

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Contenido y alcance

La jurisprudencia constitucional, además de precisar que “[e]l ámbito de aplicación del principio de progresividad corresponde a aquellas obligaciones diferentes de las que han sido definidas como de aplicación inmediata”^{32F}, ha establecido que dicho principio impone no solo el deber de adoptar regulaciones que contribuyan a la expansión y efectividad de los derechos cobijados por dicho mandato o, como ha dicho la Corte, “la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos”^{33F} y de “aumentar el número y contenido de las prerrogativas que dicho derecho confiere a sus titulares”^{34F}. También proscribe la adopción de medidas que reduzcan injustificadamente su grado de protección como expresión “del principio de interdicción de arbitrariedad”(…)

OBLIGACION ESTATAL DE NO REGRESIVIDAD-Interpretación doctrinal y jurisprudencial

Varios criterios, reconocidos y aplicados por esta Corporación, deben tenerse en cuenta antes de afirmar que se ha producido una infracción a la prohibición de retroceso. Ellos pueden enunciarse de la siguiente forma: (i) las medidas que impliquen un retroceso en el grado de protección se presumen regresivas y, en consecuencia, inconstitucionales; (ii) ningún retroceso puede desconocer el contenido básico o mínimo del derecho constitucional comprometido^{37F}; y (iii) la activación de la presunción impone a las autoridades la carga de presentar razones que puedan justificar el retroceso y, de no hacerlo, deberán ser declaradas contrarias a la Constitución. A partir de tales criterios, la jurisprudencia de este tribunal ha definido que la prohibición “no es absoluta, pues se entiende que existen situaciones que de conformidad con determinaciones de racionalización de recursos y con el momento histórico de cada Estado admiten el retroceso de la efectividad de algunas garantías, sin que ello suponga necesariamente una arbitrariedad, lo cual se verifica mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida” (…)

8F

DERECHOS FUNDAMENTALES-Tienen contenidos prestacionales cuyo desarrollo está sujeto al principio de progresividad y no regresión

(...) este tribunal ha señalado que “[p]ara cada derecho hay un mínimo de contenidos prestacionales que el Estado debe proporcionar, independientemente de cualquier consideración, los cuales son de aplicación inmediata y pueden ser solicitados por vía de tutela en casos individuales”^{69F}. Precisa la Corte que “[e]ste mínimo ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional considerando en cada caso las circunstancias particulares de los peticionarios y las características específicas del derecho tutelado”^{70F}. Advierte que “se observa una tendencia a proteger como contenidos de cumplimiento inmediato aquellos que, por tratarse de acciones simples del Estado, no requieren mayores modificaciones en las prioridades presupuestales (...) y los que demandan una acción estatal inmediata debido a ‘la gravedad y urgencia del asunto’, (...) por ser ‘imprescindibles para la garantía de la dignidad humana’, (...) o por existir una norma constitucional expresa (...)”^{71F}.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Contenidos mínimos o esenciales en mandato de progresividad

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Prohibición de retroceso injustificado

La Sala Plena ha tomado nota del desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia constitucional la prohibición de retroceso injustificado. El resultado ha consistido en un conjunto de criterios que, caso a caso, orientan la actividad de este tribunal. Tales criterios han contribuido (i) a delimitar los deberes del Estado en la garantía de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales; (ii) a concretar las obligaciones derivadas de los tratados ratificados por el Estado e integrados al bloque de constitucionalidad; (iii) a fijar pautas metodológicas para adelantar el escrutinio de medidas acusadas de ser regresivas; y (iv) a establecer formas de escrutinio que sean sensibles a las competencias de las autoridades públicas en la configuración de las políticas públicas.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Es un derecho fundamental y un servicio público cuya prestación debe asegurar el Estado

SUBSIDIO FAMILIAR-Alcance

El subsidio familiar constituye, según la jurisprudencia constitucional una de las especies que integra el género de la seguridad social. Para el efecto, apoyándose en la legislación que define su alcance, estableció que se trata de “una prestación social cuya finalidad es aliviar

las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia de los trabajadores de menores o medianos ingresos y, ahora, de los pensionados (...) de forma que tales condiciones materiales puedan ser satisfechas”84F.

SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza y régimen/SUBSIDIO FAMILIAR-Importancia/SUBSIDIO FAMILIAR-Doble dimensión

La Corte ha definido las características del subsidio. Se trata de “una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo-como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario”85F. Ha destacado que [t]iene por objetivo fundamental la protección integral de la familia”86F señalando que “[c]onstituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno” puesto que contribuye a “alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el artículo 48 de la Carta Política”87F. Ha reiterado también que “es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores”88F y su cumplimiento adecuado compromete “el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue”89F. Además de lo indicado, este tribunal ha precisado que el subsidio supone “un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar”90Fy, bajo esa perspectiva, constituye “un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”91F.

SUBSIDIO FAMILIAR-Componente de la seguridad social

El reconocimiento del subsidio familiar como expresión del derecho a la seguridad social también ha tenido lugar en sentencias de tutela. La Corte ha sostenido que “es una prestación económica derivada del derecho a la seguridad social”93F precisando que su reconocimiento y pago “no es susceptible de protección por vía de tutela, salvo si se demuestra que el incumplimiento (...) vulnera otros derechos fundamentales que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social”94F. En ese sentido ha recordado que “el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación

prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental (...)”95F y que lo propio ocurre “cuando se trata de exigir el pago del subsidio familiar de ancianos, puesto que (...) es obvio que si no se recibe el subsidio familiar, destinado a esos ancianos sin trabajo y sin recursos, ello significa una transgresión que afecta no solo la dignidad sino el mínimo vital”96F.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Límites constitucionales/SUBSIDIO FAMILIAR-Competencia amplia de regulación legislativa

Este tribunal ha precisado el alcance de las competencias del legislador para regular la seguridad social y, en particular, el subsidio familiar. Ha señalado que “[e]n principio, la Constitución reserva al Legislador la competencia de regular el servicio público de seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”103F. La libertad de configuración del Congreso encuentra apoyo “en los artículos 48, 53 y 150-23 de la Constitución al ser dicho subsidio una especie del género de la seguridad social”104F. Bajo esa perspectiva “a pesar de existir unos límites constitucionales dentro de los cuales debe enmarcarse la labor del legislador al regular el tema de la seguridad social y dentro de éste el del subsidio familiar, el Constituyente le confirió aquél una amplia libertad de apreciación y configuración, circunstancia que (...) exige que en estricto respeto de la Carta Política el juez constitucional realice un escrutinio judicial dúctil para que de esa manera la rama judicial no invada las competencias propias del legislativo (Art. 113 C.P.)”105F. Conforme a ello “el legislador cuenta con una amplia competencia para establecer los presupuestos para acceder a una determinada prestación social dentro de las cuales se encuentra el subsidio familiar”106.

SUBSIDIO FAMILIAR-Marco normativo

SUBSIDIO FAMILIAR-Contexto económico y temporal

SUBSIDIO FAMILIAR-Finalidad

Si bien la eliminación de la prestación para los estudiantes mayores de 18 años tiene incidencia en las cargas que debe asumir la familia, no se puede perder de vista que se trata de una prestación (i) que se reconoce a quien goza de una vinculación laboral formal y (ii) su

reconocimiento permanece intacto en el caso de los hijos menores de edad, de los padres mayores de 60 años y de las personas en situación de discapacidad. Bajo esa perspectiva, si bien la medida afecta de manera cierta el derecho a la seguridad social, no constituye una interferencia grave en su realización dado que el recorte de la prestación no impide acceder al subsidio en los demás casos y, en consecuencia, no priva a la familia del apoyo estatal a su sostenimiento. Cabe además advertir que la creación del FONEDE no excluyó de las medidas adoptadas, a las personas que desde los 18 años llegaran a encontrarse en las situaciones previstas en la Ley 789 de 2002.

Referencia: Expediente D-14004

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º (parcial) de la Ley 789 de 2002 “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

Accionantes: Anamaría Sánchez Quintero, Laura María Carvajal Giraldo, Andrés Camilo Garay y María Daniela Pineda Martínez.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la presente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos Anamaría Sánchez Quintero, Laura María Carvajal Giraldo, Andrés Camilo Garay y María Daniela Pineda Martínez, miembros de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad del Rosario, Grupo de Acciones Públicas -GAP- en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241.4 de la Constitución demandaron el numeral 1° del parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002.

1. Mediante auto del 3 de noviembre de 2020 se dispuso la inadmisión de la demanda. Una vez corregida, mediante auto del 26 de noviembre de 2020, se admitió únicamente el cargo por desconocimiento del principio de progresividad y no regresividad respecto del derecho a la seguridad social. En esa providencia se dispuso la práctica de pruebas y se ordenó, entre otras cosas, la fijación en lista y correr traslado al Procurador General de la Nación (artículo 278.5 de la Constitución).

1. En la misma decisión se invitó a participar a la Defensoría del Pueblo, a la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Confederación de trabajadores de Colombia – CTC y a la Confederación General del Trabajo de Colombia – CGT. Igualmente, se invitó a varias universidades: Andes, Libre de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, Caldas, Manizales, Externado de Colombia, Rosario y Santo Tomás.

1. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

1. La demanda se dirige contra el artículo 3, parágrafo 1 (numeral 1), de la Ley 789 de 2002.

El aparte acusado se subraya a continuación:

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

ARTÍCULO 3°. RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

(...)

PARÁGRAFO 1°. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

La demanda

1. Los demandantes consideran que el aparte acusado vulnera el mandato de progresividad y la prohibición de retroceso en materia de seguridad social. Explican que la disposición acusada disminuyó la edad que deben tener los hijos para que a los trabajadores se les reconozca el subsidio familiar. En efecto, la regulación derogada otorgaba el subsidio familiar para los trabajadores con hijos hasta de 23 años mientras que la nueva regulación prevé que se reconocerá por hijos que no sobrepasen la edad de 18 años.

1. Una vez se alcanza determinado nivel de protección de un derecho como la seguridad social no es posible retroceder. Por lo tanto, “al ser el derecho a la seguridad social un DESC y el subsidio familiar parte integral de él, se tiene que no pueden ser sometidos a medidas regresivas y, en cambio, su protección debe responder a una lógica de continua progresividad, como con cualquier otro DESC”. En consecuencia, “cualquier medida que se torne regresiva respecto del subsidio familiar, entendido como parte del derecho a la seguridad social (...) debe ser considerada prima facie inconstitucional por violar el principio de progresividad y no regresividad contemplado en los tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia y en la misma Constitución”.

1. Ahora bien, lo procedente ante una medida regresiva es la aplicación de un juicio dirigido a establecer si la medida puede justificarse. Así, los demandantes desarrollan un examen de tres pasos: i) cotejo entre la norma demandada y la norma que se afectó con el cambio normativo; ii) examen relativo al desconocimiento de los contenidos mínimos de los DESC; y iii) juicio de proporcionalidad.

1. En el primer paso (cotejo entre la norma demandada y la norma que se afectó con el cambio normativo) indican que el artículo 18 de la Ley 21 de 1982 establecía los requisitos para obtener el subsidio familiar. Prescribía que “[c]uando la persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudio post-secundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el Subsidio Familiar, hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad del estudiante post-secundario intermedio o técnico”. Esta previsión fue derogada por la Ley 789 de 2002, la cual fijó los 18 años como edad límite de los hijos a cargo del trabajador para obtener el derecho al subsidio familiar. Se trata de una modificación regresiva debido a que disminuye el nivel de protección del derecho a la seguridad social, al excluir de la posibilidad de acceso al beneficio a una determinada población a la cual ya se le reconocían una serie de garantías positivas.

1. En el segundo paso (examen relativo al desconocimiento de los contenidos mínimos de los DESC) precisan que, en el Sistema de Seguridad Social, el subsidio familiar tiene por objeto la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad a través del alivio de las cargas económicas. Por ello, este tipo de prestaciones constituyen uno de los contenidos mínimos de la seguridad social. Destacan que la medida demandada afectó ese contenido de manera negativa al imponer no solamente una restricción en cuanto a la edad para acceder a él, sino una verdadera regresión en cuanto a su aplicación.

1. En el tercer paso (juicio de proporcionalidad) refirieron que las reformas introducidas en la Ley 789 de 2002 tuvieron como fin disminuir el desempleo. Por tanto, “los recursos inicialmente destinados para el Subsidio Familiar de los trabajadores que acreditaran todos los requisitos, incluyendo tener hijos a su cargo entre los 18 y 23 años que acreditaran su calidad de estudiantes, pasarían a ser recursos utilizados para las diversas medidas creadas por la misma ley para promover la creación de empleo en el país y fortalecer la protección del sistema de protección para el desempleado”.

A pesar de cumplir con el requisito de finalidad, afirmaron que la medida no supera el examen de idoneidad, toda vez que disminuir la edad de los hijos a cargo de los trabajadores que pueden ser acreedores del Subsidio Familiar, no es un medio a través del cual puedan cumplirse los propósitos perseguidos. Ello se concluye teniendo en cuenta los efectos reales y materiales que tiene la medida: (i) crea una barrera de acceso al subsidio familiar en dinero para todos los trabajadores entre 18 y 23 años de edad, aun cuando estos se encuentren adelantando estudios técnicos o superiores (grupo poblacional inicialmente protegido); y (ii) modifica la destinación de los recursos del subsidio familiar, para ser invertidos en el Fondo de Fomento del Empleo y Protección al Desempleo -FONEDE- (art. 6 Ley 789 de 2002)^{1F2}.

Plantearon que “la representatividad monetaria del subsidio que está siendo dejado de percibir por los trabajadores afectados no constituye el medio económico idóneo para apoyar la creación de empleos, mejorar las circunstancias de los trabajadores para elevar los niveles de productividad, alivianar la situación que viven los desempleados, darle impulso al mercado laboral, mejorar la productividad o ampliar la protección social”. No encuentran una “relación entre la medida implementada y los fines perseguidos, ergo, no hay una forma

idónea de garantizar que los objetivos pretendidos serán alcanzados si se cumple con esta”.

1. Aseguran que no existe ningún tipo de beneficio, prerrogativa o subsidio para las personas entre 18 a 23 años que compense la desmejora que produjo la disposición atacada. Plantean que (i) la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación- tiene unos mandatos generales sobre el régimen de subsidios, sin que ello signifique que se introduzcan medidas particulares o especiales al respecto, como lo prevén los artículos 103 y 190; (ii) el Decreto 1902 de 1995 contiene disposiciones generales sobre el subsidio familiar sin aludir a montos de dinero o rangos de edad; (iii) la Ley 920 de 2004 autoriza a las cajas de compensación familiar adelantar actividades financieras, sin referir ningún tipo de subsidio o beneficio específico para las personas que se encuentran entre los 18 y los 25 años; (iv) la Ley 1064 de 2006, con la cual se buscaba implementar medidas para apoyar y fortalecer la educación, el trabajo y el desarrollo humano, no establece ningún tipo de subsidios o beneficios que compensen la limitación de la Ley 789 de 2002; (v) la Ley 1233 de 2008 no contiene reglamentación o norma relacionada con beneficios para las personas en el rango de edad de los 18 a los 25 años; (vi) la Ley 30 de 1992 establece en su artículo 111 un parámetro general sobre los programas de becas y ayudas que se deben brindar a los estudiantes, sin que ello signifique explícitamente que se trata de un beneficio o política que favorezca a los jóvenes entre 18 o 25 años; y (vii) el Decreto 2029 de 2015 regula los subsidios de sostenimiento y de matrícula para los mejores resultados del examen de Estado, a pesar de lo cual tienen una cobertura muy específica y no brindan los beneficios establecidos en la norma anterior ni cubren los mismos objetivos de la ley demandada.

1. En orden a lo expuesto piden que se “declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la norma acusada en el entendido que la edad máxima para acceder al subsidio familiar en dinero sea hasta que termine la carrera profesional, o hasta los 25 años mientras el beneficiario se encuentre estudiando. O, subsidiariamente, se solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la norma acusada en el entendido que la edad máxima para acceder al subsidio familiar en dinero sean 23 años”.

I. INFORMES Y PRUEBAS RECAUDADAS

A. Superintendencia del Subsidio Familiar

* Fondo para el Fomento del Empleo y Protección del Desempleo (FONEDE)

* Destinación y cuantía de los recursos que se encontraban originalmente destinados al subsidio familiar en las condiciones previstas en la Ley 21 de 1982 y que luego de la modificación introducida por la disposición demandada se han destinado, año por año, a impulsar el mercado laboral y la protección del desempleado

1. La Ley 789 de 2002 creó el Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo - FONEDE- como herramienta para la generación de empleo. Dicho fondo fue administrado en forma directa, individual o asociada, por las Cajas de Compensación Familiar.

1. Entre el año 2003 y mayo de 2013, el Fondo para el Fomento del Empleo y Protección del Desempleo (FONEDE) contó con \$1.643.945,433 millones. Entre las fuentes de tales recursos se encontró la “diferencia por valor del 55%, de los mayores de 18 años” que correspondió al 19% del total de recursos con los que se financió el fondo. La distribución de las fuentes se resume en los siguientes cuadros:

* Programas específicos que se han financiado, año por año, con los recursos originalmente destinados al subsidio familiar en la regulación vigente antes de la expedición del artículo demandado y los fundamentos normativos de tales programas

1. La Ley 789 de 2002 estableció que a través del FONEDE se otorgarían beneficios en la forma de subsidios de desempleo y capacitación gratuita a trabajadores desempleados y cabeza de hogar, así como créditos a MiPymes que generaran empleos adicionales. Se destinaron recursos para lo siguiente: (i) microcrédito^{3F4}; (ii) apoyo para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar^{4F5}; (iii) apoyo para desempleados sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar^{5F6}; (iv) capacitación para la inserción laboral^{6F7}; y (v) costos de administración del Fondo^{7F8}.

* Los efectos o resultados específicos, año por año, que ha tenido la destinación de tales recursos en el impulso del mercado laboral y la protección del desempleado

1. La destinación de los recursos es la siguiente: (i) 10.862 créditos a empresas generadoras de empleos adicionales por \$217.258 millones; (ii) 684.698 subsidios a desempleados que realizaron aportes al sistema de subsidio familiar por un monto de \$498.029 millones; (iii) 204.916 subsidios a desempleados que no realizaron aportes a ninguna Caja de Compensación Familiar por un valor de \$140.223 millones; (iv) 21.307 cursos de capacitación a los cuales asistieron 85.539 personas desempleadas por un valor total de \$37.696 millones.

* Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante – FOSFEC

1. El FONEDE estuvo vigente hasta mayo de 2013. Luego de ello se expidió la Ley 1636 de 2013 que creó el Mecanismo de Protección al Cesante, financiado mediante el FOSFEC, el cual inició su operación en junio de 2013. La Ley 1636 de 2013 definió que el FOSFEC se financiaría con los recursos del Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (FONEDE) -art. 6° de la Ley 789 de 2002- y los recursos de que trata el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011.

* Cuantía de los recursos que se encontraban originalmente destinados al subsidio familiar en las condiciones previstas en la Ley 21 de 1982

1. La cuantía de recursos destinados al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante – FOSFEC desde 2013 hasta 2020, son:

1. El FOSFEC es financiado por siete fuentes. Entre ellas se encuentra la “Diferencia por valor del 55%, de los mayores de 18 años”, que asciende a \$499.876.5 millones, es decir el 9,8% del total de fuentes brutas de 2013 a 2020.

