¿ES POSIBLE UNA DOGMÁTICA ADECUADA SOBRE LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD? UN ENFOQUE DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

RODRIGO UPRIMNY*
DIANA GUARNIZO**

RESUMO: O artigo aborda a problemática do instituto da proibição de retrocesso social no âmbito do direito colombiano, mormente em relação ao questionamento da possibilidade de sua aplicação e da falta de critérios objetivos a guiarem o intérprete. Após exame aprofundado de determinadas decisões, conclui que a despeito das dificuldades inerentes à aplicação, a jurisprudência recente da Corte Constitucional Européia demonstrou ser possível adotar um conceito de proibição de retrocesso com um conteúdo normativo justiciável.
PALAVRAS-CHAVE: Proibição de Retrocesso; Direitos Sociais; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The article discusses the problem of the social rearward prohibition in the scope of Colombian law, mainly with regards to the questioning of the possibility of its application and the lack of objective criteria to guide the interpreter. After careful examination of some particular decisions, it concludes that despite the difficulties inherent to the application, the Colombian Constitutional Court's recent jurisprudence has shown it to be possible to adopt a rearward prohibition concept that has an enforceable legal content.
KEYWORDS: Social Rearward Prohibition; Social Rights; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. A evolução da jurisprudência da CCC sobre a proibição de retroceso; 2. Uma valoração dos acertos e dificuldades da jurisprudência constitucional colombiana sobre a proibição de retrocesso; 3. Conclusão.

SUMMARY: 1. The evolution of the CCC's jurisprudence on rearward prohibition; 2. An evaluation of the correct choices and the difficulties of the colombian constitutional jurisprudence on the rearward prohibition; 3. Conclusion.

SUMARIO: 1. La evolución de la jurisprudencia de la CCC sobre la prohibición de retroceso. 2. Una valoración de los aciertos y dificultades de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la prohibición de retroceso. 3. Conclusión.

Uno de los debates contemporáneos más importantes en materia de protección judicial de los derechos humanos esta vinculado con la justiciabilidad de los llamados derechos sociales. Mientras que algunos autores consideran que la protección judicial

* Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad "DeJuSticia" y profesor de la Universidad Nacional de Colombia
** Investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad "DeJuSticia".

de esos derechos es la consecuencia necesaria de tomarlos en serio, por parafrasear la celebre expresión de Dworkin, otros autores se oponen a dicha justiciabilidad pues consideran que conduce a una suerte de dictadura judicial[1]. Una de las razones que invocan quienes se oponen a la protección judicial de los derechos sociales es que parecería muy difícil, por no decir imposible, desarrollar dogmáticas jurídicas apropiadas en esta materia. Pero no creemos que sea así; la propia práctica judicial ha mostrado que es posible desarrollar herramientas conceptuales apropiadas para lograr una protección judicial razonable de estos derechos.

Este artículo pretende mostrar esa posibilidad de dogmáticas apropiadas en el campo de los derechos sociales, para lo cual nos pareció interesante abordar la llamada prohibición de retroceso o principio de no regresividad en materia de derechos sociales, la cual, a pesar de su aparente simplicidad, suscita interrogantes jurídicos complejos, como pasamos a ilustrarlo.

La prohibición de retroceso es considerada una consecuencia natural del principio de progresividad en este campo. El argumento es simple: si los Estados tienen el deber de lograr progresivamente la plena vigencia de los derechos sociales, tal como lo establecen las normas que definen las obligaciones de los Estados en el Protocolo de San Salvador y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales[2], entonces parece razonable concluir que las autoridades tienen, al menos, el deber de no retroceder cuando ya se ha alcanzado un nivel de protección de un determinado derecho social. A primera vista, esa prohibición de regresividad parece tener un significado simple, pues impondría a los Estados una interdicción: las autoridades no podrían disminuir el nivel de protección de un derecho social que ya había sido alcanzado anteriormente a través de la legislación o de otras medidas políticas o jurídicas.

Sin embargo, a pesar de su aparente simplicidad, la prohibición de retroceso plantea interrogantes complejos, pues no es claro cuál es su alcance. A menudo, muchos gobiernos y legisladores introducen medidas que retroceden en la protección de un derecho de contenido social. Sin embargo, aducen que dichas medidas eran necesarias, pues el Estado no contaba con los recursos para garantizar la sostenibilidad de estas obligaciones o porque el sistema de reparto de recursos se había tornado inequitativo o ineficiente. ¿Estamos en esos casos frente a una violación de una prohibición de retroceso, que además puede ser declarada en sede judicial? ¿O puede tratarse de restricciones justificadas por cuanto la posible disminución de la protección legal para un grupo poblacional pudo verse compensada por el aumento del goce de otros derechos por otras personas?

---

[1] La literatura sobre el tema es muy amplia. Para enfoques favorables a la justiciabilidad, ver, entre otros, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Ro1997. Victor Abramovich y Christian Courtis *Los derechos sociales como derechos exigible*s Madrid: Trotta, 2002. Y Rodolfo Arango. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogota, Legis, 2005. Para enfoques más escépticos al respecto, ver Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope*, Chicago: University of Chicago Press, 1991 o Mark Tushnet 'An Essay on Rights', 4 *Texas Law Review* (1984) 1363-1402.

[2] Ver el lenguaje concordante en este punto del artículo 1 del protocolo y del artículo 2 del Pacto, cuando hablan del deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias y hasta el máximo de sus recursos disponibles a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

Las respuestas a esos interrogantes no son fáciles, pues dependen no sólo del alcance que se otorgue a dicha prohibición, (y en especial si ésta es o no considerada como una interdicción absoluta), sino también de si existen herramientas conceptuales y metodológicas para determinar judicialmente si efectivamente, en un caso determinado, una medida ha vulnerado o no la prohibición de retroceso. Algunos autores son tan escépticos frente a la posibilidad de llegar a una dogmática apropiada para declarar judicialmente una violación de la prohibición de retroceso que consideran que dicha categoría no debía ser usada en los análisis de la justiciabilidad de los derechos sociales, aunque podría tener alguna relevancia en términos de seguimiento de políticas públicas.[3]

La pregunta que obviamente surge es, entonces, si es posible o no construir una dogmática apropiada sobre la prohibición de regresividad que permita controlar judicialmente los eventuales retrocesos de las autoridades en este campo. Ahora bien, la respuesta a ese interrogante no debería hacerse en abstracto sino aprovechando que en los últimos años algunos tribunales han buscado aplicar judicialmente los derechos sociales, lo cual los ha llevado, en algunos casos, a examinar si una determinada decisión estatal implicaba o no una violación del principio de no regresividad. En particular, la Corte Constitucional Colombiana (CCC) ha tomado varias decisiones relacionadas con el alcance de dicho principio, que pueden ser interesantes para la discusión comparada, tanto por los aciertos de dicho tribunal como también por sus vacilaciones y errores, que han generado una importante discusión en la academia colombiana.

Conforme a lo anterior, el objetivo principal de este artículo será mostrar la relevancia de la discusión colombiana que permita avanzar en una dogmática apropiada sobre el alcance de la obligación de no retroceso a nivel del derecho constitucional comparado. El texto no se limitará entonces a presentar las decisiones de la CCC sino que intentará extraer de esa evolución jurisprudencial, y de los debates que ha suscitado, algunas líneas doctrinales sobre la posible interpretación apropiada de este principio. No se trata pues de un texto puramente descriptivo de una evolución jurisprudencial, ni de una propuesta de dogmática separada de la práctica judicial, sino de un esfuerzo de reconstrucción crítica y racional, a partir de una práctica judicial real, de los elementos centrales que podrían configurar una doctrina apropiada sobre la prohibición de retroceso[4]. La primera parte del artículo es entonces una presentación

[3] Ver al respecto Tara Melish. "El litigio supranacional de los Desc: avances y retrocesos en el sistema interamericano" en VV.AA. *Derechos económicos, sociales y culturales*. México, Programa de cooperación sobre derechos humanos México Comisión Europea, 2005, pp 212 y ss. Texto disponible en la red en marzo 2006 en www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08_tara.pdf.

