMPLEO-Medida que excluye del acceso a programas de crédito para empresas a los mayores de 28 años no satisface el principio de razón suficiente (Salvamento de voto)/PRERROGATIVAS PUBLICAS EN LA CONSTITUCION POLITICA VIGENTE-Deben ser razonables y proporcionadas (Salvamento de voto)

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Amplia potestad y límites en materia legislativa, sobre asuntos de intervención en la economía y diseño de programas de estímulos y beneficios sobre ciertos sectores de la población (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-11589

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal a) (parcial) del artículo 3º de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Actor: Laura Cecilia Álvarez Rugeles y Yolanda Blanco.

Magistrado Ponente:

Alejandro Linares Cantillo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, este Despacho se permite consignar las consideraciones que le llevaron a salvar el voto de lo resuelto en la Sentencia C-136 de 2017, por la que la Corte declaró la exequibilidad, por los cargos analizados, de las expresiones “jóvenes menores de 28 años”, contenida en el literal a) del artículo 3 de la Ley 1429 de 2010. Consideramos que la Sala debió declarar la exequibilidad condicionada del sintagma demandado, de manera que personas mayores de 28 años también pudieran ser beneficiarios de los programas de microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano.

Como tesis central señaló el sector mayoritario, que la norma era exequible, por ser una medida razonable, proporcionada y progresiva en relación con el derecho al trabajo, que propende por la prosperidad de los jóvenes, que es un fin especial constitucional establecido en el inciso segundo del artículo 45 de la Constitución Política. Adicionalmente señaló el fallo que “si bien es cierto que no es una medida con vocación a ser aplicada respecto de toda la población, sino a un segmento específico de la misma, la Corte Constitucional encontró que su focalización se basa en criterios razonables y no en una decisión caprichosa o arbitraria del legislador. Por esta razón, como resultado del juicio realizado, es posible concluir que la norma que limita estas medidas de fomento a la población menor de 28 años, no discrimina a la población que supere dicha edad por no ser suficientemente joven, sino que toma en

cuenta la situación particularmente difícil en la que se encuentran los jóvenes menores de 28 años y que requiere una atención especial por parte del Estado, en pro de materializar el Estado Social de Derecho”.

Ciertamente compartimos el argumento según el cual, la norma tiene como finalidad fomentar el emprendimiento, la iniciativa y el desarrollo empresarial entre los jóvenes. Sin embargo, y a diferencia de lo decidido por la mayoría de la Sala, consideramos que la exclusión que se efectuó en contra de las personas mayores de 28 años, constituye una diferencia de trato discriminatoria, que además de vulnerar el derecho a la igualdad, afecta el acceso al trabajo y la libertad de empresa de esas personas.

1. La edad como criterio sospechoso cuando se usa para excluir de una actividad o de un beneficio.

En la Sentencia C-093 de 2001, la Corte Constitucional advertía acerca de las dificultades constitucionales que trae la adopción de la edad como criterio de diferenciación y de los riesgos de discriminación personal, señalando finalmente, que la edad es un criterio semi-sospechoso de discriminación y que las medidas adoptadas con base en ella, deben ser objeto de un test intermedio de razonabilidad. Así señaló en aquella sentencia, que “cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio”¹²⁶.

Sin embargo advirtió en el mismo fallo, que no todas las veces concurría el test intermedio, pues la exclusión al empleo, el trabajo y otros beneficios por edad, puede erigirse en una diferencia de trato discriminatoria:

“37- A pesar de lo anterior, la Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio, por las siguientes tres razones: de un lado, las evidencias actuales muestran que la

discriminación tiende a dirigirse más en contra de las personas que han superado un umbral cronológico, pues son ellas quienes suelen ser excluidas de empleos o del acceso a ciertos beneficios”¹²⁷. (Resaltado fuera de texto)

Como consecuencia de lo anterior, nada se opone a que en determinados casos la diferencia de trato por edad, que excluye del trabajo o de beneficios relacionados con la vida digna, la supervivencia o el mínimo vital, sea sometida a test estricto de razonabilidad, el que de haber sido aplicado en este caso, habría conducido a una sentencia de constitucionalidad condicionada, que propiciara la inclusión de otros sectores de la población.

2. La diferencia de trato aceptada bajo el criterio de edad, excluye inconstitucionalmente, justamente a aquellos que la Constitución ordena proteger o incluir.

La diferencia de trato aquí establecida es discriminatoria respecto de diferentes grupos poblacionales distribuidos por edades. Sin embargo, los grupos que resultan excluidos en mayor medida está constituido por los adultos mayores y las personas de la tercera edad, justamente aquellos respecto de las cuales la Constitución dispone en el artículo 46, que el Estado concurra “para la protección y asistencia”.

Este hecho de suyo problemático, resulta aún más sensible si se considera que la Corte Constitucional, de un modo formalmente válido pero sustantivamente injusto, ha señalado en algunas de las salas de revisión, que la determinación específica de la “tercera edad” está relacionada con las cifras que arroje el DANE sobre la expectativa de vida en Colombia, lo que apunta a la cifra de 74 años de edad. De este modo, se dijo en la Sentencia T-037 de 2016:

“De acuerdo a lo anterior, esta Sala de Revisión considera que así como la tarea de determinar la edad pensional resulta propia del Congreso, quien deberá fijar desde cuando inicia la tercera edad para efectos de la procedencia de la acción de tutela, será dicha entidad. Por lo tanto, con el fin de proteger la naturaleza excepcional y subsidiaria de la misma, en la presente sentencia será adoptada como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años. Así, quienes cuenten con 74 años o más serán considerados sujetos de especial protección constitucional como pertenecientes a la tercera edad, razón por la cual el estudio de procedencia del amparo constitucional se realizará de manera flexible”¹²⁸. (Subrayado

dentro del texto)

Dentro de esta comprensión el tope de edad establecido en el literal a) del artículo 3 de la Ley 1429 de 2010, resulta excluyendo un gran segmento de la población (los menores de 74 años) que se supone es económicamente activa, pues no clasificaría dentro de la categoría de “tercera edad”, a la que paradójicamente por su edad y condiciones personales (vejez), el mercado laboral excluye como trabajador, y la ley demandada, como beneficiario de los programas de microcrédito y crédito orientados a empresas del sector rural y urbano.