1. La Ley 1753 de 2015 “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 ‘Todos por un Nuevo País’” dispuso en su artículo 77 que “[e]l Ministerio del Trabajo adoptará las medidas necesarias para fortalecer la operación del Mecanismo de Protección al Cesante como principal herramienta para la integración de políticas activas de empleo y la mitigación de los efectos nocivos del desempleo”. Al mismo tiempo estableció que “[c]on el fin de

facilitar y mejorar el enganche laboral efectivo de la población y para estimular la vinculación de aprendices, practicantes y trabajadores a empresas, el Ministerio del Trabajo podrá disponer anualmente recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante – FOSFEC para el reconocimiento de bonos de alimentación a cesantes, a la promoción de la formación en empresa y el desarrollo de incentivos para eliminar las barreras de acceso al mercado laboral previa realización de estudios de atención de necesidades sociales. Lo anterior, sin perjuicio de las otras destinaciones de los recursos que integran el FOSFEC, en los términos de la Ley 1636 de 2013”.

1. De conformidad con lo anterior el Ministerio del Trabajo dispuso diferentes aplicaciones para los saldos de los recursos del FOSFEC de las vigencias 2014, 2015, 2016 y 2017. Y se aplicaron a los programas Estado Joven y 40.000 primeros empleos.

1. Programa Estado Joven. Creado por la Ley 1780 de 2016 y reglamentado por el Ministerio del Trabajo mediante la resolución 4566 de 2016 así como las resoluciones 1530 y 5008 de 2017. Ha beneficiado a 8.064 jóvenes entre los 18 y los 28 años, quienes se vincularon con entidades del Estado tanto del orden nacional, como departamental y municipal para realizar sus prácticas laborales y judicatura. Durante las vigencias 2017, 2018 y 2019 otorgó los siguientes beneficios:

1. Programa 40.000 Primeros Empleos. Creado mediante el artículo 8° de la Ley 1622 de 2013 “[p]or medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones” y reglamentado por el Ministerio del Trabajo mediante resoluciones 347 y 1490 de 2015, 2575 de 2016 y 3151 de 2018. Durante las vigencias 2017, 2018 y 2019 otorgó beneficios a 26.272 jóvenes entre los 18 y 28 años, por \$221.314 millones, distribuidos así:

* Destinación de los recursos que se encontraban originalmente destinados al subsidio familiar en las condiciones previstas en la Ley 21 de 1982

1. Los recursos referidos se destinaron para otorgar beneficios económicos (aportes a salud y pensión, cuotas monetarias y bonos de alimentación). Igualmente se destinaron a la gestión y colocación a través de las agencias de empleo y a la capacitación para la reinserción laboral así:

1. Número de personas receptoras de cada uno de los beneficios otorgados por el programa de fomento al empleo y protección al cesante:

A. Secretarías del Senado de la República y de la Cámara de Representantes

1. La Secretaría del Senado remitió, en archivo digital, el acta número 42 de la sesión plenaria extraordinaria del Senado de la República del día 19 de diciembre de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso número 46 de 2003. En dicha sesión se discutió y aprobó el proyecto de ley número 057 de 2002 Senado, 056 de 2002 Cámara, (acumulado 07 de 2002 Senado), por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección

social. A su vez, la Secretaría de la Cámara de Representantes adjuntó copia de las Gacetas 579 de 2002, 79, 82 y 166 de 2003.

A. Ministerio de Educación

1. Señaló que no cuenta con información que le permita medir o establecer los efectos frente a la modificación del régimen de subsidio familiar sobre el acceso y permanencia de estudiantes en educación superior. Al margen de ello se refirió a los dos mecanismos de financiación de la educación superior en Colombia a saber: (i) financiación de la oferta pública del servicio^{9F10} y (ii) financiación de la demanda^{10F11}. Sobre el segundo de ellos enfatizó en dos programas: (a) programa de acceso y excelencia a la educación superior “Generación E” y (b) programa de acceso a la educación superior para las poblaciones y más oportunidades de financiamiento.

1. Preciso que “la limitación de los subsidios familiares a la edad de 18 años, tal como lo consagra el parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 789 de 2002, no imposibilita el acceso a la educación superior ni garantiza su permanencia”. A su juicio la asequibilidad y disponibilidad del servicio a la educación “no obedecen al reconocimiento de subvenciones para apoyar el empleo y ampliar la protección social”. En cambio, la materialización del derecho a la educación debe atender a medidas positivas para financiar la oferta pública del servicio, así como los mecanismos para garantizar la demanda de los educandos. Solamente de esta forma “el Estado, de manera realista y pragmática, propende por el cumplimiento de su obligación de implementar una enseñanza progresiva y gratuita”.

I. INTERVENCIONES

A. Superintendencia del Subsidio Familiar11F12

1. La Superintendencia contrasta las condiciones para acceder al subsidio familiar según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 21 de 1982 y en la disposición demandada.

Ley 21 de 1982

Ley 789 de 2002

Requisitos

1. Tener el carácter permanente.
2. Tener una remuneración mensual fija o variable de hasta 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.
3. Laborar por lo menos 96 horas en el mes.
4. Tener personas a cargo que den derecho a recibir la prestación.

2. Tener una remuneración mensual fija o variable que no sobrepase los 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

3. Laborar por lo menos 96 horas en el mes.
4. Tener personas a cargo que den derecho a recibir la prestación.

Personas a cargo

1. Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros.

La edad para que los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padre causaran el derecho era hasta los 23 años cumplidos, siempre que a partir de los 12 años se acreditara la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales y cuando sobrepasara la edad de 18 años, acreditara que había empezado o estaba haciendo estudios post-secundarios, intermedios o técnicos.

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.
2. Los hermanos huérfanos de padre.

Artículo 30. Los hermanos huérfanos de padre y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida y que hayan perdido más del sesenta por ciento (60%) de su capacidad normal de trabajo, causarán derecho al subsidio familiar sin ninguna limitación en razón de su edad y percibirán doble cuota de subsidio si reciben educación o formación profesional especializadas en establecimiento idóneo.

2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.
3. Los padres del trabajador. Para los efectos del régimen del subsidio familiar se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador y, además, se hallen dentro de las condiciones señaladas en los artículos siguientes.
3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.

Parágrafo. El cónyuge o compañero permanente del trabajador, así como las personas relacionadas en el presente artículo podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios.

4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.

6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación.

7. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

1. De la anterior comparación la Superintendencia extrajo las siguientes conclusiones.

Primero. Se amplió la cobertura respecto de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 21 de

1982, que exigía tener la calidad de beneficiario para acceder al subsidio en especie y servicios, ya que a estos hoy pueden acceder todos los trabajadores de hasta 4 smlmv sin necesidad de tener personas a cargo.

Segundo. El párrafo 1º del artículo 3 de la Ley 789 de 2002 precisó que los hermanos del trabajador deben ser huérfanos de padres (en plural), para ser considerados personas a cargo, con lo cual se modificaron los artículos 27, 28 y 31 de la Ley 21 de 1982, que exigía ser huérfano de padre (singular).

Tercero. La Ley 789 no determina un número mínimo de horas de estudio para las personas a cargo a partir de los 12 años, mientras que el artículo 28 de la Ley 21 de 1982 consagraba que se acreditara la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales.

Cuarto. La Ley 789 de 2002 no considera personas a cargo los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos que superen la edad de 18 años.

Quinto. Para los hermanos huérfanos y los hijos con discapacidad la Ley 789 no estableció un porcentaje de incapacidad. Exigió que la capacidad física esté disminuida al punto de impedir -a la persona a cargo- trabajar para que se cause derecho a doble cuota de subsidio. Además, eliminó para dicho pago la condición de que la persona a cargo en condiciones de invalidez o de capacidad física disminuida, deba recibir educación o formación profesional especializadas en establecimiento idóneo.

1. Si bien la Ley 789 de 2002 disminuyó la edad límite para ser considerada persona a cargo, la nueva regulación es más flexible en cuanto a los requisitos de escolaridad y para el pago de la doble cuota de subsidio monetario para los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar.

1. La Ley 789 de 2002 estableció como fuente de recursos para el fondo que creaba “[l]a suma que resulte de aplicar el porcentaje del 55% que en el año 2002 se aplica a las personas a cargo que sobrepasaban los 18 años de edad. Este porcentaje se descontará

todos los años del 55% obligatorio para el subsidio en dinero como fuente mencionada de recursos del fondo”. Destacó que durante “el debate del proyecto de ley se incluyó el tema de la disminución de la edad de las personas a cargo y también la finalidad con la cual se efectuó tal disminución, pues es claro que las cajas de compensación todos los años transfieren al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC), como fuente para otorgar beneficios a la población cesante que cumpla con los requisitos de acceso, los recursos que resultan de aplicar el porcentaje que del 55% se pagó en el año 2002 en cuotas monetarias a las personas a cargo que se encontraban en esa vigencia en el corte entre 18 y 23 años de edad”.

1. No puede considerarse una regresión del derecho a la seguridad social el redireccionamiento del porcentaje inicialmente destinado a las personas a cargo entre 18 y 23 años. Su nueva destinación -creación de un Mecanismo de Protección al Cesante- tiene como finalidad la articulación y ejecución de un sistema integral de políticas activas y pasivas de mitigación de los efectos del desempleo que enfrentan los trabajadores. Además, facilita la reinserción de la población cesante en el mercado laboral en condiciones de dignidad, mejoramiento de la calidad de vida, permanencia y formalización. Bajo tal perspectiva, la destinación de los recursos del subsidio familiar pretende proteger al trabajador desempleado que por carecer de ingresos no dispone de los recursos para proveer por su familia.

A. Universidad del Rosario12F13

1. Solicitó declarar la constitucionalidad condicionada de la norma demandada “en el entendido que la edad máxima para acceder al subsidio familiar en dinero sea hasta que termine la carrera profesional, o hasta los 25 años mientras el beneficiario se encuentre estudiando”.

1. El artículo 28 de la Ley 21 de 1982 contemplaba como beneficiarios del subsidio, entre otros, a los trabajadores con personas a cargo mayores de edad que “empiecen o estén haciendo estudio post-secundarios, intermedios o técnicos (...) hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad del estudiante (...)”. Sin embargo, la norma acusada derogó dicho régimen limitándolo a los hijos “que no sobrepasen la edad de 18 años”. Con ello desconoció el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1. La libertad de configuración legislativa se encuentra limitada por el deber de respetar “los principios de conservación de derechos en curso de adquisición y condición más beneficiosa en concordancia con los mandatos de progresividad y no regresividad previstos en el artículo 48 de la Constitución”. Dicho límite es desconocido en la norma acusada porque restringe el ámbito de acceso de beneficiarios que habilitan la causación del subsidio familiar en dinero. Más aún cuando dicha limitación no se apoya “en criterios de proporcionalidad y razonabilidad”.

A. Universidad de los Andes^{13F14}

1. Solicitó declarar la exequibilidad condicionada de la norma en el entendido que incluye a las personas entre 18 y 23 años que acrediten escolaridad.

1. El subsidio familiar es una garantía propia del derecho a la seguridad social y, por ello, está cobijado por el principio de progresividad y no regresividad. Bajo esas condiciones procede la aplicación del “test de constitucionalidad de medidas regresivas”.

1. Primero. Contrastada la Ley 21 de 1982 con la Ley 789 de 2002 se concluye que la norma demandada desmejoró las condiciones existentes en tanto limitó el ámbito de la población que podía llegar a ser beneficiaria de dicho derecho, excluyendo a las personas mayores de 18 años, aunque mantengan su condición de estudiantes. Conforme a lo anterior “existe una desmejora para un grupo específico, lo que demuestra que se trata de una medida regresiva”.

1. Segundo. La medida afecta un contenido mínimo esencial del derecho social, en este caso, del derecho a la seguridad social. Señalan que conforme a la jurisprudencia constitucional y a la doctrina del Comité DESC “(i) los apoyos familiares para los hijos a cargo (como el subsidio familiar asignado a los estudiantes entre 18 y 23 años de la norma anterior) hacen parte del contenido del derecho a la seguridad social y (ii) que se presume que una medida regresiva (como la que se estudia) está prohibida”. Conforme a ello “el Estado debe garantizar el acceso a los recursos y medios (subsidio familiar en dinero) que aseguren la satisfacción del derecho humano a la seguridad social”.

1. Tercero. La medida regresiva no está justificada. De conformidad con el trámite legislativo de la Ley 789 de 2002 no se puede acreditar que la medida no es regresiva y, por tanto, es inconstitucional. En efecto, durante su desarrollo no se expuso ninguna justificación. Además, el Legislador no planteó “un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de los derechos involucrados” ni se ocupó de adoptar el cambio de normatividad con un estudio cuidadoso y justificado.

A. Universidad Libre de Colombia¹⁴F15

1. Solicitó declarar la inexequibilidad de la norma por considerar que viola el principio de condición más beneficiosa.

1. Ni la realidad actual ni el Legislador al momento de adoptar la reforma, demostraron que la medida consistente en la derogación del artículo 28 de la Ley 21 de 1982 haya sido necesaria ni mucho menos idónea. Después de dos décadas de aprobada la Ley 789 de 2002, lo único que se ha conseguido es “restringir el acceso a la educación superior de miles de jóvenes pertenecientes a las familias trabajadoras con menores salarios, lo que en términos prácticos significa el aumento de la brecha social y la restricción, cada vez mayor, del acceso a la educación superior de las mayorías”.

1. Sostiene que el Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo (FONEDE) - reglamentado por el Gobierno Nacional- fracasó. Ello se apoya en los estudios realizados por Luz Mary Cárdenas y el Departamento Nacional de Planeación. Tal fracaso produjo su desaparición. Así las cosas, cabe preguntarse: “[s]i el FONEDE fracasó ¿qué razón hay para mantener la norma que mediante la reducción de un derecho social cubría parte de su financiación? ¿Por qué no se ha derogado la norma regresiva si no alcanzó el objetivo esperado?”

A. Harold Eduardo Sua Montaña

1. La Corte debe considerar varios asuntos. En particular, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, es necesario “integrar todas aquellas normas que originan esa afectación”. Estima que “para cesar la vulneración al principio de progresividad de la seguridad social es necesario sacar del ordenamiento jurídico aquellos numerales o artículos cuya vigencia implica una regresión producto de la derogación, tácita o implícita, de normas a través de las cuales figura una prestación concreta sin haber dentro de la legislación formas distintas de dar respuesta a la contingencia cubierta con dicha prestación o sea compensada con previsiones que cubran contingencias no atendidas antes, eliminar enunciados normativos y ajustar la exegesis de otros”^{15F16}.

A. Defensoría del Pueblo16F17

1. Solicitó declarar la constitucionalidad condicionada de la disposición demandada “bajo el entendido de que los hijos mayores de 18 años que se encuentren cursando estudios posteriores al bachillerato académico, tendrán acceso al subsidio a que refiere la norma demandada hasta la edad de 23 años”.

1. La jurisprudencia constitucional relativa al principio de progresividad y la prohibición de regresividad ha indicado que cuando una demanda alegue su infracción debe verificarse si la norma acusada supera el juicio establecido precisamente para ello.

1. Al realizar un cotejo entre la legislación anterior y la norma acusada es evidente el retroceso en el acceso al subsidio. Ello implica que “recae sobre la norma demandada una presunción de inconstitucionalidad, en aplicación del principio de progresividad, del que deriva la prohibición, prima facie, de regresividad”. En la exposición de motivos no existe justificación alguna para incluir en el proyecto la medida analizada.

1. El examen de proporcionalidad permite concluir que (i) la medida persigue una finalidad constitucionalmente imperativa consistente en alcanzar una cobertura integral de los distintos componentes del Sistema de Protección Social, entre ellos el subsidio familiar, así como la consecución de mayores niveles de formalidad en el mercado laboral. No obstante, (ii) el Legislador no ofreció ningún argumento tendiente a defender la idoneidad, la necesidad, ni la proporcionalidad en sentido estricto de dicha medida y, en consecuencia, la disposición es inconstitucional.

A. La Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar17F18

1. Solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada.

1. A su juicio, los demandantes no justificaron la supuesta regresividad de la medida o de sus efectos regresivos en los últimos 18 años de vigencia. Además, no es suficiente sostener que la sola variación de la edad es una medida regresiva, pues ello desconoce “el carácter multidimensional del Subsidio Familiar que obedece a la necesidad de adaptar las prestaciones, entre otros, a criterios de cobertura, ampliación de la base, o el perfil socioeconómico de los beneficiarios, según las transformaciones de la sociedad”.

1. La medida no es regresiva en tanto la reorganización del subsidio familiar tuvo como fin otorgar una nueva prestación. En efecto, los recursos fueron destinados a la creación del Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Desempleado (FONEDE), el cual fue posteriormente modificado por la Ley 1636 de 2013 al crear el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC) que tiene como objetivo financiar el Mecanismo de Protección al Cesante. Ello pretende beneficiar a los trabajadores que hubiesen estado vinculados o afiliados a las Cajas de Compensación Familiar.

1. La medida no disminuyó el radio de protección de un derecho social porque (i) los componentes prestacionales fueron reorganizados con el propósito de aumentar el grado de protección creando una nueva prestación también propia de la seguridad social y (b) los beneficiarios de la nueva prestación (luego de la modificación contenida en la Ley 1636) fueron los trabajadores que hubieren estado afiliados a las Cajas de Compensación Familiar, esto es, los beneficios no se destinaron a personas ajenas a la relación laboral formal que da origen a la prestación social.

1. La medida no generó una disminución de los recursos invertidos en la satisfacción del

derecho social ya que el 4% que aportan los empleadores siguió intacto. Tampoco aumentaron los costos para acceder al servicio ni se eliminó el componente monetario del subsidio familiar. En virtud del principio de eficiencia, se reorganizó la prestación con el fin de crear nuevos beneficios.

1. La medida no afecta los contenidos mínimos intangibles del derecho social ya que sigue vigente y se extiende hasta los hijos del trabajador que cumplan 18 años. En todo caso destaca que (i) el fin perseguido por el legislador resulta ser legítimo, dado que buscaba una dinamización del mercado laboral del país y la consecuente mejoría en las garantías sociales de quienes accedan a ese mercado. A su vez (ii) en cuanto a la idoneidad y necesidad de la medida se encuentra que, para el momento de su adopción, los mecanismos existentes en el ordenamiento eran y siguen siendo insuficientes para mitigar los efectos del desempleo y, por tanto, se requería de la creación de nuevos elementos que contribuyeran a este objetivo.

A. La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI18F19

1. Solicitó a la Corte declararse inhibida por ineptitud sustancial de la demanda y, subsidiariamente, declarar exequible la disposición acusada.

1. La demanda no consideró, al formular el cargo, que la Ley 789 de 2002 dirigió el subsidio familiar reconocido por las personas a cargo mayores de 18 años para financiar un Fondo cuyos programas estaban encaminados al fomento del empleo y la protección al cesante. Este cambio se corresponde con “el propósito del sistema de protección social, en beneficio de los más desprotegidos, los desempleados, que, por eso mismo, no puede ser calificado como regresivo”. En otras palabras, la ley que contiene la norma acusada distribuyó de forma más equitativa los recursos limitados del sistema de protección social.

1. A la Corte Constitucional le corresponde declarar las leyes exequibles o inexequibles. Por ello, “[l]os condicionamientos son para fijar el sentido constitucional de una norma, no para suplir las funciones de otros poderes públicos”.

I. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. La Procuradora General de la Nación^{19F20}, mediante concepto recibido el 7 de abril de 2021, solicita se declare la exequibilidad del numeral 1° del parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 789 de 2002.