[4] En ese punto, nos inspiramos en trabajos como los de MacCormick sobre argumentación jurídica, quien propone una teoría normativa de la argumentación pero elaborada a partir de las argumentaciones que realmente adelantan los jueces. (Ver al respecto MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press, 1994, pp 12 y ss). Ese procedimiento nos parece más apropiado que la construcción de dogmáticas o de conceptos jurídicos totalmente desvinculados de la práctica judicial, pues se corre el riesgo de construir propuestas teóricas pero para "tribunales inexistentes", por recordar la crítica de Haba al modelo normativo y abstracto de argumentación propuesto por Alexy (Ver Enrique P haba "*Teorización constructivista como 'forma de vida' Sobre 'reglas y formas' del discurso jurídico en los tribunales inexistentes*" en *Doxa*, nº 21, I, 1998, pp. 147-170) . Creemos que las reflexiones de Fix-Zamudio también siguen una línea semejante de trabajo, pues proponen construcciones teóricas sobre las estructuras de protección de los derechos constitucionales, pero no en abstracto, sino a partir de las dinámicas efectivas

sintética pero sistemática de la jurisprudencia de la CCC sobre el tema de la prohibición de regresividad, para luego, en la segunda parte, discutir la validez de las orientaciones dogmáticas de ese tribunal. Ese examen debería permitir contribuir al desarrollo de una dogmática constitucionalmente apropiada del principio de no regresividad, que recoja los aciertos indudables de la CCC pero evite sus vacilaciones y errores.

1. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CCC SOBRE LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO

La CCC, al resolver casos relacionados con la prohibición de regresividad, se ha movido por distintas tesis que van, desde posiciones que podríamos calificar de radicales, ya sea porque (i) niegan toda eficacia a dicho principio o (ii) tienden a considerarlo prácticamente como un mandato absoluto, hasta posiciones que permitirían consolidar (iii) una tesis intermedia de protección, que utiliza el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad como criterio para determinar la validez o no de una medida regresiva, que en principio debe presumirse inconstitucional. A continuación presentamos las tres tesis por las que ha oscilado la CCC.

1.1. Primera Tesis: La prohibición de no retroceso como una "mera expectativa" no protegida constitucionalmente

En algunas de sus sentencias más tempranas, la CCC consideró que en el fondo el principio de no regresividad carecía de verdadera fuerza normativa, pues realmente no limitaba la libertad configurativa que tiene el legislador en la regulación de los derechos sociales. Se trataba más de un ideal político que de una verdadera norma jurídica. De acuerdo con esta tesis, el legislador puede cambiar cualquier disposición normativa relacionada con estos derechos, a su arbitrio, incluso en el sentido de reducir el contenido protegido del derecho.

El ejemplo más claro de esta doctrina fue la sentencia **C-168 de 1995**[5]**.** En este fallo, la CCC estudió la constitucionalidad de varias normas que establecían un régimen pensional menos favorable que el anteriormente vigente[6], pues aumentaban la edad y el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez y disminuían el monto de la pensión concedida. Además, creaban un régimen de transición a través

---

de los ordenamientos constitucionales, como corresponde a su gran trayectoria como uno de los lideres del derecho constitucional comparado.

[5] La CCC tiene esencialmente dos tipos de competencias. De un lado, el control abstracto –esto es, por fuera de litigios concretos- de las normas legales, cuando éstas son demandadas por los ciudadanos o cuando la Constitución ordena un control automático (decretos de estados de excepción y tratados). De otro lado, la revisión discrecional de los fallos de tutela hechos por los jueces cuando las personas han solicitado el amparo de sus derechos fundamentales. Eso explica que las sentencias de la CCC se dividan básicamente en dos tipos de decisiones. Los fallos de control, que son competencia de la sala plena, y que son encabezados por la letra "C". Y los fallos de tutela, que son encabezados por la letra "T", cuando son hechos en salas de tres magistrados, y por las letras "SU" cuando la tutela es decidida por la Sala Plena, a fin de unificar la jurisprudencia de la Corte. Por ello las sentencias de la CCC se identifican básicamente con tres elementos: (i) un encabezado (C, T o SU) que indica la naturaleza de la decisión, un número, que corresponde a la numeración de sentencias de ese año, y el año. Por ende la sentencia C-168 de 1995 es la decisión No 168 de 1995 y corresponde a una sentencia de control abstracto.

[6] Se trataba de algunos apartes de los artículos 11 y 36 de la ley 100 de 1993 por medio del cual se establece el Sistema General de Pensiones.

del cual era posible aplicar algunas características del régimen anterior a quienes se encontraban más cerca de cumplir los requisitos de pensión.

Esa reforma fue demandada por un ciudadano que consideraba que el nuevo régimen era menos favorable que el anterior. De acuerdo con la demanda la ley había desconocido el mandato constitucional, según el cual, a los trabajadores debía respetárseles la "condición más beneficiosa", mandato que implicaba, según el demandante, que una ley posterior no podía disminuir los beneficios previstos en regulaciones anteriores.

Aunque el demandante no habló de la prohibición de retroceso en materia de derechos sociales para cuestionar la reforma pensional sino que recurrió a una cierta interpretación del principio de protección de la "condición más beneficiosa" del derecho laboral, en el fondo su cargo estaba estructurado sobre la prohibición de regresividad, pues su argumento esencial era que una reforma laboral o pensional no podía desconocer conquistas previas de los trabajadores. En su visión, la protección de la condición más favorable implicaba una cierta "irreversibilidad" de los beneficios laborales o pensionales, pues una nueva norma en esta materia no podía disminuir las condiciones favorables existentes anteriormente, las que, en la medida en que favorecen a la persona, debían ser reconocidas y respetadas por las leyes posteriores.

La CCC negó las pretensiones de la demanda y declaró la constitucionalidad de la reforma pensional. Para ello, el tribunal recurrió a la clásica distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas del derecho civil. La diferencia entre unos y otros consiste en que mientras los derechos adquiridos son intangibles para el legislador, las expectativas son apenas probabilidades o esperanzas que se tiene de obtener algún día un derecho. En esa medida las meras expectativas pueden ser modificadas por el legislador en forma discrecional, pues la Constitución sólo ampara los derechos adquiridos. Y, precisó la CCC, siguiendo la doctrina civilista en la materia, que un derecho adquirido o situación jurídica concreta sólo se consolida cuando se han cumplido en el caso específico todos los supuestos previstos por la norma abstracta para el nacimiento del derecho. Por consiguiente, según la CCC, mientras que una persona no cumpla con todas las condiciones para adquirir una pensión, tiene una simple expectativa y el legislador está facultado para modificar el régimen pensional que lo cubre, incluso en el sentido de hacer más gravosos los requisitos para acceder a dicha prestación. En este ultimo caso la persona no puede oponerse jurídicamente a la reforma, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho en condiciones más favorables, pues se trata de una mera expectativa, que no está protegida constitucionalmente.

Esa sentencia rechazó entonces la llamada teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales. No sólo la consideró jurídicamente incorrecta sino, además, inapropiada por "poderosas razones de orden social y económico".

Según la CCC, esa tesis es jurídicamente equivocada, pues la Constitución únicamente ampara los derechos adquiridos, por lo que no puede aducirse, en nombre de la protección de la condición más beneficiosa, la imposibilidad de modificar el régimen pensional para quienes se encuentran cubiertos por dicho régimen, aunque su derecho no se haya concretado aún. Eso equivaldría, según la CCC, "a asumir que

los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza".

Además, según la sentencia, la tesis de la irreversibilidad es insostenible por razones políticas y económicas, pues "se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora".

Como vemos, en esta sentencia, la CCC niega, en el fondo, toda fuerza normativa a la prohibición de retroceso, el cual caracteriza como principio de irreversibilidad. La Corte considera que mientras un derecho social no se haya materializado como derecho adquirido, por haberse cumplido todas las condiciones exigidas por la ley para su concreción, entonces existe una mera expectativa y el Congreso puede modificar, incluso en forma regresiva, la regulación existente, sin necesidad de ningún tipo especial de justificación.