De este modo se unen dos exclusiones, ambas constitucionalmente problemáticas: la que se deriva de las políticas y prácticas del mercado laboral colombiano, que prefiere a las personas jóvenes y evita a los adultos mayores, y la de las políticas públicas de promoción empresarial y de emprendimiento, que también evita a este segmento poblacional.

3. La medida que excluye del acceso a programas de crédito para empresas a los mayores de 28 años no satisface el principio de razón suficiente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha utilizado el principio de razón suficiente como criterio de evaluación de los actos administrativos, las decisiones judiciales y las medidas de carácter legislativo. Adicionalmente ha vinculado el mismo a los elementos del principio de proporcionalidad. Así, en la Sentencia C-836 de 2001 se lee que:

‘Como antes se vio, la noción de poder público que se deriva del Estatuto Superior se fundamenta en una autoridad que la trasciende, toda vez que sólo existe y se legitima a partir de su vinculación a los fines esenciales que, según la Constitución, el Estado está llamado a cumplir’.

‘En consecuencia, como ya fue mencionado, para que una prerrogativa pública se encuentre adecuada a la Constitución es necesario exista para cumplir una finalidad constitucionalmente legítima y que sea útil, necesaria y proporcionada a dicha finalidad’¹²⁹”¹³⁰. (Resaltado dentro del texto)

En este sentido, no basta con la expedición del acto administrativo, la decisión judicial o la medida legislativa, sino que todas ellas deben tener una motivación que sustente su consistencia y justifique su expedición, respetando además los criterios de razonabilidad y

proporcionalidad.

En el plano de los actos administrativos ha dicho la Corte, que la motivación debe cumplir con el principio de razón suficiente, es decir, que en el acto administrativo se observen con claridad y detalle “las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado¹³¹”¹³².

Dentro de la misma línea y respecto de las providencias judiciales, el Tribunal ha señalado, que los jueces tan solo pueden apartarse de la regla de la decisión de un fallo anterior, referenciando expresamente el precedente que abandona (principio de transparencia) y “(ii) en segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)”¹³³.

En el presente caso, el legislador instruyó al Gobierno Nacional para que diseñara y promoviera programas de microcrédito y crédito orientados a empresas “creadas por jóvenes menores de 28 años”, con exclusión del beneficio a los adultos, adultos mayores y personas de la tercera edad. Como justificación inmediata se apela a las cifras sobre desempleo proporcionadas por el Departamento Nacional de Estadística -DANE-¹³⁴ y el Departamento Nacional de Planeación -DNP-, de acuerdo con las cuales, “el 49,9% de los desempleados en el país son menores de 29 años, es decir de cada dos colombianos que no tienen trabajo, uno es un joven”¹³⁵.

Consideramos que esta justificación es correcta respecto de los fines de la medida, como lo es la promoción del ingreso de los jóvenes al circuito económico y empresarial, pero que no lo es respecto de la exclusión que establece, en tanto que no permite que un grueso sector de la población económicamente activa, pueda participar de los programas de promoción del emprendimiento en Colombia.

Reiteradamente se ha señalado, que el Congreso de la República cuenta con una amplia potestad en materia legislativa, en asuntos tales como la intervención en la economía y el diseño de programas de estímulo y beneficios sobre ciertos sectores de la población. Sin

embargo, también se ha dicho, que esa potestad tiene como límites la razonabilidad, la proporcionalidad y los derechos fundamentales de las personas que resulten excluidas de los referidos programas. En el presente caso la facultad fue ejercida de modo correcto, pero incompleto, habiendo surgido la necesidad de modular el fallo por parte de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-115/17

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Niveles de intensidad
(Aclaración de voto)

Expediente: D-11589

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3, literal a (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo.

Actoras: Laura Cecilia Alvarez Rugeles y Yolanda Blanco.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Fui ponente de la presente sentencia C-115 de 2017 mediante la cual se declaró la constitucionalidad de una serie de medidas de fomento para el trabajo y la creación de empresas por parte de jóvenes menores de 28 años. También de la sentencia C-I 14 de 2017 en la que se condicionó la constitucionalidad de una norma que limitaba a una sola vez, el cambio de nombre ante notario. Ambas decisiones fueron discutidas y aprobadas el mismo

día por la Sala Plena de la Corte. Tenían en común que para juzgar la constitucionalidad de las medidas que implicaban restricciones a derechos fundamentales (al excluir del fomento a los mayores de 28 años y al limitar el cambio de nombre), era necesario someterlas a un test de “razonabilidad y proporcionalidad”. Luego de examinar los distintos criterios que permiten racionalmente graduar la intensidad del juicio, en la sentencia C-I 14 de 2017 la medida se sometió a un test estricto, mientras que en la sentencia C-I 15 de 2017 la norma se sometió a un test de nivel intermedio, el que se componía de tres exámenes: (i) la finalidad de la norma (legítima e importante), (ii) la efectiva conducencia del instrumento y (iii) la inexistencia de una evidente desproporción. A pesar de que ambas ponencias fueron aprobadas por la Sala Plena, se discutió la estructura que debía tener dicho test y, por decisión mayoritaria, se decidió que el test intermedio debía ser únicamente de dos pasos, por lo que se excluiría el examen de la proporcionalidad en sentido estricto. Por esta razón, tanto la decisión C-I 14, como la C-I 15 de 2017 son sentencias que unifican en idénticos términos la estructura de los tres juicios de “proporcionalidad”: el leve, el intermedio, ambos de dos etapas, y el estricto, de cuatro pasos o elementos.