1. Con sustento en el artículo 48 Superior, la jurisprudencia constitucional y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que una de las características del derecho a la Seguridad Social es su naturaleza progresiva. No obstante, la Corte (...) ha indicado que dicho carácter progresivo no es absoluto, por cuanto el legislador puede adoptar medidas regresivas, “siempre que resulten proporcionales en búsqueda de un fin superior (...)”.

1. Teniendo en cuenta los criterios definidos por la jurisprudencia puede concluirse que la disposición acusada es constitucional. Primero, no consagra una medida regresiva frente al derecho a la Seguridad Social, ya que, de su contexto se evidencia que “no extrae recursos destinados para la satisfacción de dicha prerrogativa fundamental, sino que los distribuye entre sus distintos componentes (...)”. Segundo, si bien es un efecto de la disposición demandada “que el subsidio familiar ya no sea reconocido en dinero a trabajadores con hijos dependientes entre 18 y 23 años, sino solo a empleados con descendientes menores de edad”, lo cierto es que “(...) dicha disminución se ve compensada por el incremento de la satisfacción del componente dirigido a enfrentar la contingencia del desempleo (...)”. Tercero, según el literal a) del artículo 6° de la Ley 789 de 2002, los recursos que eran utilizados para cubrir el subsidio familiar que se pagaba a los trabajadores con hijos entre los

18 y 23 años, se incluyeron en los dineros destinados para sostener el Fondo de Solidaridad de Fomento del Empleo y Protección al Cesante.

1. En adición a ello destaca, cuarto, que la norma no desconoce los contenidos mínimos intangibles del derecho a la seguridad social, pues, si bien “impacta uno de sus componentes, como lo es el subsidio familiar”, lo cierto es que (a) no afecta el núcleo del beneficio, por cuanto parte de un criterio objetivo, fundado en el hecho de que “las personas a cargo de los empleados se presume superada con la mayoría de edad (...)”; y, (b) con los recursos sustraídos del subsidio familiar “se incrementa la protección frente a la contingencia de desempleo (...)”.

1. En cualquier caso, la disposición impugnada contempla una medida justificada por el legislador, “en la necesidad de actualizar la distribución de los recursos asociados al subsidio familiar, con el fin de fortalecer la atención de la contingencia del desempleo (...)”. En ese orden de ideas la medida persigue (i) una finalidad legítima, en tanto “busca reorganizar la distribución de los recursos destinados para la cobertura de algunos componentes de la seguridad social” para atender la contingencia de desempleo; (ii) es idónea, porque con los recursos que eran destinados para cubrir el subsidio familiar de los empleados con hijos entre 18 y 23 años, se asegura dicha contingencia; (iii) es necesaria, porque “la forma de asegurar una contingencia sin crear una nueva carga que ponga en riesgo la estabilidad del empleo en el país (...) es redistribuyendo los dineros atendiendo al principio de eficiencia”; y, (iv) es proporcional, porque si bien afecta el componente de la Seguridad Social, también lo es que “aumenta la protección del componente establecido para enfrentar la contingencia de desempleo”.

A. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Corte es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 3, párrafo 1 (numeral 1) de la Ley 789 de 2002, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución.

Planteamiento general del caso y método de la decisión

1. La Ley 21 de 1982 -por medio de la cual se modificó el régimen de subsidio familiar^{20F21}- estableció que este constituye una prestación social susceptible de ser pagada en dinero, especie y servicios (art. 1). Según prevé, tiene como destinatarios a los trabajadores de medianos y menores ingresos en proporción al número de personas a cargo (art. 1). Su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad (art. 1). El referido subsidio no constituye salario ni se computa como factor del mismo y, en general, es inembargable (arts. 2 y 4).

1. El artículo 28 de la referida ley establecía, entre los grupos de personas a cargo que dan lugar al subsidio, a los hijos que sobrepasaran la edad de 18 años y hasta la edad de 23 años cumplidos, siempre y cuando se acreditara la calidad de estudiantes post-secundario, intermedio o técnico.

1. La Ley 789 de 2002 adoptó normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social. La disposición acusada estableció las personas que, por encontrarse a cargo del trabajador, darían lugar al subsidio familiar. Al ocuparse de los hijos dispuso que no podrían sobrepasar la edad de los 18 años y, a partir de los 12 -como lo indicaba la regulación precedente- debería acreditarse la escolaridad.

1. La cuestión planteada por los demandantes le impone a la Corte establecer si la modificación que se introdujo respecto de la conformación del grupo de hijos a cargo que

habilitan el acceso al subsidio familiar por parte de los trabajadores, violó la prohibición de retroceso injustificado en el grado de protección del derecho a la seguridad social^{21F22}. Dicha prohibición resulta de la interpretación conjunta de la cláusula de Estado Social prevista en el artículo 1º de la Constitución, del artículo 2º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. La Corte concluirá que la disposición impugnada no desconoció el derecho a la seguridad social. Sostendrá (i) que el subsidio familiar es una prestación social de origen legal que desarrolla el derecho a la seguridad social; (ii) que la contracción del grupo de hijos a cargo que da lugar al pago del subsidio familiar -resultado de la aprobación de la Ley 789 de 2002- constituye un retroceso en el grado de protección de ese derecho; (iii) que ese paso atrás no desconoció los contenidos mínimos del derecho a la seguridad social inmediatamente exigibles; y (iv) que la contracción del grupo de hijos considerados como personas a cargo, puede justificarse en función de los objetivos de promover la ocupación y apoyar a los desempleados, invocados en el curso del trámite legislativo y del proceso adelantado en este tribunal.

1. Con el propósito de fundamentar las referidas conclusiones la Corte seguirá el siguiente orden. Inicialmente y como cuestión preliminar se referirá brevemente a la aptitud de la demanda teniendo en cuenta que, en la sentencia C-103 de 2018 y frente a una acusación semejante, la Corte adoptó una decisión inhibitoria. A continuación, recapitulará el precedente relativo al fundamento, alcance y pautas de aplicación de la prohibición de retroceso injustificado. Finalmente, precisará el método de análisis de la disposición demandada y juzgará su validez constitucional.

Cuestión preliminar: la demanda satisface las exigencias para adoptar una sentencia de mérito

1. En la sentencia C-103 de 2018 la Corte se inhibió de pronunciarse respecto de la misma disposición ahora cuestionada y por un cargo nominado de manera igual al admitido. No

obstante, la deficiencia identificada en esa oportunidad no se predica de la acusación que ahora se examina. Con el objeto de fundamentar esta conclusión, la Sala precisará las razones de la inhibición consideradas en la sentencia C-103 de 2018 y, a continuación, las contrastará con la acusación ahora presentada.

1. La tesis central de la sentencia C-103 de 2018 consistió en afirmar que el cargo relativo a la violación de la prohibición de retroceso injustificado no era apto. En efecto, los demandantes no consideraron que la modificación de los beneficiarios del subsidio había tenido una justificación durante su trámite de aprobación en el Congreso. En la referida providencia se indicó que con la Ley 789 de 2002 “además de promover el crecimiento del empleo, se buscaba ampliar algunas garantías de carácter social de los trabajadores”. Preciso la Sala en esa oportunidad que “[n]o es cierto entonces, que el Legislador nunca hubiese tenido una razón para tomar la decisión de introducir la medida regresiva acusada”. Afirmó que “[e]xplicitamente se advierte en el texto de la propia Ley que parte de los recursos que antes se destinaban al subsidio familiar, ahora harán parte de un Fondo para fomentar el empleo y para crear mecanismos de protección a la persona desempleada” tal y como ello se desprende de los artículos 6 y 9. Bajo esa perspectiva, la Sala Plena señaló que le correspondía a los demandantes, de una parte, (i) identificar de manera precisa cuál es la razón por la cual el Legislador, ejerciendo el amplio margen de configuración del ordenamiento jurídico que le confiere la Constitución, resolvió expedir la norma legal en cuestión y, de otra, (ii) indicar por qué tales razones no logran justificar tal medida a la luz del orden constitucional vigente.

1. Las debilidades destacadas y que impidieron en ese entonces un pronunciamiento de fondo no se encuentran en la acusación ahora formulada. Esa conclusión se apoya en tres razones. Primero, la demanda caracteriza el retroceso, describiendo el alcance de la prestación monetaria del subsidio familiar antes y después de la Ley 789 de 2002. Segundo, advierte que la disposición acusada desconoce contenidos mínimos del derecho a la seguridad social. Tercero, el escrito reconoce y explica que, a pesar de que la medida persigue finalidades relevantes para la Constitución, no supera las exigencias de los

exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1. Conforme a lo anterior, las condiciones para adoptar una decisión de fondo se encuentran satisfechas. Además de las razones antes señaladas, esa conclusión encuentra apoyo en el hecho de que en el curso del proceso las intervenciones ofrecieron elementos de juicio relacionados con la validez de la disposición demandada. Si bien tales intervenciones no constituyen una condición suficiente ni necesaria para habilitar un pronunciamiento de mérito, son indicativas de que los extremos del debate han sido debidamente planteados y comprendidos por el demandante, las autoridades, los expertos y la ciudadanía. Inicia entonces la Corte el análisis.

1. La jurisprudencia constitucional ha delimitado el alcance del mandato de progresividad indicando que “es tanto una herramienta conceptual como un mandato normativo derivado del derecho internacional de los derechos humanos que se aplica siempre que se deba evaluar la validez de medidas destinadas a aumentar el goce de los derechos constitucionales, así como aquellas que eventualmente constituyan un retroceso en esa aspiración”^{22F23}.

1. Tales exigencias encuentran fundamento en diferentes instrumentos internacionales. El primer inciso del artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales^{23F24} prevé que el Estado “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”. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, a su vez, el compromiso de los Estados de “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta

de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”^{24F25}. El artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana prevé el compromiso de los Estados de “adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, 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” ^{25F26}.

1. Dichos instrumentos -integrados al bloque de constitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 93^{26F27}- así como la interpretación que de los mismos ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, son importantes referentes para precisar y delimitar el mandato de progresividad en el orden interno^{27F28}. En esa dirección, la Observación No. 3 relativa a “[l]a índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” establece tres premisas básicas. Primero: el avance en la materialización progresiva de los derechos reconocidos supone (a) una “obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”, sin desconocer (b) un grado de flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad” de tales derechos. Segundo: cuando los Estados adopten “medidas de carácter deliberadamente retroactivo” será exigible “la consideración más cuidadosa”, de modo que ellas se encuentren justificadas “plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Tercero: los Estados tienen “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, de modo que un Estado “en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”.

1. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el fundamento del mandato de

progresividad y la prohibición de retroceso no se limita a las fuentes internacionales antes referidas. Según ha sostenido, el contenido de tales instrumentos “armoniza plenamente con la Carta”^{28F29}. En efecto “la Constitución no sólo consagra que es deber de las autoridades hacer efectivos todos los derechos constitucionales (CP art. 2º) sino que además consagra la fórmula política del Estado social de derecho (CP art. 1º), la cual (...) implica que el Estado no se debe limitar a proclamar los derechos sino que tiene que tomar las medidas conducentes para hacerlos efectivos”^{29F30}. Además, la Constitución establece cláusulas específicas que reconocen ese contenido previendo, por ejemplo, que el Estado ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social (art. 48); promoverá el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (art. 64); y adelantará las acciones para asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos (art. 334).

1. La exigibilidad del mandato de progresividad y de la prohibición de retroceso no depende de que la prestación analizada encuadre en alguna de las “generaciones” de derechos que ha empleado la doctrina y la jurisprudencia para clasificarlos. Según precisó este tribunal “todos los derechos tienen contenidos de carácter positivo y negativo, razón por la cual el principio sería aplicable también a las facetas positivas de los derechos tradicionalmente considerados civiles y políticos, cuya aplicación inmediata suele considerarse fuera de discusión”^{30F31}. Teniendo en cuenta su doble fundamento internacional y constitucional la Corte encuentra que tales exigencias se predicen, en general, de los derechos referidos en los tratados públicos que lo consagren y de los derechos previstos en la Carta Política^{31F32}.

1. La jurisprudencia constitucional, además de precisar que “[e]l ámbito de aplicación del principio de progresividad corresponde a aquellas obligaciones diferentes de las que han sido definidas como de aplicación inmediata”^{32F33}, ha establecido que dicho principio impone no solo el deber de adoptar regulaciones que contribuyan a la expansión y efectividad de los derechos cobijados por dicho mandato o, como ha dicho la Corte, “la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos”^{33F34} y

de “aumentar el número y contenido de las prerrogativas que dicho derecho confiere a sus titulares”^{34F35}. También proscribe la adopción de medidas que reduzcan injustificadamente su grado de protección como expresión “del principio de interdicción de arbitrariedad”^{35F36}. Teniendo en cuenta el contenido de la acusación la Corte se detendrá en el examen de la segunda dimensión^{36F37}.

1. Varios criterios, reconocidos y aplicados por esta Corporación, deben tenerse en cuenta antes de afirmar que se ha producido una infracción a la prohibición de retroceso. Ellos pueden enunciarse de la siguiente forma: (i) las medidas que impliquen un retroceso en el grado de protección se presumen regresivas y, en consecuencia, inconstitucionales; (ii) ningún retroceso puede desconocer el contenido básico o mínimo del derecho constitucional comprometido^{37F38}; y (iii) la activación de la presunción impone a las autoridades la carga de presentar razones que puedan justificar el retroceso y, de no hacerlo, deberán ser declaradas contrarias a la Constitución. A partir de tales criterios, la jurisprudencia de este tribunal ha definido que la prohibición “no es absoluta, pues se entiende que existen situaciones que de conformidad con determinaciones de racionalización de recursos y con el momento histórico de cada Estado admiten el retroceso de la efectividad de algunas garantías, sin que ello suponga necesariamente una arbitrariedad, lo cual se verifica mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida”^{38F39}. A continuación, la Corte se referirá a cada uno de tales criterios con el propósito de identificar el modo en que ellos han sido comprendidos en la jurisprudencia.

a. Las medidas que impliquen un retroceso en el grado de protección se presumen regresivas y, en consecuencia, inconstitucionales

1. La reducción del grado de protección o retroceso es una “condición habilitante para efectos de desplegar el control de constitucionalidad”^{39F40}. Tal fenómeno se configura cuando “la disposición demandada modifica las condiciones normativas que le preexisten, en el sentido de retroceder, por cualquier medio, el nivel de satisfacción alcanzado en favor de

los derechos sociales”^{40F41}. Eso ocurrirá cuando la medida (i) recorta el ámbito sustantivo de protección del derecho o disminuye su radio de protección; (ii) aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al mismo; o (iii) disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción.

1. Desde el punto de vista metodológico la Corte ha señalado que para definir si una medida implica un retroceso es necesario emprender “un cotejo entre la norma de la disposición demandada y la norma que se afectaría con dicho cambio normativo”^{41F42}. Para tal efecto “[d]ebe verificarse (...) que ambas normas guarden una suerte de identidad entre sí, o en otras palabras, que ambas regulen un mismo supuesto de hecho y una misma consecuencia jurídica”^{42F43}. A fin de establecer dicha identidad corresponde realizar “una comparación entre los elementos normativos de la disposición posterior (demandada) con los elementos normativos de la disposición anterior (conducta regulada, circunstancias normativas, destinatarios, beneficiarios, titulares, sujetos obligados, y demás elementos que puedan ser relevantes según el caso)”^{43F44}. Bajo esa perspectiva “el escrutinio constitucional comprende ‘una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir, el juicio de constitucionalidad de estas medidas incluye también un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente’ (...)”^{44F45}.

1. Como se indicó, la existencia del retroceso constituye una condición necesaria para activar la presunción de inconstitucionalidad. Este examen requiere una doble precaución en la elección de los estándares de protección objeto de comparación. De una parte, el contraste entre la situación pasada y la nueva no puede concentrarse, únicamente, en la medida particular cuestionada cuando, como suele ocurrir, ella se inscribe en un sistema más amplio de medidas o instrumentos para el desarrollo de una política. A su vez, de otra parte, el examen no puede imponer un cotejo entre todas las variantes de la política de la que hace parte la medida específica a tal punto que sea aniquilada su autonomía prescriptiva. Bajo esa perspectiva es necesario establecer, según la política pública de la que se trate, cuáles son las categorías o instituciones susceptibles de ser comparadas. Precisamente en esa dirección, al fijar las exigencias argumentativas propias de un cargo de esta naturaleza, la

Corte ha señalado que “[n]o basta, a juicio de la Corte, que se enuncien las diferencias entre disposiciones aisladas cuyo significado jurídico depende de su relación con las otras normas del cuerpo normativo del que hacen parte”^{45F46}. Ha señalado entonces que el contraste que debe realizarse frente a un cargo de esta naturaleza exige establecer si la relación entre los dos regímenes es de complementariedad y o de regresividad^{46F47}.

1. La jurisprudencia, según se dijo, ha referido tres hipótesis indicativas de un retroceso: el recorte del ámbito sustantivo de protección del derecho, el aumento sustancial de los requisitos exigidos para acceder al mismo y la disminución o desvío sensible de los recursos públicos destinados a su satisfacción. Cabe insistir que, como lo muestra la jurisprudencia constitucional, la existencia de un retroceso no conduce, inevitablemente, a la declaratoria de inconstitucionalidad.

1. Entre las formas de reducción del ámbito de protección del derecho pueden identificarse las siguientes: (i) impedir el reajuste indexado -con base en la inflación causada- de los salarios de los servidores de las entidades cobijadas por el presupuesto general de la Nación (C-1064 de 2001)^{47F48}; (ii) excluir como beneficiarios del régimen de salud a los padres de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en retiro (C-671 de 2002); (iii) ampliar la jornada diurna, reducir el recargo por trabajo en festivos y dominicales, así como disminuir las indemnizaciones establecidas para los contratos a término indefinido (C-038 de 2004); (iv) establecer un límite temporal, antes inexistente, respecto de la protección laboral reforzada -madres y padres cabeza de familia y personas en situación de discapacidad- de personas vinculadas a entidades en proceso de reestructuración (C-991 de 2004); (v) disminuir el monto de los subsidios reconocidos para el desarrollo de un programa de vivienda (T-1318 de 2005); (vi) eliminar el deber de los vendedores de vivienda de interés social de constituir una póliza para garantizar la estabilidad y la buena calidad de la vivienda (C-444 de 2009); (vii) prescindir de un subsidio educativo previsto para hijos en situación de discapacidad de pensionados (T-750 de 2010); (viii) suspender la prestación del cuarto grado lectivo (octavo y noveno) para jóvenes y adultos (T-428 de 2012); (ix) liberar de restricciones la enajenación de baldíos adjudicados o de tierras adquiridas mediante subsidios a campesinos de escasos recursos (C-644 de 2012); (x) fijar un régimen diferente de medidas cautelares aplicable a la acción de tutela cuando ella se tramite ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo (C-284 de 2014); (xi) derogar una disposición que con el fin de garantizar el acceso al agua potable prohibía trasladar el cobro de tasa retributiva y/o tasa por uso del recurso, a la población que pertenezca a los estratos 1, 2 y 3 (C-493 de 2015); (xii) disminuir los términos previstos para decidir sobre una solicitud de licencias ambientales (C-298 de 2016)^{48F49}; (xiii) prohibir la donación y utilización de órganos o tejidos de “no nacidos abortados” (C-294 de 2019); y (xiv) suspender los servicios de internet a una escuela rural de niños (T-030 de 2020).