En otras decisiones, incluso relativamente recientes, la CCC ha reiterado esa tesis, según la cual, la ley puede reducir libremente el grado de protección de un derecho social, siempre y cuando no afecte derechos adquiridos. Así, la sentencia C-781 de 2003 estudió una demanda ciudadana contra una norma que disminuía significativamente el monto de la indemnización debida al trabajador cuando a la terminación del contrato laboral el empleador no pagaba los salarios debidos. La tesis básica de la demanda era que dicha reforma vulneraba la prohibición de retroceso, pues reducía las conquistas legales de los trabajadores. La CCC negó dicho cargo pues consideró que, salvo el límite de los derechos adquiridos, la ley puede modificar las regulaciones laborales, pues de no ser así, el ordenamiento estaría petrificado.

Como vemos, en estas dos decisiones, la CCC deja sin ningún tipo de protección a las expectativas pensionales o laborales –y en general a cualquier nivel de protección de un derecho de contenido prestacional- pues admite, casi sin reservas, regulaciones regresivas de estos derechos por parte del legislador. El único límite serían los derechos adquiridos.

1.2. Segunda tesis: el principio de no regresividad como una regla absoluta o "el derecho al régimen"

Por el contrario, en otras ocasiones la CCC ha llegado en la práctica a una tesis radicalmente contraria, entendiendo que el principio de no regresividad impone una regla de estricto cumplimiento, que no admite excepciones ni ponderaciones con otros valores constitucionales. Bajo esta tesis, cualquier tipo de reducción del campo de protección de un derecho social por parte del legislador supondría una violación directa de este principio, sin que para este análisis sean relevantes los motivos o circunstancias que motivaron tal reducción.

Esta tesis ha sido sostenida por la CCC al menos en dos oportunidades. El primer caso fue la sentencia **C-1165 de 2000,** que declaró la inconstitucionalidad de una ley que reducía hasta en un 75% el monto de los aportes que el Tesoro Nacional debía remitir al régimen subsidiado de seguridad social en salud[7]. La CCC consideró que la disminución de recursos para este régimen de ninguna manera realizaba el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordenaba la Constitución. Para la CCC, "so pretexto de la racionalización del gasto público" no podía disminuirse en forma drástica los aportes necesarios para suplir "las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana". Como vemos, aunque la sentencia no menciona expresamente el principio de no regresividad ni se refiere a las discusiones internacionales en la materia, en el fondo aplica el principio en forma estricta. Efectivamente, la Corte considera que una disminución de las partidas presupuestales al régimen subsidiado de salud desconoce el mandato constitucional de ampliar progresivamente la seguridad social a todos los colombianos.

Esta misma tesis fue utilizada posteriormente en otro caso sobre el régimen de transición pensional. Se trata de la sentencia **C- 754 de 2004,** en donde la Corte decide sobre la constitucionalidad de una norma por medio de la cual se establecía un régimen pensional de transición menos favorable que el consagrado con anterioridad. Como se recordará, la Ley 100 de 1993, que había hecho más estrictas las condiciones para acceder las pensiones y había disminuido su monto, había previsto un régimen de transición, que prolongaba las condiciones más favorables del sistema anterior a quienes ya tenían una cierta edad y llevaban cotizando un cierto número de años. La reforma de 2003 establecía que a los beneficiarios del régimen de transición sólo se les aplicaría el régimen pensional anterior en lo referente al requisito de edad y que en los demás requisitos se aplicaría el régimen actual, el cual es menos favorable[8]. Esta ley fue demandada no sólo por vicios de procedimiento en su aprobación sino además porque recortaba los beneficios de las personas que se encontraban amparadas por el régimen de transición. En el fondo, el cuestionamiento constitucional era que dicha reforma al régimen de transición desconocía la prohibición de regresividad.

La CCC acogió ambos argumentos y decidió declarar la inconstitucionalidad de la norma tanto por vicios de forma[9] como por razones de fondo. En particular, la

[7] En Colombia existen dos regimenes de seguridad social. Un sistema contributivo general que es financiado con los aportes de los empleadores y trabajadores. Y un régimen subsidiado que se basa en el principio de solidaridad, a través del cual, se presta el servicio de seguridad social en salud a quienes por su condición económica o por su situación personal no pueden ingresar al sistema contributivo.

[8] El régimen de transición, tal y como estaba regulado en la ley 100 de 1993, conservaba los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en el régimen pensional previo (previstos en diversas leyes y decretos anteriores a la Constitución de 1991). La ley 860 de 2003 estableció que a los beneficiarios del régimen de transición sólo se les aplicará el régimen pensional anterior en lo referente al requisito de edad. De esta manera en cuanto a los requisitos de tiempo de servicios y monto de la pensión se aplicaría el nuevo régimen pensional (ley 860 de 2003), el cual era menos favorable que el establecido anteriormente.

[9] En uno de los debates el contenido del artículo demandado había sido sustancialmente modificado sin que luego se le diera el respectivo debate. Para la Corte, esta irregularidad viola los principios de identidad y de consecutividad, de acuerdo con los cuales todo proyecto de le y debe tener cuatro debates.

sentencia señaló que las personas cobijadas por un determinado régimen de transición pensional tienen derecho a que se le respeten las condiciones allí establecidas. Sostuvo la CCC que el legislador estaba facultado para cambiar las condiciones de aquellos que aún no habían sido cobijados por un régimen de transición, pero que no podía reducir los beneficios respecto de aquellos que ya habían sido incluidos en uno.

Como vemos, en estos dos casos, la CCC parece fundarse en una visión estricta de la prohibición de retroceso, pues basta con constatar que la ley establece una regulación menos favorable que la anteriormente existente para que la norma sea declarada inconstitucional, sin que el tribunal entre realmente a estudiar si los motivos invocados por las autoridades políticas podían justificar el retroceso.

Precisamente por esa razón, la sentencia C-754 de 2004 fue criticada severamente por algunos analistas y por varios magistrados disidentes[10], quienes consideraron que la Corte había establecido una suerte de "derecho adquirido al régimen pensional", que no sólo era conceptualmente confuso, sino que además tenía consecuencias problemáticas. Según estas críticas, la prohibición de retroceso en materia de derechos sociales no puede ser considerada un mandato absoluto, pues los Estados y las sociedades pueden enfrentar dificultades económicas y cambios sociales profundos que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado anteriormente, por ejemplo porque se trata de una protección financieramente insostenible o porque conduce a resultados inequitativos.

Precisamente, en este caso específico, diversos análisis han mostrado que el sistema pensional protegido por esta sentencia es insostenible e injusto. Los problemas de sostenibilidad derivan de que se trata de pensiones subsidiadas, que han llegado a niveles muy altos, que ponen en riesgo su viabilidad financiera, pues un porcentaje importante de los ingresos tributarios están destinados al sistema pensional. Además, el sistema es inequitativo pues no otorga una pensión a la mayor parte de la población que se encuentra en edad de pensionarse y quienes la reciben no son los más pobres. Se estima que el sistema pensional sólo cubre al 20% de la población económicamente activa y que alrededor del 40% de las personas pensionadas pertenece a los estratos sociales más altos[11].

1.3. Tercera tesis: la prohibición de retroceso como el reconocimiento de unas expectativas legítimamente protegidas que prima facie deben ser respetadas

Frente a estas dos concepciones diametralmente encontradas, la CCC también ha defendido una tercera forma de interpretación de la prohibición de no regresividad, que se ha convertido en la doctrina dominante. Esta tesis busca garantizar una protección lo más plena posible a este principio pero sin desconocer la importancia del contexto económico y sin someter a la legislación a su congelamiento. Esta posición asume

[10] En este punto, no pretendemos ser académicos totalmente imparciales pues uno de nosotros (Rodrigo Uprimny) participó en esa decisión como magistrado encargado y se apartó del fallo de la Corte. Ver salvamento de voto de los magistrados Cepeda, Escobar y Uprimny a la sentencia C-754 de 2004.