Estos ajustes no cambiaban en nada el sentido de las decisiones, por lo que muy respetuosamente debo aclarar el voto respecto de la pertinencia de la supresión del examen de la ausencia de evidente desproporción, del juicio intermedio. Por una parte, considero que fruto de la supresión de este elemento, no existe en la actualidad un verdadero test intermedio, teniendo en cuenta que tanto el test leve, como el “intermedio”, sólo se diferencian por los adjetivos o calificaciones que debe tener la finalidad y la idoneidad, mientras que en el otro extremo se encuentra el test fuerte de proporcionalidad, de intensidad estricta, el único que exige que la medida sea necesaria y, además, permite realizar la ponderación. Esto implica que, en adelante, las medidas que son juzgadas por el test intermedio van a tener una mayor potencialidad de superar el juicio, salvo que de manera razonada, se decida aumentar la intensidad, caso en el cual la medida tendrá un riesgo elevado de ser inconstitucional. Así se evidencia que existen dos extremos: los test leve e intermedio, por una parte, diferentes pero cercanos y el fuerte, por la otra, y no existe un intermedio que juzgue la discrecionalidad del legislador¹³⁶ de manera adecuada, según las circunstancias.

Por otra parte, lamento la supresión del paso de proporcionalidad en sentido estricto, ya que este es el único elemento que permite, verdaderamente, ponderar, es decir, poner en

balanza los beneficios obtenidos y las afectaciones que genera la medida, para determinar su proporcionalidad. Esto significa que los test leve y ahora el intermedio, dejarían de ser verdaderos juicios de proporcionalidad, para convertirse en juicios de mera razonabilidad, es decir que no buscan ponderar el caso concreto, sino descartar la arbitrariedad o capricho del legislador. La ponderación era particularmente importante en el caso de una medida de fomento como la juzgada, ya que la focalización de la actividad del Estado genera beneficios para un determinado sector pero, según las circunstancias, puede aparejar consecuencias negativas para otro, por lo que resulta imprescindible poner en la balanza ambas situaciones para determinar si la medida es proporcionada o desproporcionada. En otros términos, sin un examen de la proporcionalidad en sentido estricto, no es posible sostener fundadamente que la medida es proporcionada; sólo se podrá concluir que no es irrazonable (en el test débil) o que es razonable (en el test intermedio).

Además, debo aclarar que en los tres modelos de test o juicio no se incluyó un paso que, en ocasiones, ha sido utilizado por esta Corte: el control de la constitucionalidad del fin y del medio. En realidad cuando se identifica que la finalidad perseguida por el legislador es inconstitucional o que el medio al que recurre para alcanzar la finalidad legítima, es inconstitucional, no es posible realizar un test de razonabilidad o proporcionalidad, ya que en esos casos se sabe, de entrada, que la norma no es constitucional y, llegado el caso, la inconstitucionalidad no admite ser sometida a ponderación.

Finalmente, a pesar de la aparente rigidez del método conocido como test o juicio de razonabilidad y de proporcionalidad, quiero aclarar que el derecho no es una ciencia exacta, por lo que éste no es más que uno de los instrumentos de razonamiento y argumentación, el que no excluye otros, razón por la cual sería inaceptable que el juez renuncie a su deber de motivación, escudado en la aparente exactitud y objetividad del test. Si bien es cierto que hoy en día el principio de proporcionalidad es un instrumento de gran importancia constitucional¹³⁷, que racionaliza y, en cierta medida, contribuye a la predictibilidad de las decisiones, no convierte la actividad judicial en un ejercicio automático y no razonado para que la decisión sea adecuada. En este sentido, el respeto de la autonomía e independencia judicial exige del operador judicial no sólo la lucha contra la dominación o presión exterior, sino también la protección del carácter humano, racional y lógico de su labor en la que, los juicios de razonabilidad y proporcionalidad son herramientas útiles, mas no exclusivas, que nunca podrían reemplazar el deber de motivar a través de argumentos sólidos.

Respetuosamente,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 Diego Fernando Fonnegra Vélez. Folios 45 a 55 del expediente.

2 Luis Nelson Fontalvo Prieto. Folios 82 a 86 del expediente.

3 Gilberto Álvarez Ramírez. Folios 66 al 73.

4 Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Diana Jiménez Aguirre. Folios 97 a 100 del expediente.

5 Esta definición se hizo en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 17 de diciembre de 1999.

6 Proyecto de Ley Nacional de la juventud.

7 Ley 11129 de 2005

8 Ley 19.042 de creación del Instituto.

9 Ley General de la Persona Joven 8261

10 Ley 439. Ley Nacional de la Juventud

11 Ley del Instituto Mexicano de la Juventud.

12 Ley de Promoción al Desarrollo Integral de la Juventud

13 Proyecto de Ley Nacional de Juventud y Organismos Públicos de Juventud

14 Ley 27.802 del Consejo Nacional de la Juventud y Decreto Supremo 2005 que establece aprobar un Plan Nacional de Juventud.