1. Como retrocesos derivados del incremento de los requisitos para acceder a un derecho, se han calificado medidas que (i) imponen la obligación de demostrar la “fidelidad” de cotización en el sistema para acceder a la pensión de invalidez (C-428 de 2009) o a la pensión de sobrevivientes (C-559 de 2009); (ii) varían el número de semanas y el monto de la pensión para los aviadores civiles (C-228 de 2011); (iii) incrementan la cuantía para recurrir en casación (C-372 de 2011); y (iv) modifican la regulación relativa al plazo para pagar las cesantías y disminuyen la sanción por el incumplimiento de esta obligación (C-486 de 2016).

1. A su vez, entre los eventos de disminución o desviación de recursos se han identificado, por ejemplo, (i) la reducción de recursos destinados al Fosyga (C-1165 de 2001); (ii) la no actualización del poder adquisitivo de los recursos destinados a las universidades públicas (C-931 de 2004); y (iii) la creación de mecanismos de cofinanciación del pasivo pensional entre la Nación y las universidades (C-507 de 2008).

1. La Corte ha previsto “que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo”^{49F50}. Ha señalado, por ejemplo, que no podría calificarse como un retroceso (i) “un incremento en la cotización en seguridad social (...) pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población”^{50F51}. Tampoco será un retroceso (ii) incrementar el número de semanas que deben ser cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, cuando la variación se acompaña de un aumento de

tiempo para hacer valer las semanas cotizadas (C-428 de 2009)51F52; (iii) eliminar el incentivo por la presentación de acciones populares (C-630 de 2011)52F53; (iv) habilitar al Gobierno Nacional para orientar y focalizar estímulos e instrumentos de política a los proyectos productivos relativos a las ZIDRES (C-028 de 2018)53F54; (v) restringir el concepto de patrimonio sumergido cuando dicha limitación no lo excluye del régimen general del patrimonio cultural (C-553 de 2014)54F55; (vi) eliminar una causal de nulidad en el proceso civil (C-537 de 2016)55F56; (vii) aumentar la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años (C-135 de 2018)56F57; (viii) imponer la obligación de las cooperativas -antes prima facie inexistente- de vincular al sistema de seguridad social a sus afiliados (C-182 de 2010)57F58; y (ix) modificar la destinación de recursos recaudados en virtud de una estampilla para la protección de la vejez cuando dicha variación se orienta a mejorar, mediante otras acciones, el sistema de protección (C-503 de 2014)58F59.

1. La primera etapa del juicio por prohibición de retroceso exige, en suma, el cotejo de dos situaciones normativas, la antigua y la nueva, con el objeto de establecer si el grado de protección ha sido reducido. Constituyen manifestaciones de ese retroceso, según lo evidencia la práctica de este tribunal, las medidas que afectan negativamente el objeto de protección del derecho, que reducen el grupo de titulares o que afectan los medios económicos o institucionales -presupuestales o judiciales- para hacerlos efectivos59F60.

1. La constatación de un retroceso deja a la disposición enfrentada a una muralla conformada por dos exigencias. La primera, prohíbe afectar el contenido mínimo intangible del derecho correspondiente. La segunda, ordena -bajo la condición de que dicho contenido se encuentre inmune- que el retroceso se encuentre debidamente justificado.

a. Un retroceso no puede afectar el contenido mínimo del derecho constitucional de que se trate

1. La jurisprudencia ha sostenido que ninguna medida que implique un retroceso puede desconocer “los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales”^{60F61}. En esta materia “[n]o existen reglas generales en los tratados internacionales, ni en la jurisprudencia de esta Corte que precisen el contenido mínimo intangible de tales derechos”^{61F62}. A partir de esa premisa, el examen “debe hacerse caso por caso, consultando la naturaleza de cada derecho, las garantías reconocidas por los tratados internacionales que los desarrollan, la doctrina del Comité para la vigilancia del PIDESC y, sobre todo, el régimen constitucional de cada uno de ellos”^{62F63}. Por ello “unas serán las reglas aplicables para definir, por ejemplo, el contenido mínimo del derecho al trabajo, otras el de la seguridad social, y unas diferentes en relación con el derecho a la educación o a la vivienda”.

1. Precisamente en esa dirección indicó que “así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los ‘derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico’”^{63F64}. Apoyándose en tal doctrina, la Corte sostuvo entonces que “existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas”^{64F65} lo que implica que “la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos”^{65F66}.

1. La Corte se ha referido a las dimensiones de los derechos a efectos de establecer en qué casos son inmediatamente exigibles. Se ha establecido que todos los derechos fundamentales se componen de dos facetas. Bajo esa perspectiva “tienen una arista de exigibilidad inmediata, que implica (...) un deber de abstención para el Estado y los particulares, pues están obligados a no interferir en el ejercicio del derecho fundamental”^{66F67} al tiempo que también comprende “obligaciones positivas que pueden involucrar algunas de carácter prestacional y que son de cumplimiento inmediato, por cuanto hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental”^{67F68}. A su vez, ha señalado que

“existe una faceta prestacional, la cual supone que el Estado lleve a cabo acciones positivas para lograr su satisfacción” y que, por esa naturaleza se sujeta “al principio de progresividad”^{68F69}.

1. La definición de los titulares, destinatarios y prestaciones -positivas o negativas- adscritas a una norma constitucional de derechos, plantea dificultades no solo por la labor inicial de fundamentación de tales elementos, sino también por los problemas que se suscitan cuando entran en colisión con otros derechos o intereses constitucionales. En algunos casos, ello es definido directamente por la disposición constitucional relevante o incluso precisado por el legislador, mientras que, en otros, la labor judicial consigue tal propósito a partir de la situación de los sujetos que reclaman su titularidad y el tipo de las prestaciones demandadas.

1. Precisamente en esa dirección este tribunal ha señalado que “[p]ara cada derecho hay un mínimo de contenidos prestacionales que el Estado debe proporcionar, independientemente de cualquier consideración, los cuales son de aplicación inmediata y pueden ser solicitados por vía de tutela en casos individuales”^{69F70}. Precisa la Corte que “[e]ste mínimo ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional considerando en cada caso las circunstancias particulares de los peticionarios y las características específicas del derecho tutelado”^{70F71}. Advierte que “se observa una tendencia a proteger como contenidos de cumplimiento inmediato aquellos que, por tratarse de acciones simples del Estado, no requieren mayores modificaciones en las prioridades presupuestales (...) y los que demandan una acción estatal inmediata debido a ‘la gravedad y urgencia del asunto’, (...) por ser ‘imprescindibles para la garantía de la dignidad humana’, (...) o por existir una norma constitucional expresa (...)”^{71F72}.

1. La Corte ha identificado algunos supuestos de afectación de contenidos mínimos en el contexto de exámenes por violación de la prohibición de retroceso. Ha señalado que corresponden a contenidos mínimos (i) la existencia de una política pública que se concrete

en un programa de acción para garantizar la accesibilidad a los sistemas de transporte de las personas en situación de discapacidad física (T-595 de 2002); (ii) el acceso y gratuidad de la enseñanza primaria (C-376 de 2010); (iii) el acceso a la educación de las personas en situación de discapacidad en condiciones de igualdad^{72F73} (T-750 de 2010); (iv) la garantía del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual en condiciones de igualdad (C-754 de 2015)^{73F74}; (v) el acceso de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los niños y niñas, a un contenido mínimo al derecho al agua (T-760 de 2015); (vi) los cuidados obstétricos o el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos (SU-074 de 2020); y (vii) el derecho de los extranjeros migrantes a recibir atención básica y de urgencias en el territorio nacional (T-298 de 2019).

a. La medida que retroceda en el grado de protección de un derecho se presume inconstitucional y, en consecuencia, su validez definitiva depende de que se encuentre debidamente justificada conforme al principio de proporcionalidad

1. La existencia de un retroceso en el grado de protección de un derecho -que no afecta su contenido mínimo- no es suficiente para afirmar la violación de la Constitución. Se trata de un hecho que activa una presunción de regresividad y, por ello, de inconstitucionalidad. Ha señalado la jurisprudencia que “una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”^{74F75}.

1. A pesar de que existe una tesis común en virtud de la cual un retroceso en el grado de protección de un derecho exige verificar cuidadosamente su justificación, es posible identificar diferentes aproximaciones metodológicas que obedecen al hecho de que, según ha señalado la Corte, “[l]as reglas sobre el tipo de justificación y la forma en que debe adelantarse el escrutinio varían de caso a caso”^{75F76}. A continuación, aborda esta materia.

1. Sobre la estructura del examen es posible identificar dos enfoques básicos.

1. El primero sostiene que en todos los casos en los cuales deba juzgarse un retroceso la medida que lo implementa se somete a un examen de proporcionalidad de intensidad estricta. Se exige, entonces, que (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, (ii) sea efectivamente conducente, (iii) resulte necesaria y (iv) pueda considerarse proporcionada en sentido estricto^{76F77}. Se trata de un escrutinio que seguiría el rigor establecido para todos aquellos eventos en los cuales este tribunal ha establecido un examen de tal intensidad, tal y como fueron unificados en la sentencia C-345 de 2019.

1. El segundo enfoque plantea una vía diferente: es posible modular la intensidad del juicio. Esta perspectiva, a su vez, ha tenido dos variantes básicas.

1. Una de ellas señala que para definir la intensidad del análisis debe considerarse si, por ejemplo, se trata de un asunto en el que las autoridades, en particular el legislador, disponen de un amplio margen de configuración. Esta postura, desarrollada detenidamente en la sentencia C-038 de 2004 a propósito de un caso que imponía juzgar medidas que implicaban un retroceso en el grado de protección del derecho al trabajo, puede reconstruirse en tres pasos.

a. Inicialmente, la Corte indica la existencia de razones que justificarían intensidades variables para juzgar el retroceso. Destaca que se debe “tener en cuenta que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, en donde la Carta reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso (CP

arts 333 y 334)” y, luego de ello, indica que “en estas materias, el escrutinio judicial debe ser flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin de respetar la discrecionalidad que la Carta les concede (...)”. Sin embargo, luego advierte que “las regulaciones acusadas no sólo tienen incidencia sobre un derecho social fundamental, como es el derecho al trabajo (CP arts 25 y 53) sino que además implican una regulación diversa de la protección de ese derecho social, lo cual podría ser contrario, al menos prima facie, al mandato constitucional de progresividad”. Ello impone “que el escrutinio judicial sea riguroso, pues ese tipo de medidas se presumen contrarias a la Constitución, al PIDESC y al Protocolo de San Salvador”.

a. En el segundo paso destacó que tal circunstancia, esto es, la presencia de razones relevantes para justificar simultáneamente un escrutinio estricto y uno de menor intensidad, sugería que “el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertos aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del Legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo”. Señaló, seguidamente, “que frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo”. Preciso que “[e]l examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques”. Conforme a ello “entre más inseguras y discutidas sean las premisas empíricas en que se funda una decisión del Legislador, menos intenso debe ser el control constitucional de la opción legislativa, puesto que el juez constitucional no cuenta con conocimientos seguros para cuestionar dicha opción, precisamente porque se trata de un terreno polémico y controvertido en términos de la ciencia y la cultura”.

a. En el tercer paso advirtió que, al definir la intensidad del control, debe tomar en cuenta el carácter más o menos “polémico y controvertido” del terreno a fin de armonizar adecuadamente las competencias legislativas y las atribuciones de la Corte. Señaló que “debido a las discrepancias, es natural que el juez constitucional sea deferente con la opción tomada en el debate democrático, y por ello en principio debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso, salvo que éstos sean manifiestamente irrazonables”. Según la Corte “a pesar de la deferencia hacia el debate democrático” resulta indispensable que “el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo”. Concluyó señalando que, en adición a ello, le corresponde a la Corte “verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”.

40. Aunque no con idéntica terminología se inscriben en esta aproximación pronunciamientos de la Corte que introducen, por ejemplo, variaciones al examen de necesidad. Bajo esa perspectiva en algunas providencias se indica respecto de dicho examen, que es suficiente darlo por superado cuando “luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto”^{77F78}. Igualmente, aunque sin precisar sus consecuencias metodológicas otros pronunciamientos han advertido que “el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad”^{78F79} dado que la “prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”^{79F80}.

1. Conforme a lo anterior, la sentencia C-038 de 2004 estableció un examen de proporcionalidad cuyas etapas o juicios deben considerar la distribución de competencias para regular la materia de que se trate, así como el carácter más o menos polémico o controvertido del terreno en el cual tiene lugar la disputa constitucional. A su vez,

pronunciamientos posteriores proponen que el estándar en el juicio de necesidad, se limite a valorar que la medida “parezca necesaria” y que la intensidad del escrutinio debería acentuarse si se trata de medidas que afecten a personas especialmente protegidas.

1. La otra variante del segundo enfoque sugiere que, en algunas oportunidades, las medidas regresivas deben ser juzgadas a partir de juicios de proporcionalidad de intensidad intermedia. Bajo esa perspectiva recientemente señaló, al analizar la decisión de la Secretaría de Educación de Antioquia de suspender la prestación del servicio de internet a una escuela rural, que era aplicable “un test de no regresividad de intensidad intermedia”. Precisó la Corte que dicha intensidad obedecía a que la razón de la suspensión tuvo como causa “la ostensible reducción de recursos girados por el Ministerio de Educación”. Advirtió que “no se aplicará prima facie la presunción de inconstitucionalidad de la medida, aun cuando la misma recae sobre el derecho fundamental a la educación de un grupo de especial protección constitucional, esto es, los niños, niñas y adolescentes que estudian en la Institución Educativa en cuestión” Advirtió que se trataba “de un asunto en el cual el juez constitucional es deferente, teniendo en cuenta las circunstancias concretas referidas por la parte accionada (la ostensible restricción presupuestal)”. Y más adelante, precisó que para el recorte del derecho a la educación la entidad debía “demostrar la existencia (i) de una finalidad importante y (ii) la efectiva conducencia de su decisión para lograr dicha finalidad”.

1. Tal decisión supone entonces que en algunos casos el examen de proporcionalidad debe reducir la intensidad. Ello puede tener como efecto -a diferencia de la aproximación prevista en la sentencia C-038 de 2004- la inaplicación de algunas de las etapas de la proporcionalidad.

1. Las observaciones adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no refieren una estructura particular para el examen de la justificación del retroceso. Ello no quiere decir que no establezcan algunos límites. En efecto, la Observación No. 3 establece

que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. A su vez, la observación No. 18 sobre el derecho al trabajo indica que “[a]l igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo” a pesar de lo cual “[s]i deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes”^{80F81}.

1. Una cuestión adicional que se ha planteado es la relativa a las fuentes pertinentes para el análisis de la justificación. En ciertas oportunidades este tribunal ha declarado la inconstitucionalidad al echar de menos, en el Congreso, cualquier valoración o evidencia acerca de la posible justificación o explicación de la medida^{81F82}. En otras decisiones ha reconocido -sin descartar la deliberación en el Congreso- que pueden tomarse en cuenta otros elementos de juicio aportados en el curso del proceso de constitucionalidad o incluso apelar a los demás contenidos de la ley de la que hace parte la disposición demandada^{82F83}.

Algunas conclusiones

1. La Sala Plena ha tomado nota del desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia constitucional la prohibición de retroceso injustificado. El resultado ha consistido en un conjunto de criterios que, caso a caso, orientan la actividad de este tribunal. Tales criterios han contribuido (i) a delimitar los deberes del Estado en la garantía de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales; (ii) a concretar las obligaciones derivadas de los tratados ratificados por el Estado e integrados al bloque de constitucionalidad; (iii) a fijar pautas metodológicas para adelantar el escrutinio de medidas acusadas de ser regresivas; y (iv) a establecer formas de escrutinio que sean sensibles a las competencias de las

autoridades públicas en la configuración de las políticas públicas.

1. Teniendo en cuenta algunas de las discrepancias metodológicas identificadas, la Corte encuentra importante reiterar el contenido básico de la prohibición de retroceso injustificado, precisando algunos de sus aspectos.

1. Primero. Constituye un presupuesto o “condición habilitante” del juicio por la infracción de la prohibición de retroceso injustificado, la acreditación de que la regulación que se cuestiona reduce o afecta negativamente el grado de realización de la faceta prestacional de un derecho constitucional. Ello ocurrirá, en general, cuando (i) se reduce el ámbito de protección sustantivo del derecho -excluyendo algunas de las prestaciones o algunos de sus titulares-; (ii) se incrementan -sin compensarlas- mayores condiciones o requisitos para acceder a un derecho; y (iii) se reducen o desvían sensiblemente los recursos destinados a la realización de un derecho.

1. Segundo. Una vez se constata la existencia de un retroceso en los términos señalados, corresponde examinar que la medida no afecte contenidos mínimos intangibles u obligaciones de inmediato cumplimiento. Para el efecto, deben valorarse los contenidos constitucionales específicos, así como las obligaciones contenidas en tratados internacionales. Igualmente, en la tarea de identificar unos y otros será necesario tener en cuenta la urgencia de la prestación y su impacto en las dimensiones de la dignidad humana. Si la medida desconoce dicho contenido será inconstitucional.

Tercero. Cuando la medida implique un retroceso y no se afecta un contenido mínimo, será necesario evaluar si puede justificarse. Con ese propósito el juicio de proporcionalidad constituye un instrumento relevante. En general, la constitucionalidad de la medida dependerá de la superación de las cuatro etapas que conforman dicho escrutinio. En todo caso, precisa la Corte, cuando (a) se examinen retrocesos legislativos en el grado de protección de los derechos y (b) estos hagan parte de medidas integradas a políticas públicas

amplias y multidimensionales respecto de las cuales el legislador dispone, en principio, de un amplio margen de configuración, el juicio exige (i) que el retroceso persiga fines constitucionalmente imperiosos; (ii) que exista evidencia suficiente acerca de la idoneidad de la medida para alcanzar el propósito; (iii) que considerado el contexto en el que se produce su adopción pueda concluirse -prima facie- que el legislador eligió entre los medios disponibles, el menos restrictivo; (iv) que el grado de satisfacción de la finalidad perseguida compense el nivel o intensidad de la restricción o interferencia producida en el grado de realización del derecho.

1. Cuarto. En casos absolutamente excepcionales, en los cuales la causa del retroceso de la actuación de una autoridad administrativa obedezca a una circunstancia que se escape completamente de su control o se presenten circunstancias de evidente restricción presupuestal o aguda crisis económica, será posible valorar la justificación de la medida mediante la aplicación de exámenes de proporcionalidad que, plenamente justificados, reconozcan al legislador un mayor margen para valorar la situación y adoptar las medidas correspondientes.

1. Quinto. Cuando se trate del control constitucional de una medida legislativa, la valoración de la justificación para el retroceso podrá apoyarse en la información (i) surgida del trámite del proyecto de ley, (ii) de aquella públicamente disponible al momento de decidir o (iii) de la aportada en el curso del proceso de constitucionalidad. En todo caso no será admisible un retroceso cuando la medida adoptada carece por completo de apoyo o referencia en el trámite legislativo o en los textos aprobados.

La modificación que introdujo el numeral 1 del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 789 de 2002 no desconoce la prohibición de retroceso injustificado

1. Con el propósito de definir la constitucionalidad de la disposición acusada la Corte desarrollará los siguientes pasos. Inicialmente establecerá si el subsidio familiar se encuentra

o no comprendido por el ámbito de protección del derecho a la seguridad social. En caso de que ello sea así, establecerá si la medida analizada constituye un retroceso constitucionalmente relevante. Si la respuesta es positiva, verificará si afecta el contenido mínimo o las obligaciones inmediatamente exigibles que se adscriben al derecho a la seguridad social. De no ser eso lo que ocurre, establecerá si el retroceso se encuentra justificado según las exigencias de la proporcionalidad

1. La seguridad social, ha dicho la Corte desde sus primeras providencias, “ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (CP art. 48)”^{83F84}. El propósito de la seguridad social consiste en “asegurar a toda persona, independientemente de su situación laboral, las condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal”. Teniendo en cuenta la complejidad de su materialización, ese derecho impone adoptar múltiples medidas legislativas relativas a las prestaciones protegidas, así como al conjunto de instituciones, procedimientos y recursos para garantizarlas.