[11] Ver al respecto, entre otros, Armando Montenegro y Rafael Rivas, *Las Piezas Del Rompecabezas. Desigualdad, Pobreza y Crecimiento*. Bogotá, Taurus, 2005, pp 223 y ss. Ver igualmente Luis Jorge Garay (Dir) *Colombia, entre la exclusión y el desarrollo*. Bogotá, Contraloría General de la República, 2002, pp 148 y ss.

que cualquier disminución del alcance de un derecho social resulta en principio problemática, pues supone, al menos *prima facie*, una violación de los estándares internacionales sobre el deber de los Estados de desarrollar progresivamente el contenido total de estos derechos. Sin embargo, al mismo tiempo, esta tesis intermedia sostiene que no toda disminución en el alcance de estos derechos está prohibida, ya que el legislador puede restringir el contenido protegido de un derecho, siempre que justifique claramente que se trata de una reducción que fue cuidadosamente analizada y que resulta no sólo razonable y proporcionada, sino incluso necesaria, para alcanzar propósitos constitucionales muy importantes, incluso imperiosos.

En algunos casos, esta tesis intermedia ha conducido a la inconstitucionalidad total o parcial de las medidas regresivas, cuando la CCC ha concluido que el retroceso no se encontraba justificado, mientras que en otras ocasiones dicha visión ha servido para validar las medidas restrictivas o regresivas de los derechos de determinadas poblaciones, cuando el tribunal ha concluido que se trataba de medidas proporcionadas para salvaguardar bienes constitucionales particularmente importantes.

Como ejemplos del primer caso, es decir de decisiones en donde la tesis intermedia ha servido para restaurar el alcance de un derecho que había sido restringido por una medida regresiva, pueden citarse al menos cinco sentencias significativas: cuatro de control abstracto de leyes y una de tutela.

El primer ejemplo se encuentra en la sentencia **C-789 de 2002,** en la cual, la CCC estudió una demanda en contra de una norma que excluía del régimen de transición pensional a las personas de determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema[12]. En este caso, al igual que en las decisiones anteriores sobre el régimen de transición[13], la Corte debía determinar si el legislador tenía la facultad de reformar las condiciones de las personas que habían venido cotizando a un régimen pensional pero que aún no habían cumplido los requisitos para obtener la pensión o si, por el contrario, dichas personas gozaban de un derecho adquirido que no podía ser reformado por el legislador.

Para resolver esta cuestión, la CCC reiteró la tesis de la sentencia C-165 de 1995, según la cual el acceso a una pensión en las condiciones establecidas por la ley es únicamente una expectativa hasta tanto la persona no haya reunido todos los requisitos establecidos por la norma abstracta para gozar de la pensión. En consecuencia el régimen pensional puede ser modificado por una nueva ley, incluso para hacer más estrictas dichas condiciones.

Sin embargo, la sentencia matizó esta jurisprudencia con la tesis de las llamadas "expectativas legítimas". De acuerdo con esta doctrina, la expectativa de un derecho,

[12] La ley general de pensiones (ley 100 de 1993) estableció dos sistemas solidarios diferenciados y excluyentes en materia pensional. Uno es el régimen solidario de prima media con prestación definida, conocido en otros países como sistema de reparto, en donde los afiliados o beneficiarios obtienen la pensión de vejez, una vez cumplan los requisitos legales exigidos e independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas. El otro régimen es el de ahorro individual con solidaridad en el cual los aportes efectuados por los afiliados durante su vida laboral y sus rendimientos, se capitalizan en forma individual en un fondo privado de capitalización con el fin de obtener el pago de las correspondientes pensiones.
[13] Ver sentencias C-168 de 1995 y C-754 de 2004.

si bien no conlleva a la intangibilidad total de la legislación, tampoco está desprovista de toda protección, pues cualquier tránsito legislativo no sólo debe estar sujeto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad sino que, además, en función del llamado principio de "confianza legítima", las personas confían en que las autoridades mantendrán las regulaciones existentes. Por consiguiente, cuánto más cerca está una persona de acceder al goce concreto de un derecho social, mayor es la legitimidad de su expectativa en que la regulación existente será mantenida, por lo que las razones que puedan justificar una modificación negativa de dicha regulación deberán ser más poderosas. Las expectativas se tornan legítimas y tienen entonces un cierto poder de resistencia frente a los tránsitos legislativos.

En este caso, la CCC reconoció entonces que el legislador tenía una amplia potestad configurativa para fijar los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, ya que lo contrario equivaldría a la petrificación del ordenamiento vigente. Sin embargo, también señaló que dicha potestad no podía ejercerse de manera arbitraria a tal punto que terminara desconociendo de facto el principio de confianza legítima o el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social. Esta tesis le permitió afirmar que era contrario al principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del derecho a la pensión, que quienes ya habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones perdieran las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión. Por ello la sentencia declara la constitucionalidad condicionada de la norma demandada, lo cual equivale a una inconstitucionalidad parcial de la misma, pues establece que no pueden ser excluidas de los beneficios del régimen de transición pensional las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del nuevo sistema de pensiones.

La CCC reconoce entonces que el legislador debe tener una potestad amplia para configurar los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, lo que supone aceptar que el legislador puede establecer un régimen menos favorable para el cotizante en relación con el régimen anteriormente existente. Pero, al mismo tiempo, la sentencia establece que dicha potestad tiene límites y que por tanto debe ser ejercida proporcionadamente, de manera que no impida la realización del derecho a la seguridad social ni afecte el principio de confianza legítima de los trabajadores, quienes tienen derecho a confiar en la estabilidad de las reglas pensionales. Con esta decisión, la CCC intenta dar protección al principio de no regresividad, al introducir la categoría de las "expectativas legítimas". Esta categoría tienen mayor capacidad de resistencia frente a los tránsitos legislativos que las "meras expectativas" del derecho civil tradicional, pero sin llegar a establecer el congelamiento de la normatividad pensional, como si lo hacia la tesis que asumía la prohibición de retroceso como una regla absoluta. La CCC se encamina entonces a una tesis intermedia, según la cual, la prohibición de retroceso es una interdicción *prima facie*, que implica una suerte de presunción de inconstitucionalidad de toda medida regresiva, pero sin llegar a ser un mandato estricto, pues dichos retrocesos pueden estar justificados en ciertos casos.

La anterior doctrina también es aplicada en la sentencia **C-671 de 2002** a propósito del estudio de una norma que excluía de un sistema especial de seguridad social en

salud a un grupo de personas que ya era beneficiario del sistema. En concreto, se trataba de una norma que separaba del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía a los padres de los oficiales y suboficiales que no se encontraran en servicio activo. En este caso, la CCC consideró que la norma en sí misma perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, que era proteger la especialidad y estabilidad financiera de ese régimen particular de seguridad social en salud, que cuenta con mayores beneficios que el régimen general. Sin embargo, la sentencia señaló que se trataba de una medida regresiva, en la medida en que implicaba un retroceso no justificado en la protección del derecho a la salud de un grupo de la población. Efectivamente, existían razones legítimas por las cuales los militares no se encontraban activos, como puede ser que estén pensionados. Frente a estos -los padres de militares inactivos pensionados- parecía injustificado que la ley los excluyera, a través de una medida regresiva, del servicio de salud.

Esta sentencia desarrolla entonces con claridad la presunción de inconstitucionalidad que recae sobre las medidas regresivas, pues señala 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. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional". En el caso concreto, la Corte no encontró que las autoridades hubieran dado una justificación clara para excluir a este grupo del régimen especial de seguridad social de los militares, por lo que declaró su inconstitucionalidad[14].