15 Ley 49 -2000. Ley General de Juventud

16 Diputados Frente amplio impulsa Ley Integral Juvenil 2008

17 Ley Nacional de la Juventud 37404.

18 Código de la Niñez y la Juventud.

19 En el escrito los intervinientes señalan la sentencia C-812 de 2013, sin embargo esa providencia no corresponde a la referencia realizada.

20 El docente Juan Pablo Rodríguez Cruz, el asistente de docente, Daniel Fernando Gutiérrez Cruz y los estudiantes Natalie Gaviria Rodríguez, Daniela Giraldo Pino, Luis Felipe Jaramillo y Santiago Loaiza Salazar. Folios 107 a 111 del expediente.

21 Andrés Felipe Suárez González. Folios 112 al 117 del expediente.

22 Joaquín Eduardo Cubillos Castro, con el apoyo de Mónica Andrea Avella Bernal, Javier Fernando Cárdenas Moreno, Carlos Gabriel Jácome Romero y Daniel Felipe Muñoz Bolívar. Folios 101 al 103 del expediente.

23 Camila Andrea Suárez Ángel, Lucas Correa Montoya y Juan Camilo Rúa. Los intervinientes aclaran que “Las ideas y argumentación jurídica presentadas en el presente documento representan el criterio legal de quien personalmente lo suscribe. Fue elaborado con la información y el conocimiento disponible al momento de su suscripción; no necesariamente representa la posición oficial que tuviera o llegare a tener la Fundación Saldarriaga Concha, sus socios, financiadores o cualquier otra persona o entidad con la que colabore o llegare a colaborar”. Ver folios 56 al 65.

24 Con el término “personas mayores de actuales y futuras generaciones” se pretende hacer referencia a las personas mayores de 60 años y a las que lo serán en un corto y mediano plazo como aquellas entre los 40 y 59 años.

25 Concepto establecido en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores (CIDHPM), la cual no ha sido suscrita por Colombia.

26 Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. (1982). Plan De Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. (Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Ed.). Viena; Dulcey-

Ruiz, E., Arrubla, D., & Sa-nabria, P. (2013). Envejecimiento y vejez en Colombia. Profamilia Colombia (Vol. 6). Consultado en <http://www.profamilia.org.co/docs/estudios/imagenes/3 - ENVEJECIMIENTO Y VEJEZ EN COLOMBIA.pdf>; Dulcey-Ruiz, E., & Parales, C. (2002). La Construcción social del envejecimiento: un análisis discursivo en prensa escrita. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 34(1-2), 107-121

27 Dulcey-Ruiz, E., Arrubla, D., & Sanabria, P. (2013). Envejecimiento y vejez en Colombia. Profamilia Colombia (Vol. 6). Consultado en <http://www.profamilia.org.co/docs/estudios/imagenes/3 - ENVEJECIMIENTO Y VEJEZ EN COLOMBIA.pdf>

28 Fedesarrollo y Fundación Saldarriaga Concha. (2015). Misión Colombia Envejece: cifras, retos y recomendaciones. Editorial Fundación Saldarriaga Concha. Bogotá, D.C. Colombia. 706p.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2014.

30 Corte Constitucional. Sentencia T-360/02.

31 “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria”, último inciso del artículo 30 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, por ahora ratificada por Costa Rica y Uruguay.

32 Bruce Mac Master. Folios 105 al 106 del expediente.

33 Folios 119 a 123 del expediente.

34 “(...) es criterio hermenéutico que las disposiciones constitucionales deban ser interpretadas en forma sistemática y armónica, teniendo en cuenta la voluntad constituyente, con el fin lograr su máximo nivel de efectividad en la aplicación y de impedir

que, a partir de valoraciones aisladas, se presenten incongruencias que desconozcan su verdadero contenido y alcance” (negritas agregadas): Corte Constitucional, sentencia C-535/12.

35 La interpretación sistemática es la que ha permitido a la Corte Constitucional, por ejemplo, reconocer la existencia de distintas formas de familias, más allá de la reconocida por el artículo 42 de la Constitución, en el entendido de que la interpretación de dicha norma no podría conllevar a la vulneración de otros derechos, tales como el del libre desarrollo de la personalidad y el principio y derecho a la igualdad. En este sentido se concluyó que ““el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”: Corte Constitucional, sentencia C-577/11. De manera concordante, en reciente sentencia, esta Corte explicó que “Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “inclusio unius est exclusio alterius”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos” (negritas agregadas): Corte Constitucional, sentencia SU-214/16. Un ejemplo similar de interpretación sistemática más allá del tenor literal se ha desarrollado respecto del artículo 230 de la Constitución en donde, gracias a una interpretación sistemática de la Constitución, tomando en consideración además de lo dispuesto en dicho artículo, el principio de seguridad jurídica, el principio de igualdad y las funciones constitucionales de las altas cortes, reconoció el deber del respeto de los precedentes jurisprudenciales. Cf. Corte Constitutionnel, sentencias T-123/95, T-566/98, T-522/01, T-468/03, T-838/07, T-109/09, C-539/11, C-634/11, T-719/13.

36 “(...) la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución), y en ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado, y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial

encargada de velar por su integridad” (negritas agregadas): Corte Constitucional, sentencia C-1290/01.

37 Así, por ejemplo, “cuando surgen conflictos entre normas que reconocen valores o principios, es decir cuando parecen contraponerse, es menester acudir a la ponderación para lograr su armonización”: Corte Constitucional, sentencia C-1287/01.