1. El subsidio familiar constituye, según la jurisprudencia constitucional una de las especies que integra el género de la seguridad social. Para el efecto, apoyándose en la legislación que define su alcance, estableció que se trata de “una prestación social cuya finalidad es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia de los trabajadores de menores o medianos ingresos y, ahora, de los pensionados (...) de forma que tales condiciones materiales puedan ser satisfechas”^{84F85}.

1. La Corte ha definido las características del subsidio. Se trata de “una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario”^{85F86}. Ha

destacado que [t]iene por objetivo fundamental la protección integral de la familia”^{86F87} señalando que “[c]onstituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno” puesto que contribuye a “alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el artículo 48 de la Carta Política”^{87F88}. Ha reiterado también que “es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores”^{88F89} y su cumplimiento adecuado compromete “el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue”^{89F90}. Además de lo indicado, este tribunal ha precisado que el subsidio supone “un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar”^{90F91} y, bajo esa perspectiva, constituye “un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”^{91F92}.

1. La adscripción del subsidio familiar al derecho a la seguridad social también encuentra apoyo en la interpretación que de ese derecho -previsto en el artículo 9 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales- se realizó en la Observación General No. 19. Allí se indica que “[e]l derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra (...) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo” (Fundamento No. 2). Y más adelante, al definir las nueve ramas principales de la seguridad social, la observación prevé la relativa a las prestaciones familiares indicando que “son esenciales para la realización del derecho de los niños y de los adultos a cargo a la protección en virtud de los artículos 9 y 10 del Pacto”. Bajo esa perspectiva señala que “[a]l conceder las prestaciones, el Estado Parte debe tener en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas responsables del mantenimiento del niño o el adulto a cargo, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre o por el adulto a cargo”. Precisa allí mismo que “[l]as prestaciones familiares, incluidas las prestaciones en efectivo y los servicios sociales, deben concederse a las familias sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, y normalmente incluirían el alimento, el vestido, la vivienda, el agua y el

saneamiento y otros derechos, según proceda”92F93.

1. El reconocimiento del subsidio familiar como expresión del derecho a la seguridad social también ha tenido lugar en sentencias de tutela. La Corte ha sostenido que “es una prestación económica derivada del derecho a la seguridad social”93F94 precisando que su reconocimiento y pago “no es susceptible de protección por vía de tutela, salvo si se demuestra que el incumplimiento (...) vulnera otros derechos fundamentales que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social”94F95. En ese sentido ha recordado que “el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental (...)”95F96 y que lo propio ocurre “cuando se trata de exigir el pago del subsidio familiar de ancianos, puesto que (...) es obvio que si no se recibe el subsidio familiar, destinado a esos ancianos sin trabajo y sin recursos, ello significa una transgresión que afecta no solo la dignidad sino el mínimo vital”96F97.

1. Estima la Sala Plena que (i) los objetivos que se vinculan a la seguridad social como derecho y servicio público, (ii) la definición legal del subsidio familiar como prestación social encaminada al alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia y (iii) la caracterización que de dicha prestación ha realizado la jurisprudencia constitucional, son razones que confirman que dicho instrumento, en la actualidad, se integra al ámbito de protección del derecho a la seguridad social reconocido en el artículo 48 de la Constitución.

i. La contracción de los integrantes del grupo de hijos que por estar a cargo del trabajador confieren el derecho al subsidio familiar, constituye un retroceso en el grado de protección del derecho a la seguridad social

1. Para establecer si existe un retroceso constitucional en el grado de protección del derecho a la seguridad social debido a la eliminación de la prestación por hijos a cargo mayores de 18 años y que se encuentren escolarizados, debe realizarse un contraste entre la regulación precedente y la posterior. Como se ha indicado en esta providencia es indispensable establecer, en el caso de la política pública de que se trate, cuáles son las instituciones susceptibles de ser comparadas.

1. El artículo 1 de la Ley 21 de 1982 prevé que el subsidio es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. A su vez el artículo 5º de esa ley precisa que el subsidio (i) en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que da derecho a la prestación; (ii) en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero; y (iii) en servicios es el que se otorga a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar.

1. La cuota monetaria fue objeto de regulación en la Ley 789 de 2002. Según el artículo 3 de esa ley “tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, bajo la doble condición de laborar al menos 96 horas al mes y que sus ingresos sumados a los de su cónyuge o compañero(a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. El párrafo de esa disposición prevé las personas a cargo que dan lugar a ese beneficio. A su vez, el Decreto Ley 1769 de 2003 establece los términos y las condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el sistema de compensación familiar al tiempo que el artículo 26 de la Ley 1780 de 2016 fija el procedimiento actual para fijar su valor.

1. El subsidio familiar en especie y en servicios además de su regulación en la Ley 21 de 1982, es mencionado en el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley 789 al prescribir que tienen derecho a dicho subsidio en especie y servicios los trabajadores con una remuneración mensual que no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, al tiempo que prevé que a esos subsidios tienen también derecho las personas a cargo incluyendo el (la) cónyuge y el trabajador.

1. El subsidio en especie puede incluir, entre otras cosas, medicamentos, y aparatos ortopédicos; prótesis, ajuars, vestidos y demás efectos relacionados con el nacimiento de los hijos de los afiliados; leche, alimentos enriquecidos, medicamentos y demás artículos relacionados con el nacimiento de los hijos del afiliado; materiales de educación, semillas, abonos, vestidos de labor y elementos de trabajo para el trabajador afiliado del sector primario de la economía; materiales de instrucción, capacitación y orientación para los adolescentes hijos de los afiliados y los demás miembros de su familia; becas, créditos para la formación y capacitación de los afiliados y las personas a su cargo; boletos de viaje, excursiones, créditos y demás aspectos relacionados con el establecimiento de la familia del afiliado o de las personas a cargo; elementos de recreación y posibilidad de utilización de servicios sociales para el trabajador y su familia en el trabajo activo, en caso de incapacidad, vacaciones o en situaciones de retiro; y suministro de servicios y elementos funerarios, de inhumación o de cremación en caso de muerte del afiliado y de las personas a su cargo^{97F98}.

1. El subsidio en servicios comprende lo correspondiente a salud, nutrición y mercadeo social; programas de formación para el trabajo y el desarrollo humano; programas de solución de vivienda; crédito de fomento; programas de recreación social y vacaciones; y programas de educación básica y media^{98F99}.

1. La configuración del subsidio familiar a partir de tres modalidades distinguibles sugiere que el contraste que le corresponde a la Corte no debe incluir todas las variantes del subsidio. Ello implica que el examen debe ocuparse del régimen del subsidio monetario dado que cuenta con fisonomía propia y con un sistema particular de reglas.

1. Una precisión adicional es pertinente. El contraste no puede realizarse únicamente entre el grupo de los hijos a cargo que dan lugar al subsidio, sino que resulta indispensable abarcar el universo de beneficiarios del subsidio en dinero. El diseño de una institución propia de la seguridad social puede prever reglas nuevas que, a pesar de disminuir, prima facie, el grado de protección, introduzcan compensaciones que terminen por descartar el retroceso^{99F100}. En esta oportunidad la Corte encuentra que es esa la aproximación correcta, no solo porque se trata de la misma prestación sino también porque quien intervino en representación del gobierno advirtió que algunas de las variaciones mostrarían que el legislador, en realidad, no retrocedió.

1. La representante de la Superintendencia del Subsidio Familiar presentó el grupo de diferencias entre el régimen de la Ley 21 de 1982 y el de la Ley 789 de 2003. Las principales se pueden sintetizar así:

a. Respecto de los requisitos para ser trabajador beneficiario del subsidio en dinero, se preservan los que exigen ser trabajador permanente, laborar por lo menos 96 horas al mes y tener personas a cargo que confieran, según la ley, el derecho a la prestación. Se introduce una modificación dado que al tiempo que la regulación anterior no establecía un límite de ingresos de la pareja, exigiendo que la remuneración del trabajador no excediera de cuatro salarios, la nueva regla prescribe que los ingresos sumados de cónyuges o compañeros permanentes no sobrepasen seis salarios mínimos legales mensuales vigentes -primera diferencia restrictiva-.

a. Respecto de las personas a cargo que activan el derecho a percibir el subsidio pueden identificarse algunas diferencias. La primera, que es la impugnada por los demandantes, consistió en eliminar la posibilidad de que la cuota monetaria se obtuviera por hijos a cargo que sobrepasaran los 18 años -segunda diferencia restrictiva-. Otra implicó establecer que

ahora son personas a cargo los hermanos del trabajador cuando sus dos padres murieran, al tiempo que para la regulación precedente bastaba que fueran huérfanos de padre. Esta restricción se encuentra acompañada también con la exclusión de los hermanos de más de 18 años - tercera diferencia restrictiva-.

a. La nueva regulación no fija la carga de acreditar un número de horas de escolarización específico para los hijos mayores de 12 años, a diferencia de lo que ocurría con la regulación precedente. En ella se establecía que debía comprobarse un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales -primera diferencia amplificadora-. La Ley 789 de 2002 no prevé para los hermanos huérfanos de padre y los hijos en situación de invalidez un porcentaje de incapacidad mientras que la regulación precedente establecía que ello ocurría cuando perdieran más del 60% de su capacidad normal de trabajo. Respecto de este grupo de beneficiarios también eliminó la condición para obtener doble cuota monetaria que consistía en estar recibiendo educación o formación profesional especializadas en establecimiento idóneo -segunda diferencia amplificadora-.

1. El contraste de las diferencias restrictivas y las amplificadoras no permiten descartar la existencia de un retroceso. Ni desde el punto de vista normativo ni desde el punto de vista de los resultados, puede asegurarse que el nivel de protección del derecho a la seguridad social del trabajador beneficiario del subsidio hubiere mejorado o permanecido igual.

1. En contra de la anterior conclusión podría indicarse que la Corte ha sostenido que en aquellos eventos en los que exista duda sobre la existencia de retroceso debería negarse su existencia a efectos de resguardar el margen de configuración del que es titular el Congreso. En efecto, la Corte ha señalado que en aquellos casos en los que una disposición acusada de regresiva contiene “hipótesis de aplicación que permiten inferir la favorabilidad”^{100F101} debe aplicarse el “principio de libertad de configuración del legislador (...) y una interpretación favorable de la duda frente a la supuesta regresividad de la norma, a manera de ejecución del principio in dubio pro legislatore”.

1. No obstante, existe un hecho importante. El recorte de la garantía a favor de los beneficiarios del subsidio cuando tienen hijos mayores de 18 años es definitivamente cierto. La regla de decisión antes referida no puede trasladarse para analizar una disposición que, como la demandada, se refiere a una situación particular en la que la familia -con hijos a cargo mayores de 18 años y escolarizados- no es destinataria de una medida “compensatoria”. No podría decirse, por ejemplo, que la ampliación de la garantía frente a hijos en situación de discapacidad que sobrepasen los 18 años pueda neutralizar la regresión identificada. Por ello la disposición acusada constituye, en efecto, un retroceso constitucionalmente relevante.

i. La contracción de los integrantes del grupo de hijos que por estar a cargo del trabajador confieren el derecho al subsidio familiar no afecta un contenido mínimo inmediatamente exigible

1. La Corte ha señalado que no resulta posible que una medida regresiva afecte el contenido mínimo del derecho relevante o, dicho de otra manera, que desconozca las obligaciones inmediatamente exigibles. La determinación de cuando se está en presencia de una obligación de esa naturaleza no es una tarea simple.

1. El artículo 9 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. Al interpretar dicha cláusula, la Observación No. 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que a pesar de que “el Pacto prevé una aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que plantean los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato”. Conforme a ello indicó que tienen tal naturaleza (i) la garantía de su ejercicio sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2), (ii) la garantía de igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3) y la

obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11101F102 y del artículo 12102F103 del Pacto.

1. En dicha observación refiere además la existencia de “una obligación básica de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles mínimos indispensables de cada uno de los derechos”. A continuación, prevé las responsabilidades básicas a cargo del Estado:

Responsabilidades básicas de los Estados para la satisfacción de los niveles mínimos indispensables (Observación 19. Párrafo 59)

Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación.

Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.

Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas.

Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social.

Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.

Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social.

1. En algunas oportunidades y en concordancia con los contenidos mínimos referidos, la jurisprudencia ha reconocido la violación del derecho a la seguridad social cuando se niega el reconocimiento del subsidio familiar. Bajo esa perspectiva ha considerado que resulta contrario a la prohibición de discriminación (i) negar el otorgamiento del subsidio alegando

que el vínculo que da lugar a llevar a la familia a un hijastro no corresponde a un matrimonio -sino a una unión marital de hecho-. Para este Tribunal “establecer que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporta el compañero a una unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar” (T-586 de 1999). Bajo esa misma perspectiva ha considerado que resulta inadmisibles (ii) impedir el reconocimiento del subsidio en casos en los cuales se trata de un nieto que, por circunstancias extraordinarias, vive como hijo de crianza con sus abuelos (T-942 de 2014). A su vez ha encontrado inconstitucional establecer que solo el padre este legitimado para solicitar el subsidio familiar cuando este se ha negado a hacerlo respecto de una hija extramatrimonial. Para la Corte “hacer depender el otorgamiento del subsidio familiar del hecho de que su pago sea solicitado por el padre de la niña, resulta en el caso bajo examen una medida exagerada que no supera el test de proporcionalidad” (T-677 de 2007).

1. En control abstracto ha destacado la prohibición de establecer tratos diferentes injustificados para acceder al subsidio familiar. Ello lo precisó respecto de una disposición que no preveía esa prestación para el teletrabajo. La sentencia C-337 de 2011, luego de señalar que se trataba de una distinción injustificada, precisó que “incumple un mandato específico impuesto por el Constituyente, en particular lo prescrito por el artículo 48 de la Carta Política en materia de universalidad de la seguridad social y del artículo 53 de la Constitución en cuanto al reconocimiento de las garantías laborales mínimas”. Advirtió que “el subsidio familiar es un instrumento que busca que los trabajadores obtengan niveles mínimos para conseguir condiciones de promoción humana y, especialmente, de desarrollo familiar orientado a la atención a los niños, niñas y adolescentes, personas de la tercera edad y discapacitados a cargo del empleado de menores ingresos”. Por ello “su reconocimiento, sin distinción de la modalidad de trabajo es un desarrollo específico del artículo 53 de la Carta”.

1. Para la Corte la regulación demandada no afecta el contenido mínimo del derecho a la seguridad social. Tres razones apoyan esta conclusión.

1. Primero. La modificación introducida no se fundamenta en el empleo de categorías sospechosas con el objeto de introducir una distinción discriminatoria. Se fundamenta en la llegada a la mayoría de edad y, en consecuencia, toma nota del grado de autonomía jurídica que se asocia a tal condición.

1. Segundo. No afecta a grupos especialmente protegidos dado que la prestación eliminada no tenía como destinatarios ni a los niños ni a los adultos mayores. En adición a ello, la eliminación del subsidio se predica de personas vinculadas laboralmente. No desconoce la Corte que la remuneración que determina el acceso al subsidio sugiere que se trata de los trabajadores de menores ingresos. Sin embargo, la vigencia de un contrato de trabajo es un hecho que permite afirmar, al menos prima facie, que no se trata de grupos familiares en circunstancias de extrema vulnerabilidad.

1. Tercero. Es claro que la regulación vigente en materia de subsidio familiar evidencia la existencia de una política pública en la materia que descarta la ausencia de un “plan” de prestaciones familiares. Bajo esa perspectiva no solo existe jurídicamente dicho plan, sino que se encuentra en ejecución según lo previsto en las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002.

i. La contracción del grupo de hijos que por estar a cargo del trabajador confieren el derecho al subsidio familiar, se encuentra justificada

1. Este tribunal ha precisado el alcance de las competencias del legislador para regular la seguridad social y, en particular, el subsidio familiar. Ha señalado que “[e]n principio, la Constitución reserva al Legislador la competencia de regular el servicio público de seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”^{103F104}. La libertad de configuración del Congreso encuentra apoyo “en los

artículos 48, 53 y 150-23 de la Constitución al ser dicho subsidio una especie del género de la seguridad social”104F105. Bajo esa perspectiva “a pesar de existir unos límites constitucionales dentro de los cuales debe enmarcarse la labor del legislador al regular el tema de la seguridad social y dentro de éste el del subsidio familiar, el Constituyente le confirió aquél una amplia libertad de apreciación y configuración, circunstancia que (...) exige que en estricto respeto de la Carta Política el juez constitucional realice un escrutinio judicial dúctil para que de esa manera la rama judicial no invada las competencias propias del legislativo (Art. 113 C.P.)”105F106. Conforme a ello “el legislador cuenta con una amplia competencia para establecer los presupuestos para acceder a una determinada prestación social dentro de las cuales se encuentra el subsidio familiar”106F107.

1. En estrecha conexión con lo anterior, la Corte también ha destacado la competencia del legislador para regular lo relativo a esa prestación dado que su pago tiene lugar con cargo a los recursos provenientes de una contribución parafiscal107F108. Por ello, ha encontrado compatible con la Carta la regulación que fija un orden de prioridades para la destinación de los recursos. Precisa la Corte que “el señalamiento de los objetivos y prioridades en los que deben ser aplicados los recursos que administran las Cajas de Compensación constituye una expresión de la competencia interventora del Estado en la economía destinada a mejorar la calidad de vida de la población trabajadora (art. 334 de la C.P.), puesto que pretende asegurar que los recursos recaudados de los empleadores con destino al subsidio familiar sean invertidos en obras y programas de interés general”108F109.

* La medida persigue objetivos constitucionalmente imperiosos

1. La medida tuvo dos propósitos principales según se desprende de la propia Ley 789 de 2002. En efecto, los recursos que dejaron de destinarse a los trabajadores que tuvieran a su cargo hijos entre 18 y 23 años en actividades educativas, se integraron a un fondo para

apoyar la generación de empleo y proteger al desempleado. En efecto, según el artículo 6 de la referida ley “[l]as Cajas de Compensación Familiar administrarán en forma individual y directa o asociada con otra u otras Cajas un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado conforme los artículos 7º, 10 y 11 de la presente ley”.

1. Los artículos referidos establecieron lo siguiente. El artículo 7º previó que una porción de los recursos del Fondo para el Fomento del Empleo y Protección del Desempleo (FONEDE) se destinaría a operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con el objeto de promover la creación de empleo adicional. El artículo 10 fijó a favor de los jefes cabeza de hogar -con vinculación previa a las cajas de compensación- un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, así como capacitación para el proceso de inserción laboral. El artículo 11, a su vez, estableció para los jefes cabeza de hogar -sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar- un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual previendo que serían priorizados los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones.

1. Posteriormente el artículo 47 de la Ley 1438 de 2011, titulado “seguro de salud por desempleo” introdujo algunas modificaciones a lo previsto en los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002 respecto de los beneficiarios de los subsidios establecidos originalmente, así como el objetivo de las prestaciones reconocidas. En el siguiente cuadro se contrasta el alcance de las medidas.