Un tercer caso de aplicación de la tesis intermedia que condujo a la invalidación parcial de las normas demandadas fue la sentencia **C-931 de 2004**. En esta ocasión fue acusada una norma de la ley anual de presupuesto que establecía una disminución en las partidas económicas que la Nación debía otorgar a las Universidades Públicas. La CCC sostuvo entonces que el carácter progresivo del derecho a la educación superior implica que, en principio, toda regresión en el nivel de protección de ese derecho es inconstitucional, y que obviamente la disminución de los recursos a las universidades tendencialmente limita las posibilidades de que las autoridades amplíen el acceso de la población a ese nivel educativo. La CCC concluyó que se trataba de una medida regresiva. La sentencia precisó que, sin embargo, es posible hacer disminuciones en el grado de protección de un derecho que estén justificadas con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La CCC realizó, entonces, un juicio de proporcionalidad en el cual verificó que, si bien, la medida empleada –disminuir el presupuesto de una institución dedicada a la educación- era potencialmente apropiada para alcanzar un objetivo -aliviar el déficit fiscal de las finanzas públicas-

[14] La Corte condicionó la constitucionalidad de la norma demandada en el entendido de que puedan continuar siendo beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, los padres de los oficiales o suboficiales que hayan dejado de ser miembros activos de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y hayan pasado a ser pensionado, siempre que sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud.

que era constitucionalmente legítimo, el Gobierno no explicó suficientemente por qué la medida era necesaria para el logro del fin y por qué no podía ser sustituida por otra estrategia menos lesiva para la financiación de la educación superior pública. Por esa razón, la sentencia ordenó al Gobierno incluir en el presupuesto nacional los montos necesarios para mantener en pesos constantes las partidas presupuestales otorgadas a las universidades estatales.

Un cuarto caso de control abstracto en donde la tesis de la no regresividad condujo a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada fue la sentencia **C-991 de 2004**, en donde la CCC anuló ciertos apartes de la Ley 812 de 2003, mediante los cuales se establecían límites temporales a la figura del llamado "retén social". Este mecanismo otorgaba una protección especial a ciertos grupos de personas, en especial a los minusválidos y a las madres o padres cabeza de familia, en los procesos de reestructuración de ciertas entidades estatales, ya que señalaba que dichas personas no podían ser desvinculadas laboralmente, a pesar de las reducciones de planta que pudieran implicar dichas reestructuraciones. La norma acusada estableció un límite temporal al "retén social", que no existía antes. Sostuvo la sentencia de la CCC que dicha ley implicó 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, puesto que la protección especial a su estabilidad laboral tendría una limitación temporal, que no existía en la norma anterior. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se sumó, según la CCC, al desconocimiento del mandato constitucional dirigido al Estado de proteger especialmente a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, por lo que la sentencia concluyó que "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". La CCC realizó entonces un estudio de proporcionalidad y encontró que la medida buscaba un propósito constitucionalmente legítimo, que consistían en racionalizar el manejo de los recursos públicos, y que además se trataba de una norma adecuada y necesaria para alcanzar dicha finalidad. Sin embargo, para la CCC se trataba de una medida que debía ser declarada inconstitucional por cuanto afectaba desproporcionada y gravemente la situación laboral de los discapacitados y de los padres y madres cabeza de familia.

Las anteriores decisiones muestran que la tesis intermedia tiene dientes suficientes para evaluar la legitimidad constitucional de medidas legislativas generales que pudieran implicar retrocesos en la protección de derechos sociales de determinados grupos poblacionales. Pero la CCC ha señalado que el mandato de progresividad, y su consecuencia, la prohibición de retroceso, no vinculan exclusivamente al poder legislativo, sino también a las otras autoridades con competencia en el diseño de políticas públicas, incluyendo a las autoridades administrativas locales. La sentencia **T-1318 de 2005** relativa al derecho a la vivienda es ilustrativa en este aspecto.

En esa ocasión, la CCC analizó si violaba o no el derecho a la vivienda que el municipio de Palmira redujera el monto del subsidio que había previsto otorgar para que las personas de los sectores más pobres pudieran acceder una vivienda propia.

La CCC, luego de reiterar que las autoridades tienen una amplia libertad para diseñar las estrategias para la satisfacción de los derechos sociales, recordó que, conforme a la reiterada jurisprudencia de ese tribunal, una vez establecida una determinada regulación, el contenido protegido desarrollado por la ley o por el reglamento administrativo no sólo podía ser reclamado judicialmente sino que, además, conforme al principio de progresividad, las medidas regresivas frente a ese nivel de protección "serían consideradas *prima facie* inconstitucionales salvo que la autoridad respectiva justifique la necesidad de adoptarlas".

En desarrollo de esta jurisprudencia la CCC solicitó al municipio que justificara porque se había reducido el subsidio de la tutelante, ante lo cual, las autoridades invocaron dificultades fiscales. La sentencia consideró que las explicaciones dadas por el municipio eran en abstracto válidas, pues es indudable que los problemas financieros pueden justificar retrocesos en la satisfacción de los derechos prestacionales, como el derecho a la vivienda. Sin embargo la CCC juzgó que, en el caso concreto, dichas explicaciones resultaban insuficientes para derrotar la presunción de inconstitucionalidad, pues las dificultades económicas eran imputables a la propia ineficacia y falta de planeación de las autoridades municipales, cuyas consecuencias no tienen por qué ser soportadas por los ciudadanos. Por ello, la CCC concluyó que a la peticionaria le había sido violado su derecho a la vivienda y ordenó al municipio otorgarle el subsidio inicialmente programado.

En los anteriores cinco casos, la tesis intermedia sirvió de soporte para decisiones que amparan en sus derechos sociales a poblaciones que habían visto disminuido el grado de protección de sus derechos. Eso no significa que la tesis intermedia haya siempre conducido a la inconstitucionalidad de las medidas de retroceso. Esa tesis también ha sido aplicada para declarar la constitucionalidad de varias normas que reducían el contenido de ciertas garantías sociales.

La sentencia **C-038 de 2004,** en donde la CCC estudió la constitucionalidad de una ley que reformaba varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo, es particularmente relevante en este aspecto. Esta ley establecía una reducción de las garantías de los trabajadores, con el fin de flexibilizar el manejo laboral y promover el empleo. Por ejemplo, extendía el horario del trabajo diurno, reducía el porcentaje de remuneración del trabajo dominical y eliminaba la compensación del descanso cuando dicho trabajo no era habitual, reducía las indemnizaciones por despido sin justa causa en los contratos a término indefinido, y disminuía las garantías laborales para los contratos de aprendizaje. La ley fue demandada por un ciudadano que consideraba que esta ley reducía garantías laborales, desconocía conquistas históricas de los trabajadores y violaba, en consecuencia, el principio de progresividad de los derechos sociales.

La CCC reiteró su jurisprudencia sobre la inamovilidad de los derechos adquiridos y la posibilidad de reforma de las meras expectativas, aún en un sentido regresivo. Afirmó la CCC que respecto de las expectativas, una persona no puede oponerse a la nueva regulación aduciendo que se trata de una norma menos favorable, pues ello llevaría al congelamiento de la legislación. Sin embargo, la sentencia matizó esta tesis al tomar en consideración el principio de progresividad de los derechos sociales.

Sostuvo entonces que los retrocesos en la legislación sobre derechos sociales deben presumirse en principio inconstitucionales, pero pueden ser justificables ante razones imperiosas.

Con base en este criterio, la CCC desarrolla un test de proporcionalidad con el fin de determinar la razonabilidad de la medida. La sentencia, luego de señalar que el propósito de la ley de estimular el empleo es claramente válido, se concentra especialmente en controlar el debate democrático en el Congreso y en analizar si efectivamente la necesidad de dicho retroceso fue ampliamente debatida por los parlamentarios. La CCC consideró que no puede entrar a analizar intensamente la idoneidad o necesidad de las medidas, pues se está en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas de flexibilidad, mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques. Así, las visiones neoclásicas tienden a sostener que esas estrategias de flexibilización son adecuadas para promover el empleo, pues consideran que una de las razones del alto desempleo colombiano reside en la rigidez y los altos costos salariales, que impiden que exista un ajuste, vía reducción del salario, del mercado de trabajo. Por el contrario, las visiones keynesianas son escépticas frente a las posibilidades de dichas políticas pues consideran que el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva. En esas condiciones, la CCC concluye que no le corresponde a ella terciar en esas disputas de escuelas económicas, sino que su labor debe limitarse a estudiar que "las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores". Con esos criterios, la CCC declara la constitucionalidad de la ley demandada, considerando que, aunque efectivamente se trata de una reforma que establece un retroceso para los derechos de los trabajadores, es una estrategia justificable y proporcionada ya que por un lado, busca promover el empleo y el crecimiento económico y, de otro lado, fue amplia y democráticamente discutida por el órgano legislativo.