39 El artículo 46 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, titulado CONTROL INTEGRAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, que disponía que “En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución”, fue declarado exequible al interpretar que “Lo anterior no significa, y en esos términos lo entiende la Corporación, que en todos los casos la Corte deba realizar un análisis de la totalidad del texto de la Carta frente a la disposición legal que se estudia, pues -se reitera- lo que se busca es la posibilidad de invocar argumentos adicionales sustentados en otras normas fundamentales que servirán para adoptar una mejor decisión” (negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-037/96. De manera concordante, el inciso 2 del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 dispone que “La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”.

40 “(...) la finalidad de los poderes públicos como poderes constituidos está en el logro de los fines del Estado, consagrados en el artículo 2º de la Constitución”.C-836/01

41 “La Corte admite la posibilidad de que se pueda invocar la desviación de poder o de las atribuciones propias del legislador que la Constitución le confiere, como motivo para excluir del ordenamiento jurídico una disposición inconstitucional, pero advierte que aquélla no es, como en el derecho administrativo, una causal que pueda invocarse en forma autónoma para pretender la declaración de inconstitucionalidad de una norma; se requiere, por consiguiente, que se alegue y se demuestre por el demandante, en cada caso, que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales”: Corte Constitucional, sentencia C-456/98.

42 La potestad sancionatoria disciplinaria del Estado respecto de sus agentes es un

instrumento necesario para la consecución de los fines del Estado. Cf. Corte Constitucional, sentencia C-721/15.

43 “(...) el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos”: Corte Constitucional, sentencia C-713/09.

44 “(...) la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), la seguridad social (art. 48 C.P.), la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de la personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo”: C-037/03.

45 “(...) la realización de los fines del Estado demanda tanto la existencia de unos presupuestos institucionales mínimos como la disponibilidad de múltiples instrumentos y medios de orden jurídico y fáctico”: Corte Constitucional, sentencia C-721/15.

46 Para declarar la exequibilidad de una exención tributaria, la Corte consideró que “(...) la potestad impositiva del Estado ha sido confiada a los órganos plurales de representación política, y en especial, al Congreso de la República. Este ejerce su potestad según la política tributaria que estime más adecuada para alcanzar los fines del Estado. Por eso, dicha potestad ha sido calificada por la Corte como “poder suficiente”, ya que es “bastante amplia y discrecional”. Incluso, la Corte ha dicho que es “la más amplia discrecionalidad (...) en una democracia pluralista, caben distintas políticas tributarias que responden a concepciones diferentes sobre la mejor manera de alcanzar un “orden económico y social justo” (Preámbulo y art. 2° de la C.P.). La competencia de escoger la opción a seguir, ante diferentes alternativas legítimas al respecto, ha sido depositada en el Congreso de la República, el órgano representativo, deliberativo y pluralista en una democracia”: Corte Constitucional, sentencia C-588/09.

47 “El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas”: Corte Constitucional, sentencia C-389/02. Cf. Sentencias C-800/03, C-353/06.

48 Corte Constitucional, sentencia C-258/13.

49 Corte Constitucional, sentencia C-258/13.

50 Corte Constitucional, sentencia C-932/07.

51 “(...) los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-300/12.

52 Corte Constitucional, sentencia C-588/09.

53 Corte Constitucional, sentencia C-776/03.

54 Corte Constitucional, sentencia C-258/13.

55 Cf. Corte Constitucional, sentencia C-114/05.

56 La sentencia C-376/10 decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 183 de la Ley 115 de 1994, “en el entendido que la competencia que la norma otorga al Gobierno Nacional para regular cobros académicos en los establecimientos educativos estatales, no se aplica en el nivel de educación básica primaria, la cual es obligatoria y gratuita” con fundamento constitucional y convencional.

57 La Corte constitucional declaró inexecutable una norma que sometía el otorgamiento de becas de posgrados a los mejores profesionales graduados en instituciones de educación superior públicas o privadas a la condición de no tener antecedentes penales o disciplinarios, al no consultar de manera adecuada fines constitucionales y tratarse de una medida desproporcionada respecto del grupo social excluido por la medida de fomento a la educación. En concreto se consideró que la educación “permite crear las condiciones para que la igualdad sea real, tanto desde el punto de acceso al conocimiento, y de la realización

de las aspiraciones académicas y profesionales, como de su prosperidad económica y material” y, frente a esto, la condición impuesta resulta desproporcionada: Corte Constitucional, sentencia C-552/16.

58 “(...) el mejoramiento y fomento del sector turístico, de gran importancia para la economía nacional, implica promover la prosperidad general, permite concluir que el Instrumento Público en cuestión, cumple una de las finalidades del Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-421/97.

59 “En cuanto al principio de la vigencia del orden justo, tenemos que este se encuentra ligado de forma íntima con el modelo de estado de derecho, toda vez que este principio se erige como una declaración en contra de la arbitrariedad”: Corte Constitucional, sentencia T-890/14.

60 La relación entre la igualdad material y el orden justo fue claramente establecida en la sentencia C-964/03. Las medidas de discriminación positiva “Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo”: Corte Constitucional, sentencia C-371/00.

61 Al examinar la constitucionalidad del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, la Corte Constitucional identificó este principio como derivado de la cláusula de Estado Social de Derecho y consideró que implica que “el Estado debe realizar progresivamente los llamados derechos económicos, sociales y culturales. El Estado tiene frente a los particulares no sólo deberes de abstención sino que debe igualmente realizar prestaciones positivas, sobre todo en materia social, a fin de asegurar las condiciones materiales mínimas, sin las cuales no es posible vivir una vida digna”: Corte Constitucional, sentencia C-251/97. También el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –adoptado en 1966- fundamenta el principio de progresividad al disponer que: “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”.