Ley 789 de 2002

Ley 1438 de 2011

Prestaciones para personas en situación de desempleo vinculadas previamente a las Cajas de Compensación Familiar

1. Los Jefes cabeza de Hogar que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo.

2. Prestaciones con cargo a los recursos del Fondo por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo.

2.1. Subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual. Dividido y otorgado en seis cuotas mensuales iguales. Podrán hacerse efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación.

Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo;

2.2. Capacitación para el proceso de inserción laboral.

Las Cajas destinarán un máximo del veinticinco por ciento (25%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento al empleo y protección al desempleo.

1. Los Jefes cabeza de Hogar y prioritariamente las mujeres que tengan esa condición, que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo

2. Prestaciones con cargo a los recursos del Fondo por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del Fondo.

2.1. Subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual. Dividido y otorgado en seis cuotas mensuales iguales. Podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Dichos aportes serán prioritarios frente a otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado.

Para efectos de esta obligación, las cajas destinarán un máximo del cuarenta y cinco por ciento (45%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección al desempleo;

2.2. Capacitación para el proceso de inserción laboral y/o educación y/o bonos alimentarios.

Para efectos de esta obligación las Cajas destinarán un máximo del diez por ciento (10%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento al empleo y protección al desempleo.

Prestaciones para personas en situación de desempleo no vinculadas previamente a las Cajas de Compensación Familiar

1. Los jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar.

2. Prestación con cargo a los recursos del Fondo

2.1. Subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual. Se otorgará en seis cuotas mensuales iguales. Podrán hacerse efectivas a través de aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación.

Tendrán prioridad los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones. Debe acreditarse falta de capacidad de pago.

Con cargo al cinco por ciento (5%) del Fondo

1. Jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar

2. Prestación con cargo a los recursos del Fondo

Subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual. Se otorgará en seis cuotas mensuales iguales. Podrán hacerse efectivas a través de aportes al sistema de salud. Dichos aportes serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado.

Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones. Debe acreditarse la falta de capacidad de pago.

Con cargo al cinco por ciento (5%) del Fondo.

1. Luego, la Ley 1636 de 2013 dispuso la derogatoria de los artículos 7, 10 y 11 de la Ley 789 y dispuso la creación del Mecanismo de Protección al Cesante. Su objeto consiste (i) en articular y ejecutar un sistema integral de políticas activas y pasivas de mitigación de los efectos del desempleo que enfrentan los trabajadores, así como (ii) facilitar la reinserción de la población cesante en el mercado laboral en condiciones de dignidad, mejoramiento de la calidad de vida, permanencia y formalización. Según lo prescribe su artículo 2º, dicho fondo se encuentra compuesto por cinco componentes básicos:

Componentes del mecanismo de protección al cesante

Servicio Público de Empleo.

Capacitación general, en competencias básicas y en competencias laborales específicas, brindada por el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), las Cajas de Compensación Familiar o las instituciones de formación para el trabajo certificadas en calidad.

Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante FOSFEC, como fuente de beneficios a la población cesante que cumpla con los requisitos de acceso, de fortalecimiento de las competencias a los trabajadores afiliados a la respectiva Caja y de sus personas a cargo, enfocado a mejorar la productividad de las empresas y MIPYMES y fuente de fomento empresarial de MIPYMES afiliadas.

Las cuentas de cesantías de los trabajadores, como fuente limitada y voluntaria para generar un ingreso en los periodos en que la persona quede cesante.

Promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial, a través de créditos y microcréditos, fondos de capital semilla para el desarrollo de negocios, desarrollo y/o apoyo a micro y pequeñas empresas, a través de la asistencia técnica empresarial, referente a la administración, gerencia, posicionamiento, mercadeo, innovación, gestión de cambio y articulación con el tejido empresarial.

1. Según el artículo 5 de la referida Ley 1636 de 2013, uno de los órganos de administración y financiación del Mecanismo de Protección al Cesante es el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC). Dicho Fondo, de acuerdo con el artículo 6º se financiará, entre otras fuentes, con los recursos del Fondo de Subsidio al Empleo y Desempleo (FONEDE). El artículo 12, a su vez, establece como beneficios para el cesante los aportes al Sistema de Salud y Pensiones, calculados sobre un (1) smmlv así como el acceso a la cuota monetaria del subsidio familiar.

1. A pesar de que el examen de finalidad en cargos como el ahora analizado debe realizarse -al menos en principio- teniendo en cuenta los objetivos contemporáneos a la adopción de la medida regresiva -en el caso analizado su destinación a los propósitos del FONEDE- ello no excluye que los ajustes posteriores sean valorados cuando, como ocurre en este caso, todos ellos se inscriben en el propósito de enfrentar o minimizar las consecuencias del desempleo.

1. Para la Corte (i) una política de creación de empleo mediante el otorgamiento de créditos se vincula a los deberes del Estado en varias áreas: protección del trabajo (art. 25), ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (art. 54) y promoción del pleno empleo como presupuesto para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas (art. 334). A su vez (ii) un sistema de apoyo para las personas que carecen de un empleo formal, mediante un subsidio destinado a la alimentación, a la salud o a la educación, se asocia a varios objetivos: vigencia de los derechos consagrados en la Constitución y cumplimiento de los deberes sociales del Estado (art. 2), protección de sujetos en situación de debilidad económica (art. 13) y garantía de acceso efectivo al conjunto de bienes y servicios básicos (art. 334)^{110F111}. En adición a ello cabe referir que la Ley 1438 de 2011 estableció una priorización a favor de las madres cabeza de familia a efectos del otorgamiento del subsidio.

1. Se trata entonces de fines de particular valor constitucional y cuya búsqueda resulta urgente dada su estrecha relación con la garantía de las condiciones requeridas para que las personas afectadas por el desempleo puedan satisfacer condiciones mínimas de existencia. Bajo esa perspectiva, no es equivocado señalar que la ejecución de políticas frente al desempleo como las reguladas en la Ley 789 (arts. 6, 7, 10 y 11) se encaminan a amparar dimensiones básicas de la dignidad humana puestas en riesgo por las dificultades de acceder al mercado laboral.

* Existe evidencia suficiente sobre la idoneidad de la medida para alcanzar los objetivos imperiosos identificados

1. La eliminación de la prestación por concepto de subsidio familiar por los hijos a cargo que sobrepasen los 18 años con el objeto de obtener recursos destinados al FONEDE, contribuía efectivamente a alcanzar los objetivos constitucionales antes identificados. En efecto, es razonable suponer que su destinación a programas de microcrédito constituye un apoyo real para la promoción del empleo y, por esa vía, para satisfacer las condiciones mínimas de existencia. Lo propio puede afirmarse respecto del subsidio al desempleo dado que, en ausencia de ese programa, las personas cuyos vínculos laborales hubieran fenecido carecerían de toda fuente de apoyo para atender las necesidades más urgentes.

1. La intervención del Estado mediante el desarrollo de una política frente al desempleo, en este caso marcadamente asistencial, resulta útil para reducir o mitigar los efectos negativos vinculados al desempleo. Cuando la contracción del empleo impide que las personas dispongan de los recursos requeridos para atender las necesidades personales y familiares más urgentes e inmediatas, el diseño y ejecución de una política de asistencia social, se erige en uno de los instrumentos más importantes para enfrentar la crisis. En este caso, la oferta de crédito para activar el empleo, los subsidios frente al desempleo y los programas de capacitación tienen la aptitud para alcanzar los fines establecidos.

1. La idoneidad de dicha medida para alcanzar los propósitos constitucionales identificados se desprende no solo de la evidente conexidad teleológica entre la reorientación de recursos y la materialización de los objetivos del FONEDE, sino también de los resultados que fueron destacados por la Superintendencia de Subsidio Familiar en su intervención ante la Corte. En efecto, indicó que en el período transcurrido entre el año 2003 y el 2013 los recursos del Fondo permitieron (i) otorgar 10.862 créditos a empresas generadoras de empleos adicionales por \$217.258 millones; (ii) reconocer 684.698 subsidios a desempleados que realizaron aportes al sistema de subsidio familiar por un monto de \$498.029 millones; (iii) asegurar 204.916 subsidios a desempleados que no realizaron aportes a ninguna Caja de Compensación Familiar por un valor de \$140.223 millones; y (iv) ofrecer 21.307 cursos de capacitación a los cuales asistieron 85.539 personas desempleadas por valor total de \$37.696 millones.

1. De la información gubernamental se desprende con claridad que los objetivos del Fondo fueron concretados mediante el desarrollo de operaciones de crédito y actividades asistenciales. Eso ocurrió, como con detalle lo expuso en su intervención el Gobierno Nacional, desde el año 2003 y hasta el año 2013. Posteriormente los recursos se han encontrado vinculados a la ejecución de la política de protección al cesante que, sin perjuicio de las diferencias existentes, se inscribe en objetivos análogos a los que inspiraron la reforma de la Ley 789 de 2002 y su modificación en la Ley 1438 de 2011.

1. Podría objetarse que la ejecución de los recursos del FONEDE no fue suficiente en atención a la extensión y profundidad de las crisis vinculadas a la pérdida de fuentes formales de trabajo. Sin embargo, de la insuficiencia de una política para cobijar la totalidad de variables y cubrir al universo de afectados por un fenómeno social como el desempleo, no se desprende que ella resulte inconducente para alcanzar los fines perseguidos. Indica, probablemente, la necesidad de avanzar con mayor fuerza en su ejecución. O la urgencia de impulsar estrategias en otros frentes. Sin embargo, un avance parcial en la búsqueda de un resultado no implica, en un juicio como el que ahora adelanta la Corte, la falta de aptitud

fáctica de la medida.

1. Conforme a lo expuesto, la Corte encuentra que la medida resultó idónea para alcanzar los propósitos identificados dado que se tradujo, en la práctica, en el aseguramiento de recursos y en su efectiva utilización para impulsar las medidas de creación de empleo y contención de los efectos negativos asociados al desempleo.

* Del contexto en el que tuvo lugar la adopción de la disposición demandada puede concluirse -prima facie- que el legislador eligió, entre los medios disponibles, el menos restrictivo para alcanzar los objetivos identificados

1. La Sala Plena pudo constatar que en el curso del trámite legislativo el Congreso analizó la importancia de destinar recursos para desarrollar los objetivos del FONEDE. De tales consideraciones puede desprenderse un esfuerzo por identificar las fuentes de financiación para impulsar los programas de creación de empleo y atención al desempleo. Durante el debate de las sesiones conjuntas de Senado y Cámara se explicó la modificación propuesta del siguiente modo:

“Entonces le decía que quería someter del artículo 7º al 15 con la excepción del 8º que ya fue aprobado en la sesión de la semana pasada y presenta sus lineamientos generales, el Capítulo 7 al 15 tiene dos componentes, el primero es que define el ingreso de las Cajas de Compensación al esquema de protección social en Colombia y define el ingreso de las Cajas de Compensación a través de la creación de lo que han denominado un fondo para fomento al empleo y protección social al desempleado, casi que en una línea similar a lo que se buscaba con las políticas públicas en la creación del subsidio al empleo y subsidio al desempleo (...)

(...) lo que está planteando es que las Cajas de Compensación entren de lleno al negocio del microcrédito con el fin de financiar a la pequeña y mediana empresa, la creación de empleo adicional son recursos para financiar empleos adicionales, no son recursos de capital de

trabajo, no es recurso para compra de maquinaria o equipos, sino recursos que creen empleo adicional, focalizado a pequeña y mediana empresa o a jefe cabeza de hogar desempleado que siguen siendo los dos grandes propósitos que busca la reforma en su integralidad, de otro lado y eso es en esencia el artículo 7o., con un beneficio adicional están planteando que aquellos microempresarios, pequeños y medianos empresarios que estén dispuestos a crear un empleo adicional formal, es decir con contrato de trabajo, con seguridad social, con prestaciones tenga un incentivo y una parte de ese crédito sea no reembolsable como una medida de estímulo para que el pequeño y mediano empresario tenga una motivación a lanzarse en la meta y en la responsabilidad de crear un empleo adicional, sin que ello afecte patrimonialmente al sistema ni a las Cajas porque los recursos provienen de una reorientación de recursos en los beneficiarios del subsidio familiar,

(...) el artículo 9º, el artículo 10 lo que busca por esencia es que las Cajas como segundo programa desarrollen un régimen de protección social al desempleo, es decir que una persona trabajadora que esté afiliada como jefe cabeza de hogar a una Caja de Compensación y pierda su empleo reciba un acompañamiento de la Caja de Compensación por un período de 6 meses mientras persista su condición de desempleado, esto es algo que tiene una enorme trascendencia en materia de protección social y de lo cual no hay antecedentes, en la construcción de un régimen de estas características en el país, le están diciendo a las Cajas aquel jefe cabeza de hogar que pierda el empleo tiene derecho a aplicar al fondo que maneja la Caja a recibir un bono equivalente a uno y medio salarios mínimos que él en forma autónoma puede definir en qué los invierte, los puede invertir en alimentos, los puede invertir en salud, los puede invertir en educación, de acuerdo a sus necesidades y sus prioridades y le están diciendo a las Cajas de Compensación que igualmente acompañen a ese desempleado con un sistema de capacitación que le permita prepararse para una reinserción laboral al sistema productivo y de trabajo, que no solamente ha perdido el empleo sino que le cuesta mucho trabajo adquirir uno nuevo, le dicen que con cargo a ese fondo le ayude al desempleado a través de un programa de capacitación profesional que le permita una reinserción laboral y le dan espacio también a ese fondo para que le pueda dar lo que han denominado un apoyo a colectivos especiales, por ejemplo artistas, deportistas, que muchos de ellos viven en condiciones de indigencia, que por su actividad profesional casi no generan ingresos, que les cuesta mucho trabajo para que puedan aplicar como grupo y puedan recibir un subsidio también al desempleo en la misma línea, equivalente a un bono por 6 meses que podrá utilizar en salud, en educación, o en bono alimenticio (...)

(...) están planteando allí que con la propuesta de reasignación de recursos estos fondos tendrían un monto de 80 mil millones de pesos al año para las Cajas de Compensación, que permitirían entre microcrédito, subsidio y protección al desempleado y capacitación y colectivos especiales atender anualmente cerca de 100 mil jefes cabeza de hogar que podrían acceder a los recursos del sistema que actualmente se utilizan unos para gastos de administración, otros para pagar subsidio de trabajadores entre 3 y 4 salarios mínimos y otros para pagar por hijos mayores de 18 y hasta 24 años, con estos recursos estarían ampliando las posibilidades de ampliación a los jefes cabezas de hogar desempleados adicionales a los que atendería el Gobierno con el artículo 2o. y 8o. de subsidio al empleo y subsidio al desempleo y creen que sería una cifra bastante importante que tendría un efecto para que en el próximo período de los 4 años de 2002 al 2006 tuvieran efectivamente una población de 400 mil jefes cabezas de hogar atendido con cargo a los sistemas de Cajas de Compensación”^{111F112} (Negritas no hacen parte del texto original).

1. De la explicación referida se desprende que para obtener los recursos necesarios para financiar el Fondo se tuvieron en cuenta diferentes fuentes, una de las cuales -aunque no la única- fue la cuestionada por los demandantes. En efecto, además de lo correspondiente a la eliminación del subsidio familiar para hijos a cargo mayores de 18, consideró (i) el porcentaje no ejecutado que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas, al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente; (ii) el porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las Cajas de Compensación Familiar; y (iii) un porcentaje de los recaudos para el subsidio familiar en función de los cuocientes de cada caja.

1. La Corte encuentra que la decisión del Congreso no resultó inopinada ni puede calificarse como innecesaria. En efecto, la adopción de una política para hacer frente al desempleo exigía identificar y arbitrar recursos de diferentes fuentes de manera que resultara posible obtener la financiación de los programas. El Legislador -teniendo en cuenta el universo de destinatarios del subsidio familiar- optó por eliminar el beneficio para los mayores de 18 años, sin afectar a las demás personas a cargo del trabajador -hijos menores de edad, padres

mayores de 60 años y algunos familiares en situación de discapacidad-.

1. Es importante advertir que, según los documentos correspondientes al trámite legislativo, la situación de la economía colombiana por aquel entonces resultaba particularmente difícil. En la ponencia para primer debate en el Senado de la República (Gaceta 444 de 2002) se señalaba que “el País no ha salido completamente de una fase de recesión que se torna prolongada”. Destacaba además que “[e]n contraste con lo sucedido a principios de los noventa, a partir de 1996 se perdió la dinámica de crecimiento, con incrementos del PIB de apenas 2% en ese año, 3.1% en 1997 y 0.6% en 1998, para caer al 4.6% de crecimiento negativo en 1999, con posteriores crecimientos positivos pero no suficientes en 2000 (2.8%) y 2001 (1.5%)”. Tal situación, reconocida en otras etapas del trámite legislativo (Gaceta 579 de 2002), constituye un referente muy importante para juzgar la necesidad de las decisiones adoptadas por el Congreso.

1. La valoración de las medidas no puede tener lugar al margen del contexto económico, ciertamente crítico, en el que fueron adoptadas. Era indispensable priorizar la ejecución de los recursos para impulsar las medidas que hicieran frente a los efectos del desempleo. Bajo esa perspectiva, la decisión del Congreso puede considerarse necesaria dado que, aunque se afectó el alcance de una prestación social, en el universo de personas a cargo se salvaguardó la posición de aquellas que podían encontrarse en las situaciones más difíciles y, en esa medida, realizó una elección destinada a causar el menor impacto en los grupos que se benefician del subsidio familiar.

1. La Sala Plena encuentra, cómo lo ha señalado al examinar medidas de priorización presupuestal que “[n]o es competencia del juez constitucional entrar a concebir e imaginar todos los posibles cambios y caminos alternativos respecto a las partidas y rubros (...) con miras a saber si existen otras mejores formas de distribuir los recursos del Estado”^{112F113}. Esta perspectiva resulta también predicable de la norma que se juzga dado que, en un contexto de recursos escasos, el legislador eligió entre una de las alternativas disponibles

para redistribuir los recursos de las cajas de compensación sin afectar, en todo caso, la protección de los más débiles.

* El grado de satisfacción de los propósitos perseguidos por la medida juzgada compensa la intensidad de la restricción del derecho a la seguridad social

1. Le corresponde a la Corte contrastar la restricción del derecho a la seguridad social derivada de la disposición analizada con la importancia de los objetivos constitucionales perseguidos.

1. El subsidio familiar es una prestación social vinculada al derecho a la seguridad social. Ese derecho tiene un significativo valor constitucional no solo por su reconocimiento expreso en la Carta (art. 48) y en el bloque de constitucionalidad, sino también por su función de aseguramiento de las condiciones para una subsistencia digna. Constituye una manifestación clara de la cláusula de Estado Social (art. 1).

1. Con igual fuerza se encuentran, en el otro lado, los objetivos de promover el trabajo (arts. 25 y 54), amparar a los sujetos en situación de debilidad económica (art. 13) y garantizar el acceso efectivo al conjunto de bienes y servicios básicos (art. 334). Es posible afirmar que ellos también se anudan a los postulados centrales de la cláusula de Estado Social.