Esta decisión fue criticada por diversos sectores sociales. Los sindicatos y muchas organizaciones sociales argumentaron que era ilegítimo limitar un derecho social, para el caso concreto reducir las garantías laborales, con el fin de incentivar el desarrollo económico. Una perspectiva tal reducía la dimensión normativa de los derechos que busca proteger aspectos fundamentales para la persona individualmente considerada, en razón a cálculos utilitarios que buscan maximizar los beneficios de la mayoría. Otra de las críticas provino de ciertos economistas que señalaron que era muy discutible, desde el punto de vista de ciertas teorías económicas, que estas medidas de flexibilización laboral fueran efectivas para promover la generación de nuevos empleos[15].

[15] Para posiciones que cuestionan la efectividad de estas medidas sobre la generación de nuevos empleos en el país ver Alejandro Gaviria. "Ley 789 de 2002: ¿funcionó o no?" *Documento CEDE* 2004-45, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004. Sobre posiciones que respaldan estas medidas, ver las exposiciones de motivos y las ponencias que sustentaron en el Congreso la aprobación de la ley. Ver *Gaceta del Congreso* No 350 del 21 de agosto de 2002, pp 17 y ss. Ver igualmente *Gaceta del Congreso* No 444 del 25 de octubre de 2002, *y Gaceta del Congreso* No 449 del 28 de octubre de 2003.

1.4. Una evolución significativa: las variaciones de la jurisprudencia sobre la indexación salarial de los servidores públicos

Los casos anteriores muestran una cierta vacilación de la CCC sobre el alcance que debe conferirse a la prohibición de retroceso. El debate constitucional en los últimos años sobre la indexación anual de los salarios de los trabajadores públicos es también ilustrativo de estas dudas y ajustes de la jurisprudencia constitucional colombiana.

Este tema –que en su momento generó gran debate- impulsó una serie de decisiones en donde año por año se demandó la inconstitucionalidad de la Ley Anual de Presupuesto en donde se consagraban los rubros necesarios para los aumentos salariales. Dichas demandas se realizaron en el año 2000, 2001, 2003 y 2004, y culminaron en las sentencias C-1433 de 2000, C-1064 de 2001, C-1017 de 2003 y C-931 de 2004, respectivamente.

El problema en esta discusión era el siguiente: normalmente, y en razón a la inflación, el gobierno incrementaba cada año el salario nominal de los servidores público, como mínimo, en un porcentaje igual al aumento del costo de vida que se había producido durante el año anterior. Este aumento -conocido como indexación- era establecido a través de la Ley Anual del Presupuesto General de la Nación. En el año 2000 y por decisión del Gobierno, esta ley no contempló los recursos necesarios para realizar este reajuste en aquellos trabajadores estatales que devengaran más de dos salarios mínimos. Las razones que motivaron la decisión del gobierno se relacionaban con la grave crisis económica y fiscal que atravesaba el país desde 1997.

Esta omisión de indexación fue demandada por desconocer el derecho de los trabajadores a la conservación del poder adquisitivo de sus salarios. La CCC, a través de la sentencia **C-1433 de 2000,** aceptó el cargo y ordenó al gobierno tramitar las partidas necesarias para realizar el reajuste de todos los servidores públicos -es decir quienes devengaran por encima o por debajo del límite de los dos salarios mínimos- en forma retroactiva al 1 de enero de ese año y reconociendo, por lo menos, el monto de la inflación del año anterior. En esta primera decisión la CCC afirmó la existencia de un derecho constitucional innominado a la "movilidad del salario", el cual surgía como consecuencia de una interpretación de los derechos al "mínimo vital" y al trabajo. Conforme a este derecho, el valor del salario debía ser ajustado periódicamente de acuerdo con el comportamiento de la inflación, con el fin de garantizar su poder adquisitivo. Para la Corte este derecho no podía ser desconocido por el legislador a través del congelamiento de los salarios nominales.

En marzo de 2001 se renovó significativamente la Corte Constitucional: siete de los nueve magistrados fueron cambiados. Ante la insistencia del Gobierno de no incluir las partidas necesarias para reajustar los salarios de todos los servidores públicos sino sólo los de aquellos cuyos ingresos eran menores a dos salarios mínimos, la ley del presupuesto (Ley 628 de 2000) fue nuevamente demandada. Esta demanda fue resuelta por la "nueva Corte", a través de la Sentencia **C-1064 de 2001,** en un fallo parcialmente contrario al precedente establecido en la C-1433 de 2000 y por lo mismo polémico. En esta sentencia, y en adelante, la Corte se inclina por una protección de tipo intermedio de la prohibición de regresividad, pues considera que los trabajadores

tienen derecho a la protección de su salario real, por lo que las medidas que implican deliberadamente una reducción del salario real –como la congelación de los salarios nominales- representan retrocesos, que son *prima facie* ilegítimos. La sentencia señala empero que el derecho a la movilidad salarial no es absoluto -como no lo es ningún derecho en un Estado Social de Derecho- sino que debe ponderarse con otras finalidades del Estado. En razón a este principio, la CCC concluye que respecto de los trabajadores que ganan menos de dos salarios mínimos, su derecho a mantener el poder adquisitivo es intocable por el legislador. Sin embargo, respecto de aquellos que ganan más de este límite, es necesario realizar un juicio de proporcionalidad o razonabilidad a fin de determinar si dada la crítica situación económica que sufría el país para ese entonces, era o no razonable limitar este derecho. Al realizar el juicio, la CCC encontró que en el caso concreto no era desproporcionado limitar el derecho a mantener el poder adquisitivo de los que se encuentran en mejor situación, con el fin de garantizar que el Estado pueda cumplir con su deber de inversión social.

La CCC decide entonces declarar la constitucionalidad de la norma demandada pero la condiciona en los siguientes términos: i) debe mantenerse el poder adquisitivo de los salarios de los servidores que estén por debajo del límite de los dos salarios mínimos; ii) respecto de los trabajadores que estén por encima de este promedio ponderado, es posible limitar su derecho, pero dicha limitación debe consultar el principio de progresividad de forma que quienes ganan menos tengan un incremento salarial mayor y viceversa. Y iii) el ahorro que genere la limitación a este derecho sólo puede ser invertido por el Estado en gasto social.

Dos años después la Corte vuelve a conocer de la demanda en contra de la ley anual de presupuesto por argumentos similares. A través de la sentencia **C-1017 de 2003,** la CCC reiteró gran parte de los supuestos contemplados en el fallo anterior, relacionados con la protección estricta del derecho a la conservación del salario real de quienes se encuentran por debajo de ciertos niveles salariales pero con la posibilidad de restringir este derecho entre quienes superen este límite salarial pero siempre que se sigan estrictos criterios de razonabilidad, proporcionalidad y progresividad.

Aunque en general la CCC mantiene la tesis intermedia sostenida en la anterior decisión, este nuevo fallo desarrolla más sistemáticamente los límites que tienen las autoridades para restringir el derecho a la movilidad salarial. La CCC evidenció que el gobierno no había cumplido en forma exacta los condicionamientos establecidos en el fallo anterior, por lo cual adicionó algunos elementos importantes que "limitan los límites" al derecho de indexación salarial. En particular, la Corte sostuvo que existe un *criterio de temporalidad* según el cual, las limitaciones al derecho solo pueden darse mientras existan las condiciones que justifican el contexto de la restricción, por lo cual no es admisible que dicha limitación se haga permanente a tal punto de hacer nugatorio el derecho. De esta manera la Corte constata que luego de tres años seguidos de llevar a cabo esta restricción, la medida amenaza con violar este principio.