62 Corte Constitucional, sentencia C-251/97.

63 En el Estado Social de Derecho el trabajo, como valor y derecho, impone la formulación de políticas públicas de pleno empleo en condiciones dignas y justas. Ver: Corte Constitucional, sentencias C-107/02, C-593-14.

64 Corte Constitucional, sentencia C-372/11.

65 Corte Constitucional, sentencia T-572/09.

66 “El principio de progresividad y la prohibición de retroceso como herramientas conceptuales y normativas para el análisis de las medidas adoptadas por el Estado para garantizar las facetas prestacionales de los derechos constitucionales”: Corte Constitucional, sentencia C-486/16.

67 “Dado que, por regla general, el Estado se obliga a mejorar el cubrimiento y calidad de estos derechos, simultáneamente asume la proscripción de reducir los niveles vigentes o derogar los ya existentes. Es decir, no pueden existir reformas regresivas, salvo que exista una justificación de raigambre constitucional”: Corte Constitucional, sentencia C-556/09.

68 Corte Constitucional, sentencia C-372/11.

69 Corte Constitucional, sentencia C-486/16.

70 Corte Constitucional, sentencia C-671/02.

71 Corte Constitucional, sentencia C-1165/00 que, luego de realizar dicho examen, declaró la inconstitucionalidad de la reducción presupuestal de los recursos para la seguridad social en salud, en concreto, para el régimen subsidiado. Cf. C-038/04.

72 Corte Constitucional, sentencia C-727/09.

73 “Cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes (...)”, los elementos del test de no

regresión: Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2011.

74 Corte Constitucional, sentencia C-486/16.

75 “(...) son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecutableidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación”: Corte Constitucional, sentencia C-504/95. En el mismo sentido: C-543/96; C-146/98; C-407/98; C-215/99; C-369/99; C-675/99; C-867/99; C-635/00; C-246/01; C-185/02; C-284/02; C-371/04; C-314/09; C-173/10; C-600/11; C-330/13; C-351/13; C-505/14; C-586/14; C-233/16; C-494/16; C-666/16.

76 Respecto del test puede consultarse, por ejemplo, la sentencia C-666/09 que estableció que para considerar que existe una omisión legislativa relativa inconstitucional es necesario “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

77 Este vínculo entre la acusación por faltar al principio de progresividad y la omisión legislativa relativa se estableció, particularmente, en los siguientes pronunciamientos: C-444/09; C-533/12; C-911/12; C-767/14; C-471/16.

78 Corte Constitucional. Sentencia C-410/94.

79 “La dimensión material del principio constitucional de igualdad se conoce también con el

nombre de equidad y aboga por tomar en consideración las circunstancias particulares de los distintos sujetos a la hora de tomar decisiones estatales en el nivel de política pública, política legislativa, adjudicación judicial, entre otros espacios (...)”: Corte Constitucional, sentencia T-890/14.

80 El control de la razonabilidad del trato diferente es una constante en la jurisprudencia constitucional, desde sus primeras sentencias. Cf. Corte Constitucional, sentencia C-221/92.

81 Las acciones afirmativas de igualdad son “(...) 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”: Corte constitucional, sentencia C-964/03.

82 La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una norma que tipificaba como falta disciplinaria del personal docente el “homosexualismo”: Corte Constitucional, sentencia C-481/98.

83 “Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser”: Corte Constitucional, sentencia C-371/00.

84 Las medidas de discriminación inversa o positiva se diferencian de las otras acciones afirmativas de igualdad “1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras”: Corte Constitucional, sentencia C-964/03.

85 Corte Constitucional, sentencia C-371/00.

86 Corte Constitucional, sentencia C-112/00.

88 Corte Constitucional, sentencia C-371/00.

89 Corte Constitucional, sentencia C-676/98.

90 “El exigir en estos casos una edad, mínima o máxima, determinada, no constituye discriminación alguna; al contrario, es un elemento primordial para determinar la madurez, experiencia, responsabilidad y, en el caso bajo examen, para determinar el sector de la población que puede, luego de haber terminado sus estudios a través de la beca obtenida, prestar su fuerza laboral al Estado colombiano en un lapso prolongado”(negrillas agregadas): Corte Constitucional, sentencia T-395/97.

91 “En efecto, lo único que poseen las personas menores de treinta (30) años de edad respecto de las demás es juventud y mayor esperanza de vida, que para el efecto es irrelevante y no justifica la discriminación”: Corte Constitucional, sentencia C-071/93.

92 “(...) (i) la edad no es un rasgo permanente de una persona: el dinamismo que le es inherente demuestra todo lo contrario; (ii) no puede afirmarse que históricamente hayan existido prácticas sistemáticas de discriminación fundadas en diferencias de edad, (...) (iii) la edad no parece un criterio arbitrario y caprichoso para distribuir derechos y cargas, ya que la madurez de una persona y su condición física suelen tener relaciones con la edad (...)Y (iv) tampoco está prevista la edad como criterio sospechoso de discriminación, ni en el artículo 13 de la Carta, ni en ninguno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (...)”: Corte Constitucional, sentencia C-093/01.

93 “(...)la Carta confiere al legislador la potestad de establecer la edad mínima para contraer matrimonio (CP art. 42), señala que los derechos de ciudadanía suponen que la persona haya accedido a la mayoría de edad (art 98), y confiere un status especial a los derechos de los niños, que no sólo prevalecen sobre los de los demás sino que algunos de ellos, como la salud, son fundamentales, mientras que en el caso de los adultos no tienen ese carácter (CP art. 44). Además, no sólo para acceder a ciertos cargos -como Presidente, Congresista, magistrado del Consejo Superior o Contralor- la Carta exige que la persona tenga una determinada edad (CP arts 172, 177, 191, 255 y 267) sino que también prevé la existencia de la edad de retiro forzoso para ciertos cargos (CP arts 233)”: Corte Constitucional, sentencia C-093/01.