1. A pesar de este valor, prima facie equivalente, el análisis particular de la medida cuestionada muestra que el peso concreto del segundo grupo de principios resulta superior que el del primero. Si bien la eliminación de la prestación para los estudiantes mayores de 18 años tiene incidencia en las cargas que debe asumir la familia, no se puede perder de vista

que se trata de una prestación (i) que se reconoce a quien goza de una vinculación laboral formal y (ii) su reconocimiento permanece intacto en el caso de los hijos menores de edad, de los padres mayores de 60 años y de las personas en situación de discapacidad. Bajo esa perspectiva, si bien la medida afecta de manera cierta el derecho a la seguridad social, no constituye una interferencia grave en su realización dado que el recorte de la prestación no impide acceder al subsidio en los demás casos y, en consecuencia, no priva a la familia del apoyo estatal a su sostenimiento. Cabe además advertir que la creación del FONEDE no excluyó de las medidas adoptadas, a las personas que desde los 18 años llegaran a encontrarse en las situaciones previstas en la Ley 789 de 2002.

1. Ahora bien, los objetivos perseguidos por el legislador mediante la disposición demandada fueron especialmente valiosos desde el punto de vista constitucional. En efecto, la creación del FONEDE tuvo por fin, además de incentivar la creación de nuevos empleos, controlar o mitigar los graves efectos asociados al desempleo. Las medidas encontraron apoyo claro en los artículos 13, 25, 54 y 334 de la Constitución cuya importancia, vistas las circunstancias y el contexto en que fue aprobada la modificación, resultaba especialmente alta. La Corte no puede dejar de advertir que las consecuencias del desempleo pueden tornarse radicalmente complejas -e incluso trágicas- de cara a la satisfacción de las condiciones mínimas para una subsistencia compatible con la dignidad humana. Los créditos, subsidios y la capacitación tuvieron como propósito, entre otras cosas, cubrir diversas vicisitudes que en materia de salud y alimentación se asocian al paro y, en esa medida, también se encuentran vinculadas a la realización de la seguridad social (art. 48).

1. En adición a lo anterior la Corte ha tomado nota de tres circunstancias que justifican la conclusión anterior. Primero, la destinación dada a los recursos invertidos en el periodo 2003 y 2013 -supra 94- evidencia el impacto cierto que su ejecución tuvo. A pesar de que las medidas adoptadas pueden no satisfacer los máximos requeridos, lo cierto es que los programas se hicieron tangibles mediante el otorgamiento de créditos, la entrega de subsidios y la realización de capacitaciones. Tales resultados muestran, desde una perspectiva empírica, la importancia de su ejecución. Segundo, la medida se adoptó por el

Congreso con el fin de implementar otras estrategias asociadas a la generación de empleo y a la garantía de la seguridad social, no para dirigir los recursos a propósitos por completo ajenos a su destinación inicial. Se trata entonces de la manifestación de la competencia del Congreso para priorizar la destinación de recursos públicos para alcanzar objetivos análogos. Tercero, la regulación acusada no afectó a un grupo especialmente protegido por su condición de vulnerabilidad.

1. La cláusula de erradicación de injusticias presentes, que este tribunal ha vinculado al artículo 13 de la Carta, confiere una especial fuerza a las medidas dirigidas a contrarrestar los efectos de la ausencia de trabajo formal. Tales efectos, de no ser considerados cuidadosamente, terminan afectando la posibilidad de acceder a aquellos bienes básicos sin los cuales las personas habrán de sucumbir ante su propia impotencia^{113F114}. Si bien es cierto “que las instituciones del mercado y de la competencia, se arraigan en la sociedad”^{114F115} de modo que “la satisfacción de un número creciente de necesidades se articula a través del sistema de la oferta y de la demanda”^{115F116} es central reconocer que “variadas causas, entre ellas, la miseria extrema, colocan a muchas personas por fuera del circuito económico”^{116F117}. Bajo esa perspectiva, ha señalado este tribunal, “se plantea a la sociedad y al Estado, el desafío constante de corregir la discriminación y la marginación, pues aunque en sí mismas puedan ser una derivación patológica de la organización existente, la Constitución las toma en cuenta sólo con el objeto de configurar una competencia enderezada a combatirlas”^{117F118}. En ese marco pueden entenderse inscritas las medidas para enfrentar las consecuencias del desempleo.

1. Las consideraciones anteriores muestran entonces la fuerza de las razones que apoyaron la medida analizada. Por ello, a juicio de este tribunal, el grado de realización de los propósitos perseguidos por el legislador compensa la interferencia o restricción en el derecho a la seguridad social. Se trata de una decisión legislativa que ponderó las diferentes variables en juego a fin de optimizar los fines sociales del Estado. Por ello, puede considerarse proporcionada en sentido estricto.

1. La optimización de la seguridad social constituye un desafío constitucional de extraordinaria relevancia. Su vigencia efectiva es una condición para realizar la dignidad humana. Las políticas estatales en esta materia deben procurar ser consistentes y progresivas. Ello no se opone, sin embargo, a la realización de ajustes. La Corte ha encontrado que el retroceso analizado en esta oportunidad encontró apoyo en objetivos constitucionales que, en el caso concreto, tienen un especial valor constitucional. Por ello declarará la exequibilidad de la disposición demandada.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 1º del párrafo primero, del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 únicamente por el cargo analizado.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Ausente con permiso

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-271/21

Referencia: expediente D-14.004

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 (parcial) de la Ley 789 de 2002 “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, si bien comparto la decisión proferida en el presente caso, considero inadecuado, en primer lugar, partir de una presunción de inconstitucionalidad de la disposición demandada¹¹⁹ y, en segundo lugar, el tratamiento de los elementos que integran el juicio integrado de proporcionalidad¹²⁰ pues ha debido aplicarse uno de intensidad “intermedia”¹²¹.

En relación con el primer aspecto, a diferencia de la tesis que se plantea –y que se justifica en algunas decisiones previas–, considero que el punto de partida del análisis de constitucionalidad debe ser el de presunción de constitucionalidad de las disposiciones sometidas a su control y no, por el contrario, de su presunción de “inconstitucionalidad”.

La verificación del retroceso, sin duda, constituye un paso previo en este tipo de casos, ya que supone evidenciar que existe una interferencia en una garantía constitucional o, lo que es lo mismo, una afectación negativa prima facie a una disposición constitucional –en este caso, el derecho a la seguridad social de que trata el artículo 48 de la Carta–¹²².

Por tanto, a diferencia del punto de partida de la “presunción de inconstitucionalidad”, la ponencia debió precisar que, en atención a la aptitud del cargo, el presunto retroceso que estatuye la disposición demandada constituye una razón normativa en contra de su exequibilidad que exige, en consecuencia, valorar su justificación constitucional, y, a partir de ello, evidenciar si supera o no las exigencias normativas de un juicio integrado de proporcionalidad de intensidad “intermedia”.

En relación con el segundo aspecto, la necesidad de hacer un uso común de la metodología del juicio integrado de proporcionalidad no solo es consecuente con las sentencias que se han proferido a partir de la C-345 de 2019 –que pretendió unificar la metodología en el citado juicio, en particular, para justificar por qué es procedente realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto en el nivel intermedio del test–¹²³, sino que pretende dotar a la jurisprudencia de la Corte de unos mayores estándares de racionalidad –al utilizar parámetros comunes–, de predictibilidad de sus decisiones y de seguridad jurídica, aspectos definitorios del Estado de Derecho.

En este caso, sin duda, la medida legislativa que se analiza supera las exigencias del juicio intermedio, y, por tanto, es compatible con la Constitución ya que: (i) persigue una finalidad constitucional importante; (ii) es idónea –efectivamente conducente–, esto es, adecuada para

contribuir a alcanzar la finalidad que persigue; y (iii) no es evidentemente desproporcionada, ya que la medida genera mayores ventajas frente a los eventuales perjuicios que causa, de todo lo cual da cuenta la sentencia.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 Precisaron que los contenidos mínimos de estos derechos se encuentran consignados en “los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia sobre la materia, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”) -incorporado en la legislación Nacional mediante la Ley 74 de 1968”.

2 Señalan que el Fondo para el Fomento del Empleo y Protección del Desempleo (Fonede), desapareció a partir de la entrada en vigor de la Ley 1636 de 2013 y su decreto reglamentario (Decreto 2113 de 2013). Surgió entonces el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (Fosfec) y se estableció que los recursos del primero pasarían al segundo.

3 En dicha providencia se ordenó, además del suministro de información sobre el trámite legislativo adelantado en el Congreso, la presentación de informes técnicos por parte de algunas entidades públicas.

4 Con cargo al treinta y cinco (35%) de los recursos del Fondo, las Cajas de Compensación Familiar deberían realizar operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con el objeto de promover la creación de empleo adicional (Artículo 7 de la Ley 789 de 2002). En este programa se otorgaban créditos a empresas que fueran generadoras de nuevos empleos.

5 Las cajas destinarían un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al Fondo (Artículo 10 de la Ley 789 de 2002). En este programa los jefes cabeza de hogar que se encontraban en situación de desempleo y que hubieran estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar por lo menos un año dentro de los tres años

anteriores a la solicitud de apoyo, tenían derecho a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agotaran los recursos del fondo: a) un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividió y otorgó en seis cuotas mensuales iguales, que se podían hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección del beneficiario; y b) capacitación para el proceso de inserción laboral.

6 Las cajas destinarían un 5% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al Fondo (Artículo 11 de la Ley 789 de 2002). En este programa los jefes cabeza de hogar que se encontraban en situación de desempleo tenían derecho a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agotaran los recursos del fondo: un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividió y otorgó en seis cuotas mensuales iguales, que se podían hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección que hizo el beneficiario. Tenían prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acreditarán esta condición.

7 Las cajas destinarían un 25% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo (Artículo 12 de la Ley 789 de 2002). Este programa de capacitación se entregaba exclusivamente a los desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar.

8 Debía apropiarse hasta el cinco por ciento (5%) del mismo.

9 La variación significativa entre el primer año y subsiguientes se debe a que los recursos con los que contó el programa correspondieron a una única asignación y se ejecutaron hasta su agotamiento.

10 La financiación de la oferta se configura mediante la realización de transferencias directas a las Instituciones de Educación Superior (IES) públicas, en orden a apalancar sus presupuestos de funcionamiento e inversión. La Nación transfiere anualmente recursos tanto a las universidades públicas como a las instituciones técnicas, tecnológicas y universitarias públicas. Como antes se mencionó, 62 instituciones de educación superior públicas reciben recursos del Presupuesto General de la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional (32 universidades y 30 ITTU).

11 La financiación de la demanda está asociada a la asignación directa de recursos para que los estudiantes puedan financiar los costos relacionados con la prestación del servicio. Cuenta con proyectos diseñados para garantizar el ingreso de los egresados de la educación media y la permanencia de los estudiantes en la educación superior.

12 Lida Regina Bula Narváez, en su condición de representante judicial de la Superintendencia.

13 Iván Daniel Jaramillo Jassir, en calidad de profesor del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario.

14 Natalia Ramírez Bustamante, directora del Semillero Trabajo y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Laura Porras Santanilla, supervisora de dicho semillero. Igualmente, Andrés Rodríguez Morales y Juan Felipe Parra Rosas en su condición de integrantes del mismo.

16 En su intervención el ciudadano recomendó “solicitar cada una de las Actas de dichas sesiones con el fin de profundizar en los motivos de dicha modificación pues solo fueron aportadas algunas cuyo contenido sobre el asunto es bastante exiguo y las otras están brevemente mencionadas al final del texto entregado a la respectiva corporación”. Luego, en escrito posterior, señaló que “me gustaría saber si el magistrado sustanciador de dicho expediente piensa seguir o no esa recomendación”. El Magistrado Ponente consideró, al amparo de su autonomía, que no era necesario realizar ningún requerimiento adicional.

17 Heidi Abuchaibe, en condición de Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales.

18 Isabel de los Milagros Abello Albino, actuando en condición de representante legal suplente de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar -ASOCAJAS-

19 Bruce Mac Master, en calidad de presidente y representante legal de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI.

20 Margarita Cabello Blanco en calidad de Procuradora General de la Nación.

21 En diferentes providencias la Corte Constitucional se ha ocupado de la evolución del

régimen de subsidio familiar refiriéndose a las diferentes regulaciones que se han adoptado al respecto. Puede consultarse, entre otras, la sentencia C-629 de 2011.

22 Es importante señalar que el análisis solo se ocupará de la afectación del derecho a la seguridad social. En efecto, en el curso de admisión de la demanda fue rechazado el cargo por la infracción del derecho a la educación.

23 Sentencias C-228 de 2011, C-493 de 2015 y C-486 de 2016.

24 El Pacto fue aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

25 La Convención fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

26 Dicho Protocolo fue aprobado mediante la Ley 319 de 1996.

27 Explicó la Corte en la sentencia C-630 de 2011: “El principio de progresividad de los derechos sociales tiene origen en normas vinculantes, al hacer parte del bloque de constitucionalidad, del derecho internacional de los derechos humanos. En Colombia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se integró al orden interno por medio de la Ley 74 de 1968. (...) Tal incorporación, por la vía del bloque de constitucionalidad, convierte al Pacto en fuente de interpretación de los DESC y las obligaciones que este asigna a los estados firmantes”.

28 Es importante precisar que las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se integran al bloque de constitucionalidad. Se trata, en todo caso, de instrumentos que contienen aproximaciones interpretativas útiles para establecer el alcance de los derechos reconocidos en tratados de derechos humanos.

29 Sentencia C-251 de 1997. En esta oportunidad la Corte juzgó la constitucionalidad de la Ley 319 de 1996 por medio de la cual se aprobó el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. En esa misma dirección se encuentra la sentencia C-077 de 2017.

30 Sentencia C-251 de 1997.

31 Sentencia C-493 de 2015. En la sentencia C-630 de 2011 la Corte indicó: “De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, el carácter vinculante de estos principios no solo es predicable de los derechos sociales, sino también de otros como, por ejemplo, la administración de justicia y cubre también los mecanismos destinados a la justiciabilidad de los derechos sociales”. Igualmente, en la sentencia C-372 de 2011 la Corte explicó que “el principio de progresividad y de no regresividad es aplicable a todas las facetas prestacionales tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales”. Sobre ello, ampliamente, Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo veintiuno editores, Argentina, 2015, *passim*.

32 La Corte ha señalado que en el caso del derecho al ambiente sano es relevante el principio de progresividad. Indicó en la sentencia C-443 de 2009: “Ahora bien, a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de progresividad, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, 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”.

33 Sentencia SU 074 de 2020.

34 Sentencia C-038 de 2004.

35 Sentencia C-931 de 2004.

36 Sentencia C-493 de 2015. La sentencia C-313 de 2004 señaló: “Se entiende que una vez alcanzadas unas cotas de satisfacción del derecho, no tiene lugar el retroceso de las mismas. Este principio ha sido ampliamente aceptado en la doctrina, tal como se indicó en el inicio de este apartado, y también ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte. Algunas de las decisiones antes transcritas aluden a esta restricción de la política pública estatal y manifiestan que sobre las medidas regresivas debe recaer un juicio de constitucionalidad más severo, con lo cual, ninguna duda cabe que quien estime como violatoria del principio de progresividad a una medida, cuenta con el derecho político establecido en el artículo 40 de la Carta, para defender el ordenamiento jurídico y, en este caso al derecho fundamental a la

salud cuyo rango es constitucional. Adicionalmente, el quebrantamiento de los principios de progresividad y, no regresividad, comporta el desconocimiento de compromisos internacionales en materia de derechos, atribuible en principio al Estado”.

37 La Corte, ha dicho que el mandato de progresividad y la prohibición de retroceso “son categorías jurídicas diferenciables aunque interrelacionadas” C-115 de 2017.

38 Refiriéndose a estos contenidos la sentencia C-754 de 2015 utilizó la expresión “mínimos constitucionales indiscutibles”.

39 Sentencia C-046 de 2018.

40 Sentencia C-028 de 2018.

41 Sentencia C-028 de 2018. Se apoya la Corte en las sentencias C-507 de 2008 y C-536 de 2012.

42 Sentencia C-077 de 2017.

43 Sentencia C-077 de 2017. En igual dirección se encuentra, por ejemplo, la sentencia C-644 de 2012.

44 Sentencias C-536 de 2012 y C-077 de 2017.

45 Sentencia C-077 de 2017.

46 Sentencia C-213 de 2017.

47 Sentencia C-536 de 2012.

48 Es importante señalar que de la lectura de esta decisión no se desprende un uso específico de las categorías de la proporcionalidad. Sin embargo, la doctrina especializada la ha referido como una de las sentencias relevantes de la jurisprudencia en esta materia.

49 En esta oportunidad, a pesar de que la Corte empleo términos que sugerían que no se configuraba un retroceso afirmando que la medida “no limita el estándar sustantivo de protección del derecho constitucional al ambiente sano, tampoco hace más flexibles las

etapas exigidas para obtener una licencia ambiental en un término irrazonable, ni necesariamente disminuye los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho al ambiente sano” procedió a examinar si la medida se encontraba justificada.

50 Sentencia C-671 de 2002.

51 Sentencia C-671 de 2002.

52 Sostuvo en esa ocasión: “En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez”.

53 En esa oportunidad la Corte explicó: “Es una medida que no puede ser considerada regresiva, por cuanto no recorta o limita de forma sustantiva el derecho de acceder a la protección de los derechos e intereses colectivos. Se trata de suprimir una herramienta que no formaba parte en sí del derecho, sino que constituía un medio para estimular su uso. No existe pues, en estricto sentido, un requisito o carga adicional que se imponga a las personas”.

54 Luego de un análisis sistemático de toda la regulación indicó: “(...) la medida impugnada no compromete el principio de progresividad y la prohibición de regresividad, pues, atendiendo a la filosofía que inspira la Ley 1776 de 2016, esta se ubica en el contexto de mejorar las políticas públicas agrarias en términos de goce efectivo de los derechos, y, por esa misma razón, no se advierte en ella el propósito de promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación de la población campesina y rural”.

55 Precisó la Sala Plena: “En este sentido, el hecho de que un bien cultural de la Nación no sea considerado además como patrimonio cultural sumergido no lo desprotege, sino que implica que respecto de su descubrimiento y recuperación se aplican reglas distintas a las contempladas en la Ley 1675 de 2013 que son las de la Ley 397 de 1997 (...)”.

56 Señaló la Corte: “En el presente caso se censura el desconocimiento del mandato de progresividad y no regresión en cuanto a un derecho fundamental, el debido proceso y, en particular, el derecho al juez natural, por lo que para determinar la aptitud del cargo, es necesario identificar si el reproche concierne el contenido prestacional del mismo. Tal sería el caso, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la puesta a disposición de recursos y estructuras jurisdiccionales para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la justicia. Este no es el presente caso ya que, el cargo formulado por el accionante no se refiere a las acciones o prestaciones que debe emprender u ofrecer el Estado para hacer efectivo el derecho, sino al régimen jurídico de las nulidades por falta de jurisdicción y de competencia, lo que no hace parte del contenido prestacional del derecho fundamental. En este sentido, se trata de un cargo inepto que no permite realizar un juicio material de constitucionalidad”.

57 La Corte, entre otras cosas, indicó: “(...) lejos de estar en presencia de una medida regresiva, lo que hace la Ley 1821 de 2016, como ya se dijo, es ampliar el ámbito de goce del derecho al trabajo, al brindar la posibilidad de retener a favor del servicio público la experiencia de las personas mayores, en razón al aumento en la expectativa promedio de vida de la población, al mayor envejecimiento de la misma y a la necesidad de incluir el valor de la inteligencia depurada dentro de las fuerzas productivas del país, como lo disponen los artículos 54 y 334 de la Constitución, referentes al deber del Estado de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar, con el fin de dar pleno empleo a los recursos humanos”.