Finalmente, la sentencia **C-931 de 2004** consolida las reglas constitucionales ya enunciadas en las decisiones anteriores, las cuales recalcan la necesidad de realizar un juicio de ponderación cuando quiera que se busque analizar la constitucionalidad de

una medida regresiva. En el caso concreto, la CCC realiza un juicio de proporcionalidad y afirma que, de un lado, la restricción por tres años consecutivos de la indexación de los salarios de los trabajadores es una medida que se está tornando excesiva, al punto de empezar a desconocer el derecho a la movilidad salarial. Y de otro lado, la CCC constata que no existe una justificación adecuada del gobierno que permita verificar la proporcionalidad de dicha restricción. En razón a estas motivaciones, la CCC resuelve declarar la constitucionalidad de la restricción bajo las mismas condiciones expresadas en la sentencia anterior, pero hace un llamado al gobierno para que en el siguiente año se abstenga de restringir el derecho de los servidores públicos a la conservación del poder adquisitivo de sus salarios.

2. UNA VALORACIÓN DE LOS ACIERTOS Y DIFICULTADES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO

El anterior recorrido jurisprudencial muestra una evolución en el entendimiento que ha tenido la CCC sobre la prohibición de regresividad. En algunas sentencias, este tribunal abordó el asunto a través de una interpretación de corte civilista. La legitimidad de las medidas regresivas era tratada como un problema de aplicación de la ley en el tiempo, que podía ser solucionado a través de la clásica distinción del derecho privado entre derechos adquiridos y meras expectativas. Esa tesis autorizó retrocesos en el nivel de protección de derechos sociales, sin que el legislador o las autoridades administrativas tuvieran que justificar dichas restricciones, puesto que las meras expectativas no gozaban de protección constitucional. En otras ocasiones, por el contrario, la CCC ha tendido a llegar a la conclusión contraria, pues ha asumido que cualquier retroceso es inconstitucional, sin que prácticamente importen las razones expuestas por las autoridades políticas para eventualmente justificar las medidas regresivas. Las personas gozaban de un derecho prácticamente absoluto a que se conservaran los beneficios alcanzados por la ley o por las regulaciones administrativas. Finalmente, la CCC ha tendido a desarrollar una tesis intermedia, según la cual, las medidas regresivas se encuentran en principio prohibidas, por lo cual deben presumirse inconstitucionales; pero si las autoridades logran justificar la necesidad de dichas medidas para alcanzar objetivos constitucionales imperiosos, entonces los retrocesos pueden ser constitucionalmente admisibles.

Una buena forma de sintetizar esas variaciones jurisprudenciales es mediante el esquema de presentación propuesto por nuestro colega Diego López, quien plantea que es posible graficar la evolución jurisprudencial sobre un tema situando espacialmente las diversas sentencias entre los distintos polos valorativos en tensión[16]. Con base en esa metodología, podemos resumir el trabajo de la CCC sobre la prohibición de retroceso en el siguiente gráfico:

[16] Diego López. *El derecho de los jueces*. Legis, Uniandes, Bogotá, 2000, capítulo 2, pp 56 y ss. En este artículo, reelaboramos un poco la propuesta de López, pues este autor recomienda graficar las sentencias a partir de su lugar espacial frente a la tensión bipolar entre dos alternativas de decisión, mientras que nosotros preferimos explícitamente incorporar la opción intermedia, por su importancia en la evolución jurisprudencial colombiana.

¿Constituye o no una violación a la prohibición de retroceso que la ley o la autoridad administrativa disminuya el nivel de protección de un derecho social?

NO, pues las autoridades pueden modificar las regulaciones existentes, siempre y cuando no desconozcan derechos adquiridos	En principio SI, pues dichos retrocesos se presumen inconstitucionales, pero pueden ser válidos, si las autoridades derrotan dicha presunción por una justificación estricta de la necesidad de la medida.	SI, pues el deber de realizar progresivamente los derechos sociales excluye cualquier posibilidad de retroceso
♦ C-168/95 ♦ C-781/03	♦ C-1064/01 ♦ C-1017/03 ♦ C-038/04 ♦ C-671/02 ♦ C-789/02 ♦ C-931/04 ♦ C-991/04 ♦ T-1318/05	. ♦ C-1165/00 ♦ C-1433/00 ♦ C-754/04

Como se puede constatar, a pesar de que en algunas ocasiones, la CCC ha planteado las tesis más radicales -ya sea porque absolutizan la prohibición de retroceso, o porque le niegan prácticamente toda eficacia normativa- en realidad la doctrina dominante de ese tribunal, en especial a partir de 2001, es la tesis intermedia. En efecto, a partir de ese año, y con excepción de dos casos, la CCC aborda el análisis de los retrocesos en derechos sociales con base en la doctrina que hemos denominado "intermedia", según la cual, las medidas regresivas se presumen inconstitucionales pero pueden ser justificadas, si las autoridades discuten abiertamente su necesidad y muestran que ellas son necesarias para alcanzar objetivos imperiosos. Una pregunta obvia surge: ¿qué tan apropiada es esa opción interpretativa?

Según nuestro criterio, esa evolución es fructífera pues, como procedemos a explicarlo en los siguientes puntos, es valorativamente equilibrada, armoniza con la evolución de la doctrina internacional en este campo, y se esfuerza por desarrollar una dogmática específica para los derechos sociales, que no se limite a reproducir las viejas construcciones conceptuales de la doctrina civilista, que resultan muchas veces inapropiadas en este campo. Y como si fuera poco, es una tesis que a pesar de ser prudente, es eficaz en términos de justiciabilidad.

2.1. Una dogmática valorativamente equilibrada

La tesis es equilibrada pues confiere fuerza normativa al principio de progresividad en materia de derechos sociales al tiempo que ampara las expectativas legítimas de los ciudadanos de que las regulaciones que les son favorables serán mantenidas, y todo ello sin desconocer las restricciones que imponen los contextos sociales y económicos y sin anular la libertad de configuración de los órganos democráticos. Para justificar la razonabilidad de esa opción dogmática, conviene recordar brevemente por qué es importante reconocer fuerza normativa al principio de no regresividad, pero también por qué nos parece inapropiado absolutizar su alcance.

La prohibición de retroceso tiene al menos dos sustentos claros en un Estado social y democrático de derecho[17]: de un lado, la protección de la seguridad jurídica de las personas en sus derechos y de otro lado, el deber del Estado de realizar progresivamente los derechos sociales[18].

Así, un Estado democrático debe proteger la seguridad jurídica de las personas, quienes, en función de los principios de confianza legítima y de interdicción a la arbitrariedad, tienen derecho a que las reglas para acceder a una prestación social, como podría ser la pensión, no sean variadas abruptamente en forma desfavorable. efectivamente, en una democracia constitucional, la seguridad jurídica debe existir no sólo para los inversionistas y para los agentes económicos, a fin de disminuir los costos de transacción y favorecer la inversión y el desarrollo económico, sino también, y tal vez especialmente, para los trabajadores y los ciudadanos, quienes deben tener confianza en que las reglas que amparan sus derechos no serán modificadas intempestivamente por las autoridades. Siendo la seguridad jurídica y los principios de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad inherentes a la idea misma de Estado de derecho, es indudable que las personas tienen derecho a una estabilidad razonable de las normas relativas a sus derechos constitucionales. Así como es importante para que haya desarrollo económico que exista estabilidad en las reglas sobre la propiedad y los contratos, es igualmente importante, para asegurar la paz social y la legitimidad de las instituciones, que exista también estabilidad en las normas que protegen los derechos sociales.

De otro lado, las personas gozan también de protección contra cambios desfavorables intempestivos del régimen que regula los derechos sociales, debido al mandato de progresividad en este campo, como ya se explicó.