94 “El tema de la edad (...) parece una pauta neutra, a la cual puede recurrir el Legislador con amplia libertad, de otro lado, en la sociedad actual, tiende a tornarse cada vez más en una categoría susceptible de generar discriminaciones, en especial contra las personas de

tercera edad (...) La edad conformaría entonces un criterio “semisospechoso” o “problemático de diferenciación, conforme a la denominación acuñada por la doctrina y el derecho comparado, de suerte que toda distinción que se funde en esa pauta debería estar sometida a un juicio intermedio de igualdad. (...) 37- A pesar de lo anterior, la Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio (...) si bien la edad es una característica variable de la persona, por el contrario la superación de una determinada edad se convierte en un rasgo permanente, del cual el propio individuo no puede deshacerse (...) 38.- A la luz de lo expuesto, concluye la Corte que una diferenciación con fundamento en la edad, no puede ser tachada como sospechosa de discriminación cuando se establecen mínimos para el ejercicio de una actividad. En cambio, ella se torna más problemática si fija topes (máximos) a partir de los cuales no podrá ejercerse una actividad”: Corte Constitucional, sentencia C-093/01.

95 “(...) la edad sólo se trata como factor sospechoso cuando se está frente a una edad límite máxima toda vez que una vez alcanzada la edad es imposible volver atrás, lo cual hace asimilable el criterio de la edad a los tradicionalmente considerados sospechosos, por su inmodificabilidad. Lo contrario sucede con la fijación de una edad mínima porque el requisito no es imposible de alcanzar y, a menos que cese la vida, éste será indefectiblemente cumplido”: Corte Constitucional, sentencia C-452/05.

96 “(...) la Corte estima que, en el caso del artículo 7 de la Ley 1412 de 2010, la edad no se constituye en un criterio semi-sospechoso porque la prohibición contenida en la norma impone una edad mínima para la realización de esta intervención. La edad no se convierte entonces en un rasgo permanente de la personalidad porque una vez cumplidos los 18 años, la persona podrá acceder al servicio gratuito del Estado sin ninguna limitación”: Corte Constitucional, sentencia C-131/14.

97 A pesar que la edad mínima para el acceso al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC es una medida que resulta razonable, no así la exigencia de que se cuente con dicha edad al momento del nombramiento y no del acceso efectivo al ejercicio de la función: Corte Constitucional, sentencia C-811/14.

98 Corte Constitucional, sentencia T-698/12.

99 Sin recurrir al método del test de igualdad concluyó que: “Pues bien, para el caso de la seguridad social, y particularmente en el ámbito de la pensión de sobrevivientes, la Sala considera que lejos de constituir un criterio sospechoso de discriminación la edad constituye uno de los factores apropiados para establecer tratamientos diferenciales y en esa medida su utilización es prima facie legítima. En efecto, (...) armoniza con el significado y finalidad de la pensión de sobrevivientes en el marco del sistema general de seguridad social anteriormente descrito” (negritas originales): Corte Constitucional, sentencia C-451-05.

100 Corte Constitucional, sentencia T-314/11.

101 Corte Constitucional, sentencia C-543/10.

102 Corte Constitucional, sentencia C-534/16.

103 Corte Constitucional, sentencia C-504/14.

104 Corte Constitucional, sentencia C-811/14.

105 (i) estricto, el cual se utiliza cuando la medida está fundada en un criterio sospechoso o recae sobre personas en situaciones de debilidad manifiesta; (ii) intermedio, cuando se trata de acciones positivas o afirmativas y/o la medida es potencialmente discriminatoria; y (iii) flexible, cuando se ha basado en un criterio neutro y en principio no genera sospecha. T-948/08 reiterada T-698 de 2012.

106 Nota de pie de página No. 12 de la sentencia T-845 de 2010. En igual dirección pueden encontrarse, por ejemplo, las sentencias T-1026 de 2012, T-164 de 2012, T-423 de 2013 y T-046 de 2014.

107 Algunas de las decisiones de mayor relevancia en esta materia dado que establecen precisiones metodológicas relevantes son, entre otras, las sentencias C-022 de 1996, C-093 de 2001, C-673 de 2001 y C-720 de 2007.

108 Sentencia SU626 de 2015.

109 Corte Constitucional, sentencia C- 292/12.

110 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 057 de 2010 Cámara, en Gaceta del Congreso, n. 532 del 23 de agosto de 2010.

111 El proyecto de ley número 030 de 2010 Cámara determinaba como beneficiarios a los jóvenes menores de 27 años.

112 “(...) los jóvenes. Estos últimos han enfrentado tasas de desempleo alrededor del 20% durante los últimos diez años (entre 22% y 24% para el total nacional en el trimestre junio-septiembre 2009. Ver Gráfico 1), mientras que en la población mayor de 30 años la cifra llega al 10% (es decir, el desempleo de los jóvenes es más del doble que el de los mayores de 30 años)”: Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2010 Cámara, 187 de 2010 Senado, Gaceta del Congreso 932, del 19 de noviembre de 2010.

113 “De esta manera, los artículos 8° y 9° proponen incentivar la generación de nuevos empleos formales para los jóvenes menores de veintiocho (28) años y para las mujeres mayores de 40 años”: Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2010 Cámara, 187 de 2010 Senado, Gaceta del Congreso 932, del 19 de noviembre de 2010.