58 Sostuvo este Tribunal: “Así pues, la interpretación histórica del artículo 6º de la Ley 1233 de 2008, cuya constitucionalidad ahora se examina, revela que el verdadero propósito de dicha norma es asegurar que los asociados a las cooperativas y precooperativas de trabajo tengan garantizado el derecho a la seguridad social, el cual, antes de su vigencia, quedaba al garete de la voluntad libre de dichas organizaciones, las cuales podían omitir la afiliación de sus miembros y no pagar la cotización correspondiente, o trasladar esta carga al asociado, que entonces cotizaba como “trabajador independiente”. Así mismo, con la expedición de la Ley se pretendió evitar que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado fueran utilizadas como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social, o como asociaciones mutuales para los mismos efectos”

59 Dijo la Sala Plena: “(...) a diferencia de lo señalado por el accionante, la reforma introducida por la Ley 1276 de 2009 no restringe ni recorta la atención del adulto mayor, sino por el contrario: (i) adopta un nuevo paradigma de atención a la ancianidad superando la visión simplemente asistencialista de su cuidado, (ii) amplía la cobertura no sólo frente a aquellos que se encuentran en situación de pobreza extrema, indigencia o sin sitio de habitación sino también a aquellos clasificados en los niveles I y II del SISBEN, así como demás población mayor que desee participar en los programas con pagos mínimos por los servicios. De igual manera, debe ponerse de presente que los servicios ofrecidos tanto por los Centros Vida como los Centros de Bienestar del Anciano no son excluyentes, y como lo señala expresamente la Ley 1276 de 2009 en los primeros será obligatorio, en especial, el cuidado de los ancianos en indigencia y (iii) fortalece las fuentes de recursos para los Centros Vida como instituciones en donde las personas de la tercera edad son atendidas durante el día y que deben ofrecer una visión integral de cuidado de la vejez. Es preciso observar que dicho fortalecimiento de recursos también se predica de los Centros de Bienestar del Anciano, en tanto se hace obligatoria la estampilla en todos los municipios, y se les asigna un porcentaje determinado”.

60 La jurisprudencia ha referido también algunos criterios que pueden emplearse para descartar la existencia de un retroceso señalando que ello puede ocurrir, por ejemplo “a través de la aplicación de “indicadores de progreso” (...) o de la demostración de medidas adicionales complementarias que impiden el impacto negativo que a primera vista la reducción de recursos puede aparejar” (C-507 de 2008). Bajo esa perspectiva, el empleo de indicadores -estructurales, de proceso y de resultado- acerca del grado de realización de los derechos podría contribuir en la definición -en algunos casos- de retrocesos.

61 Sentencia C-028 de 2018. La Corte se apoya en las sentencias C-228 de 2011 y C-536 de 2012.

62 Sentencias C-536 de 2012 y C-028 de 2018.

63 Sentencia C-028 de 2018. En la sentencia C-536 de 2012 señaló la Corte: “No existen reglas generales en los tratados internacionales, ni en la Jurisprudencia de esta Corte que precisen cuál es el contenido mínimo intangible de los derechos sociales. Este análisis debe hacerse caso por caso, consultando la naturaleza de cada derecho, las garantías reconocidas

por los tratados internacionales que los desarrollan, la doctrina del Comité para la vigilancia del PIDESC y, sobre todo, el régimen constitucional de cada uno de ellos. Así, unas serán las reglas aplicables para definir, por ejemplo, el contenido mínimo del derecho al trabajo, otras el de la seguridad social, y unas diferentes en relación con el derecho a la educación o a la vivienda”.

64 Sentencia C-251 de 1997. En esta oportunidad la Corte juzgó la constitucionalidad del “Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, y de la Ley aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo”.

65 Sentencia C-038 de 2004.

67 Sentencia SU074 de 2020.

68 Sentencia SU074 de 2020.

69 Sentencia SU074 de 2020.

70 Sentencia T-302 de 2017.

71 Sentencia T-302 de 2017.

72 Sentencia T-302 de 2017.

73 La sentencia T-428 de 2012 presentó en su fundamento jurídico 3.4.2, una síntesis detallada acerca de los componentes del derecho a la educación que, en función de la edad y el nivel de escolaridad, se integraban a obligaciones inmediatas y progresivas.

74 Señaló la Corte en esa oportunidad: “Como se ha dicho, la delimitación constitucional de las obligaciones de aplicación inmediata del derecho a la salud y de los mínimos que se deben proveer a las víctimas de violencia sexual exige que la atención en salud sea integral, y que asegure que todas las personas puedan acceder al servicio en las mismas condiciones, lo que no puede estar sujeto a la discrecionalidad de los operadores de salud. En este sentido, la distinción en el acceso provista en la expresión acusada genera una diferencia en

las condiciones de acceso a los servicios sin justificación. Por lo tanto, este elemento, hace que la medida que se acusa de inconstitucional, no esté sujeta al principio de progresividad y no regresividad, pues no se trata de una de las obligaciones que el Estado puede o no prestar”.

75 Cita contenida en la sentencia C-028 de 2018. Ella es presentada en esta sentencia apoyándose para el efecto en las sentencias C-671 de 2002, C-444 de 2009, C-228 de 2011, C-630 de 2011, C-284 de 2014, C- 313 de 2014 y C-754 de 2015. La sentencia C-288 de 2012 formuló esta regla del siguiente modo: “De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso”.

76 Sentencia C-028 de 2018. Esa consideración estuvo acompañada de la siguiente precisión: “Finalmente, el tercer elemento del test es la justificación de la medida regresiva. El Legislador debe dar cuenta de las razones por las cuales la medida regresiva está justificada. Las reglas sobre el tipo de justificación y la forma en que debe adelantarse el escrutinio varían de caso a caso. Está ordenado en el texto de los tratados que se refieren a este asunto, en especial el PIDESC y el Protocolo a la CADH, que en materia de derechos sociales las restricciones solamente podrán ser introducidas mediante leyes formales “promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general” y en la medida “en que no contradigan el propósito y razón” de los derechos sociales (art. 4 del Protocolo de San Salvador) o que “sea[n] compatible[s] con la naturaleza de esos derechos” (art. 4 del PIDESC). En el mismo sentido, ha manifestado el Comité PIDESC que los estados parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen, entre otras obligaciones, justificar plena y cuidadosamente la adopción de medidas restrictivas (...)”.

77 Se encuentran en esa dirección las sentencias C-931 de 2004, C-507 de 2008, C-428 de 2009, C-444 de 2009, C-503 de 2014, C-298 de 2016, C-486 de 2016 y C-537 de 2016. En sentencias de tutela se encuentra la T-1318 de 2005 y la T-428 de 2012.

78 Sentencia C-507 de 2008. Ese mismo enunciado se encuentra contenido también en las

sentencias C-428 de 2009, C-444 de 2009, C-556 de 2009, C-228 de 2011, C-630 de 2011, C-313 de 2014, C-493 de 2015, C-298 de 2016 y C-486 de 2016. Igualmente, en las sentencias T-428 de 2012, T-924 de 2012, T-011 de 2014, SU-132 de 2013, T-524 de 2014 y T-302 de 2017

79 En esa dirección se encuentran las sentencias C-507 de 2008, C-428 de 2009, C-444 de 2009, C-556 de 2009, C-630 de 2011, C-313 de 2014 y C-298 de 2016. La sentencia C-493 de 2015 explicó así la razón de ello: “Por otra parte, el principio de progresividad lleva implícito el mandato de igualdad, de dos maneras. En primer término, las autoridades no pueden establecer diferencias irrazonables entre diversos grupos poblacionales, especialmente, si estas se edifican sobre criterios sospechosos (prohibición de discriminación). Pero, por otra, es válido que se persiga, con medidas afirmativas, favorecer especialmente a los grupos vulnerables y las personas en condición de debilidad manifiesta. Precisamente por esta razón la Corte Constitucional ha explicado que la presunción de inconstitucionalidad de una medida regresiva que afecta a sujetos vulnerables o de especial protección constitucional debe ser aplicada de forma más estricta”.

80 Al parecer fue la sentencia C-991 de 2004 la que empleó por primera vez dicha fórmula. En esa oportunidad indicó la Corte: “La Sala observa que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.” (art. 13 C.P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”. Luego ella ha sido utilizada, por ejemplo, las sentencias C-507 de 2008, C-428 de 2009, C-556 de 2009, C-727 de 2009, C-630 de 2011, C-744 de 2012, C-313 de 2014, C-298 de 2016. En materia de tutela, han empleado esa expresión las sentencias, T-602 de 2005, T-1183 de 2005, T-1291 de 2005, T-1318 de 2005, T-356 de 2006, T-1239 de 2008

81 En el fundamento 45 de la Observación No. 13 sobre el derecho a la educación se utiliza una fórmula igual. Allí se indica: “La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Partes”. Lo propio ocurre en el fundamento 32 de la Observación No. 14 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

82 En la sentencia C-493 de 2015 la Corte señaló: “La Corte debe insistir en que no se encuentra bajo escrutinio constitucional la norma derogada, sino su derogatoria. Pero debe añadir también que no corresponde hoy en día a la administración asumir las cargas que el Congreso ignoró o desconoció al momento de adoptar la norma cuestionada, pues ello supone pasar por alto la estructura de la prohibición de retroceso y propiciar la arbitrariedad en las decisiones legislativas, pues en lugar de que estas sean justificadas y discutidas durante su trámite, se podría confiar en que, se encuentre a posteriori, una razón en su favor”. Más adelante afirmó: “En el caso de las medidas legislativas, esa argumentación debe hallarse en el trámite legislativo, bien sea en la exposición de motivos del proyecto de ley correspondiente, bien sea en las deliberaciones propias de cada debate”. En esa misma dirección la sentencia C-486 de 2016 indicó: “(...) es imprescindible señalar que el análisis de regresividad sí admite ‘pasos atrás’, pero que la carga de justificarlos radica en quien impone la medida, es decir, para el caso de las leyes, en el Congreso de la República. En este trámite, sin embargo, no existe una justificación específica y satisfactoria que, en el proceso de elaboración de la ley, explique la decisión de modificar el plazo y la sanción por mora en el pago de las cesantías. Y ello es explicable, en la medida en que se trata de una norma incluida en una ley que trataba un aspecto totalmente distinto, según se ha concluido en el estudio por violación al principio de unidad de materia”. Sobre el alcance específico de la justificación “cuando se modifica una regla tributaria que históricamente se ha encontrado dirigida a la garantía de “necesidades básicas de las personas, como la alimentación, la educación, la salud y la vivienda” se encuentra la sentencia C-209 de 2016.

83 En la sentencia C-507 de 2008 la Corte señaló: “En primer lugar, ni el texto de la disposición estudiada, ni las razones en las cuales se apoyó el gobierno para presentar el

correspondiente proyecto de ley, ni los debates parlamentarios surtidos durante el trámite del mismo, ni las intervenciones de las distintas entidades gubernamentales en el presente proceso permiten a la Corte tener datos precisos sobre la real afectación de los presupuestos misionales de las universidades estatales. Las cifras, como ya quedó demostrado, oscilan entre cientos de miles de millones de pesos y varios billones de pesos. Tampoco existen estudios que permitan sostener que la norma no tendrá un impacto en el derecho a la educación a pesar de que, como lo ha sostenido la Corte, en principio se presume que una disminución sensible de los recursos destinados a la educación puede aparejar, al menos tendencialmente, una afectación de este derecho. Tampoco existen en la norma demandada o en otras que la complementen o adicionen, medidas adicionales o complementarias para contener el efecto regresivo de la norma demandada sobre el derecho a la educación superior” (Negritillas no hacen parte del texto). Más adelante concluye: “(...) ni la exposición de motivos de la ley, ni las razones en las cuales se apoyó el gobierno para presentar el correspondiente proyecto, ni los debates parlamentarios surtidos durante el trámite del mismo, ni las intervenciones de las distintas entidades gubernamentales en el presente proceso sirven para justificar la necesidad de la medida estudiada”. En semejante dirección se encuentra, por ejemplo, la sentencia C-644 de 2012 (fundamento 6.2.3).

84 Sentencia C-149 de 1994.

85 Sentencia C-149 de 1994.

86 Sentencia C-337 de 2011. En esa misma dirección se encuentran las sentencias C-508 de 1997, C-1173 de 2001 y C-629 de 2011.

88 Sentencia C-337 de 2011. Igualmente pueden consultarse las sentencias C-508 de 1997, C-1173 de 2001, C-440 de 2011 y C-629 de 2011. Sobre la vinculación del subsidio familiar a la seguridad social pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-223 de 1998, T-586 de 1999, T-753 de 1999, T-712 de 2003, T-588 de 2004, T-942 de 2014. En la sentencia T-1034 de 2000 la Corte indicó: “En cuanto al caso objeto de estudio, la Sala deberá negar el amparo impetrado, como quiera que los trabajadores que solicitan la tutela no demostraron que la ausencia de pago del subsidio familiar vulnere derechos fundamentales, puesto que el derecho a la seguridad social que contiene el derecho al pago de la prestación económica en discusión, no es por sí solo fundamental. Por ende, los actores deberán acudir a la

jurisdicción ordinaria para proteger sus derechos de rango legal” (Negrillas no son del texto original). En igual dirección la sentencia C-356 de 2002 señaló: “La ley y la doctrina han definido al subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral, y perteneciente al régimen de seguridad social”.

89 Sentencia C-508 de 1997.

90 Sentencia C-508 de 1997.

91 Sentencia C-508 de 1997. En semejante sentido se encuentra la sentencia C-440 de 2011.

92 Sentencia C-508 de 1997. La sentencia C-440 de 2011 indicó: “Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso”.

93 Es importante señalar que el Convenio 102 de la OIT sobre la Seguridad Social -que no hace parte del bloque de constitucionalidad y por ello su referencia aquí no es concluyente- incluye a las prestaciones familiares en esa categoría. Dicho Convenio ha sido referido por la Corte, en lo que se relaciona con el subsidio familiar, en las sentencias C-337 y C-629 de 2011.

94 Sentencia T-1034 de 2000.

95 Sentencia T-1034 de 2000.

96 Sentencia T-1034 de 2000. En la misma dirección pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias T-753 de 1999, T-356 de 2002, T-712 de 2003, T-728 de 2003, T-677 de 2007 y T-942 de 2014. Incluso en algunas de ellas se protegió esa prestación para el que estaba por nacer, tal y como ocurrió en las sentencias T-223 de 1998 y T-588 de 2004.

97 Sentencia T-1034 de 2000. Igualmente, las sentencias T-753 de 1999, T-942 de 2014.

98 La regulación sobre el particular se encuentra actualmente compilada en el Decreto 1072 de 2015 (artículos 2.2.7.4.5.2 y 2.2.7.4.5.3).

99 La reglamentación de esta materia se encuentra compilada entre los artículos 2.2.7.4.4.1. y 2.2.7.4.4.20. del Decreto 1072 de 2015.

100 En esa dirección se encuentran, por ejemplo, las consideraciones de la sentencia C-428 de 2009 al juzgar la validez del incremento de las semanas -artículo 1º de la Ley 860 de 2003- para acceder a la pensión de invalidez. Dijo la Corte en esa oportunidad: “En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez”.

101 Sentencia C-428 de 2009.

102 El párrafo referido establece lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

103 El artículo 12 prescribe al referirse al derecho a la salud: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

104 Sentencia C-149 de 1994.

105 Sentencia C-337 de 2011. En la misma dirección se encuentra la sentencia C-1173 de 2001.

106 Sentencia C-653 de 2003.

107 Sentencia C-653 de 2003.

108 Sentencia C-429 de 2019.

109 Sentencia C-1173 de 2001. En esa oportunidad y luego de precisar que la destinación dada por la ley a tales recursos se dirigía a la satisfacción de “las necesidades de la clase trabajadora en las áreas de la salud, nutrición, educación, vivienda fomento empresarial, recreación y mercadeo de productos” indicó que no podía abrirse paso la acusación en virtud de la cual se estaba “obligando a los trabajadores a arriesgar el dinero de “su” subsidio en estas obras y programas”. Sostuvo “que sobre los recursos parafiscales que manejan las Cajas de Compensación Familiar los beneficiarios no tienen un derecho subjetivo equiparable al que se ejerce sobre la propiedad privada sino, por el contrario, un interés legítimo de que las sumas recaudadas por ese concepto sean aplicadas en actividades que favorezcan a la clase trabajadora, tal como lo pretende la norma que se revisa”.

110 Los ajustes introducidos en la Ley 1438 de 2011 y la destinación de los recursos al FOSFEC a fin de implementar la protección al cesante, se encuentran encaminados -aunque con diferentes estrategias- a alcanzar propósitos equivalentes.

111 Refiriéndose a los deberes constitucionales en materia de empleo la Corte indicó lo siguiente en la sentencia C-333 de 2017: “Asimismo, para acceder y fomentar el trabajo, como para combatir el fenómeno del desempleo en Colombia, el Estado se encuentra compelido por distintas normas de la Constitución. Así, el artículo 13 superior señala 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”. En el mismo sentido, el artículo 25 establece que “El trabajo es un derecho y una

obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Del mismo modo, prevé el artículo 54 de la Carta, que “El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. Por su parte, el artículo 333 consagra que “El Estado (...) estimulará el desarrollo empresarial”. Finalmente, el artículo 334 estipula que “El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos”. // Así entonces, el Estado tiene importantes deberes y obligaciones en materia de atención a las personas desempleadas. Como se indicó, el principio fundamental de que Colombia es un Estado social de derecho implica que tiene el deber de garantizar a los asociados las condiciones necesarias para poder subsistir de una manera digna, a través de los medios y mecanismos que el Estado diseñe en desarrollo de sus políticas sociales y económicas. Ello constituye una materialización de lo que se ha denominado por la jurisprudencia constitucional el derecho al mínimo vital” (Subrayas son del original).

112 Intervención del Senador Oscar Iván Zuluaga en la sesión de las Comisiones Conjuntas del día 18 de noviembre de 2012. Gaceta 166 de 2003.

113 Sentencia C-1064 de 2001. En una dirección semejante, se encuentran algunas consideraciones de la sentencia C-629 de 2011. Dijo la Corte: “La posibilidad de implementar otros mecanismos para garantizar el pago íntegro de la cuota monetaria del subsidio, como por ejemplo que el Estado colombiano asuma directamente la carga de los aportes a las cajas de compensación, o que se establezcan subsidios a favor de los empleadores para tales propósitos escapan del alcance del juicio de constitucionalidad que realiza esta Corporación porque suponen la injerencia directa en el diseño de una política pública ya establecida por otras ramas del poder público y porque adicionalmente muchas de las medidas de fomento previstas en la Ley 1429 de 2010 tienen ya considerable impacto en las finanzas públicas, tales como por ejemplo la reducción de los impuestos a cargo de las pequeñas empresas” (Negritas no son del texto original).

114 Sentencia SU-111 de 1997.

116 Sentencia SU225 de 1998.

117 Sentencia SU225 de 1998.

118 Sentencia SU225 de 1998.

119 Fj 18, 21 y 35 del acápite de consideraciones.

120 Fj 36 a 45 y 49 del acápite de consideraciones.

121 Fj 80 a 82 del acápite de consideraciones.

122 Es lo que la doctrina denomina como una “intervención legislativa” en una garantía constitucional. Esta se presenta cuando una disposición de carácter legal afecta de manera negativa a una norma o posición jurídica que puede adscribirse prima facie al ámbito normativo de protección inicial de una disposición constitucional. De darse el caso, la primera supone una intervención en la segunda –la disposición constitucional de que se trate–.

123 Sobre la estructura analítica del citado juicio, puede consultarse entre muchas otras, de manera reciente, la Sentencia C-119 de 2021.