114 Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley Estatutaria 014 de 2011 cámara, Gaceta del Congreso 709 del 22 de septiembre de 2011.

115 Corte Constitucional, sentencia C-862/12.

116 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 150 de 2015, Cámara, en Gaceta del Congreso 880, 5 de noviembre de 2015.

117 “La actual crisis mundial del empleo juvenil no tiene precedentes: los jóvenes desempleados son en promedio tres veces más que los adultos en la misma situación y cuatro de cada diez personas desempleadas en todo el mundo son jóvenes. La OIT estima que el mundo se enfrenta a un desafío monumental de crear 600 millones de empleos durante la próxima década, con el fin de absorber a los actuales 200 millones de desempleados y a los 40 millones de nuevos participantes en el mercado de trabajo que ingresarán cada año. Actualmente, existen más jóvenes pobres o subempleados que nunca. Unos 309 millones de jóvenes trabajan pero viven en hogares que ganan menos del

equivalente a US \$ 2 por día. Millones de jóvenes se encuentran en empleos temporales o de tiempo parcial u ocasional, que ofrece pocas ventajas y limitadas perspectivas de progreso en el trabajo y vida. Las mujeres jóvenes a menudo se enfrentan a barreras adicionales”: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_emp/documents/publication/wcms_140955.pdf (traducción libre).

118 “El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

119 La sentencia C-293/10 sistematizó los tres tipos de acciones afirmativas de igualdad: de concientización, de promoción y facilitación y de discriminación inversa.

120 En el Estado Social de Derecho el trabajo es un valor que inspira políticas públicas de pleno empleo en condiciones dignas y justas: Corte Constitucional, sentencia C-107/02.

121 “Es importante señalar que, de acuerdo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a 31 de diciembre de 2014 se crearon 476.498 empresas adicionales al crecimiento histórico empresarial, lo que se atribuye a las diferentes actividades implementadas en desarrollo de la política de formalización empresarial, particularmente de los incentivos previstos en la Ley 429 de 2010. De manera que el tipo de incentivos propuestos incentiva el Crecimiento empresarial del país” (subrayas originales).

122 “El problema de los jóvenes en el mercado laboral se asocia a un problema de barreras al acceso a oportunidades de trabajo decente. La OIT ha señalado que el acceso a un trabajo decente es la mejor manera para que los jóvenes puedan alcanzar sus aspiraciones, mejorar sus condiciones de vida y participar activamente en la sociedad y en la estimulación de la economía. Todo trabajador, joven o adulto, tiene derecho a un trabajo decente”: Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 150 de 2015, Cámara, en Gaceta del Congreso 880, 5 de noviembre de 2015.

123 “(...) los esfuerzos en esos frentes deben complementarse con un marco regulatorio amigable para la generación de empleos si quieren ser efectivos. Sin un marco adecuado para la creación de empleos, los efectos de las medidas sectoriales serán limitados y el problema de la informalidad seguirá vigente. En efecto, sólo un marco adecuado hará que las

empresas y empleos que se creen en Colombia sean formales y no informales”: Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 057 de 2010 Cámara, en Gaceta del Congreso, n. 532 del 23 de agosto de 2010.

124 “(...) la propuesta de ley de formalización y primer empleo busca alterar la relación costo-beneficio entre informalidad/formalidad en las etapas iniciales de la formalización, de tal manera que se aumenten los beneficios de ser formal, se disminuyan los costos de formalizarse y se aumenten los costos de ser informal, al mismo tiempo que se nivela a un grupo de trabajadores (los informales, los jóvenes y los desempleados) que por su situación se encuentran en una situación de desventaja para entrar al mercado laboral”: Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 057 de 2010 Cámara, en Gaceta del Congreso, n. 532 del 23 de agosto de 2010.

125 “la llamada igualdad material supone un compromiso del Estado en el diseño y ejecución de políticas destinadas a la superación de las barreras existentes para algunas personas que por su vulnerabilidad, no logran realmente integrarse a la vida social, política o cultural, en condiciones de igualdad”: Corte Constitucional, sentencia T-810/11.

126 Sentencia C- 093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica No. 38.

127 Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez caballero, consideración jurídica No. 37.

128 Sentencia T-037 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo, consideración jurídica No. 36, citando la Sentencia T-816 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

129 Sentencia C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

130 Sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo escobar Gil, consideración jurídica No. 3.1.

131 Sentencia T-1316 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

132 Sentencia T-147 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub consideración jurídica No. 4.7.3.4.

133 Sentencia T-416 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica No. 3.1., citando la Sentencia T-698 de 2004.

134 Departamento Nacional de Estadística - DANE. Principales indicadores del mercado laboral. Marzo de 2017. En: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_mar_17.pdf
Registro de mayo 17 de 2017

135 Departamento Nacional de Planeación - DNP. En: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Ranking-de-las-ciudades-con-mayor-desempleo-juvenil.aspx>
Registro de mayo 17 de 2017

136 Robert Alexy explica que “Lo prohibido puede distinguirse como lo constitucionalmente imposible, lo ordenado como lo constitucionalmente necesario y lo discrecional como lo constitucionalmente posible. Lo discrecional o lo posible es lo que se ubica dentro del marco; unidos, lo prohibido o imposible y lo ordenado o necesario, conforman el marco. Sobre esta base, el concepto de margen de acción se define de suyo: todo y sólo lo discrecional es aquello que conforma el margen de acción”: Robert Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, n. 28, Bogotá, 2003, pp. 54-55.

137 Ver: David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2005; Matthias Klatt y Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012 ; Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012 ; y Thomas M. Sullivan y Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, 2008.

{p}