La protección de la seguridad jurídica y de la confianza legítima y el mandato de progresividad implican entonces que, en principio, la ley no puede modificar en forma desfavorable a una persona las reglas que gobiernan el acceso a una prestación social específica, incluso si dicha persona no ha adquirido todavía el derecho a esa prestación particular, por no haber cumplido con todas las condiciones previstas por la ley para tal efecto. Por ello resultan constitucionalmente cuestionables, en principio,

[17] En este punto, retomamos, con algunas variaciones, algunos apartes del salvamento de voto de Cepeda, Escobar y Uprimny a la sentencia C-754 de 2004.

[18] En un sentido semejante, ver el texto introductorio de Courtis, Christian. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: CELS, 2004.

aquellas modificaciones a un régimen que resultan en posiciones desfavorables para las personas que se encuentran al amparo de ese régimen. Sin embargo, consideramos que lo anterior no implica la imposibilidad absoluta de retrocesos, pues la fuerza normativa de los hechos sociales y económicos hace imposible mantener una tesis de irreversibilidad absoluta de las conquistas sociales. En determinadas ocasiones, la preservación de una regulación sobre un derecho social puede llegar a ser no sólo insostenible financieramente sino inequitativa. El ejemplo del régimen de transición pensional, que fue tomado en tèrminos absolutos por la sentencia C-754 de 2004, es ilustrativo pues, como ya lo explicamos, diversos estudios coinciden en señalar que se trata de una regulación pensional no sólo insostenible financieramente sino además profundamente inequitativa, por lo que es razonable que se le puedan introducir ajustes.

En esas condiciones, la tesis intermedia logra un equilibrio entre los dos polos valorativos y las dos tesis radicales que han enmarcado la labor de la CCC. La primera tesis interpreta la prohibición de regresividad como una regla estricta que debe ser aplicada en forma plena en toda circunstancia, con lo cual prácticamente absolutiza el principio de progresividad en la realización de los derechos sociales. Esto es sin lugar a dudas es positivo para la protección de los derechos sociales de las personas que ya se encuentran amparadas por un determinado régimen legal. Sinembargo esa posición doctrinaria impone costos importantes al principio democrático, pues limita considerablemente las posibilidades de que las autoridades políticas rediseñen sus estrategias, tomando en consideración los cambios en los contextos sociales y económicos. Además, como lo explicamos, esta visión estricta de la prohibición de retroceso puede perpetuar regulaciones en materia de derechos sociales ineficientes o inequitativas.

Por el contrario, la segunda tesis radical tiende a defender el principio democrático y por ello reconoce una muy amplia libertad a las autoridades políticas para que modifiquen permanentemente sus políticas en el campo de los derechos sociales. Esto es no sólo positivo en términos de estímulo a la deliberación democrática sino que además posibilita una fácil reconsideración de las estrategias pasadas, si éstas se revelan insostenibles o inequitativas. Sin embargo, esta concepción no toma en serio la fuerza normativa del principio de progresividad, con lo cual, los avances en derechos sociales quedan desamparados frente a cambios legislativos impulsados por mayorías ocasionales.

En ese contexto, la tesis intermedia logra, por recordar la vieja coreografía hegeliana, una síntesis superadora entre esos dos extremos polarizantes, pues reconoce la fuerza normativa del principio de progresividad pero sin petrificar el ordenamiento jurídico ni anular las posibilidades de rectificación y reconsideración de las políticas sociales por parte de los órganos de origen democrático, como son los gobiernos y los parlamentos. Es más, esa dogmática incluso estimula la deliberación democrática, pues obliga a las autoridades a justificar, en forma pública y convincente, los eventuales retrocesos en la garantía de los derechos sociales.

2.2. La convergencia de la dogmática de la CCC con la doctrina internacional sobre la prohibición de retroceso

De otro lado, al adoptar esta línea jurisprudencial intermedia, la CCC comparte las orientaciones de la doctrina internacional más relevante sobre el tema, que la propia

CCC cita profusamente en sus fallos en los últimos años[19]. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto, pero no están absolutamente prohibidas. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000 sobre el derecho a la salud señala que frente a todos los derechos sociales "*existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas*", y por ello "*si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.*[20]"

Esa coincidencia básica entre la dogmática constitucional sobre el principio de no regresividad y los desarrollos de la doctrina internacional no es sorprendente. Al menos dos factores la explican. De un lado, en los últimos años es posible constatar un afortunado diálogo en temas de derechos humanos entre las instancias internacionales de protección y los tribunales constitucionales, que ha permitido una convergencia dinámica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, que se auxilian mutuamente en la protección de la dignidad humana, por lo que es natural que sus dogmáticas converjan[21]. De otro lado, en ambos casos los esfuerzos tienen un propósito común: elaborar nuevos conceptos dogmáticos que sean relevantes para poder aplicar judicialmente los derechos sociales, teniendo en cuenta que algunas de las categorías jurídicas tradicionales pueden resultar problemáticas en este campo, como explicaremos en el siguiente punto.

2.3. La construcción progresiva de una dogmática específica de los derechos sociales

Una de las razones de las dificultades de la CCC para enfrentar el tema de la prohibición de retroceso pudo ser, al menos en parte, la siguiente: la CCC se sintió en ocasiones atrapada por la vieja y respetable distinción civilista entre derechos adquiridos y meras expectativas, pues esa dicotomía tendió a llevar a ese tribunal a optar rígidamente por alguno de los polos valorativos extremos. Así, si la prohibición de retroceso implicaba que las personas tenían una especie de derecho adquirido al

[19] Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones. Y a nivel doctrinal, ver los llamados "*Principios de Limburgo*", adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y las "*directrices de Maastrich*", adoptado por un grupo de expertos reunido en esa misma ciudad en enero de 1997. Ambos documentos constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales. Muchos de esos documentos son citados reiteradamente por las sentencias de la CCC como argumentos de autoridad para interpretar el alcance de la prohibición de retroceso.

[20] Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

[21] Sobre esta convergencia y estos desafíos, ver Martín Abregú, Christian Courtis (Eds) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales.* Buenos Aires: CELS, 2004, en especial los artículos de Dulitzky y Bidart Campos.

régimen existente, entonces ninguna desmejora del mismo era posible por leyes posteriores, como lo sostuvo la sentencia C-754 de 2004 en relación con el régimen de transición pensional. En cambio, si las personas únicamente tenían una mera expectativa de que podrían obtener una prestación conforme a la regulación vigente, entonces carecían de cualquier derecho que pudiera limitar los cambios legislativos regresivos, pues las leyes ulteriores no tienen por qué respetar las meras expectativas, como lo dijo la sentencia C-168 de 1995.

Para salir de ese dilema, que no permitía avanzar creativamente en el tema, la CCC tuvo que realizar varias innovaciones dogmáticas importantes. De un lado, el tribunal recurrió a conceptos intermedios, como la categoría de las llamadas "expectativas legítimas", que precisamente establecen un cierto poder de resistencia de las personas frente a los retrocesos legislativos, pues obligan a las autoridades a justificar dichos cambios, a fin de derrotar la presunción de inconstitucionalidad que cubre esas modificaciones; pero la resistencia que otorgan dichas expectativas no es absoluta, pues precisamente la presunción es derrotable.

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, la CCC debió entonces conceptualizar la prohibición de retroceso como un principio y no como una regla absoluta. La distinción entre principios y reglas es ya clásica en la teoría del derecho, aunque obviamente es muy polémica[22]. No vamos a entrar en esta discusión, cuyo abordaje desborda las pretensiones de este artículo. Para efectos de esta reflexión nos basta tomar en cuenta la concepción de Robert Alexy, para quien los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, de manera que operan como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversas formas y en diversos grados. Al contrario las reglas exigen un cumplimiento pleno e inmediato ya que solo pueden ser cumplidas o incumplidas en una forma de "todo o nada". Así mismo, la forma de aplicar una u otra categoría es distinta. Mientras que las reglas son aplicadas a través del método de la subsunción, las tensiones entre diferentes principios deben ser resueltas a través de la ponderación[23].

Si aceptamos la tesis de la jurisprudencia colombiana de interpretar la figura de no regresividad como un principio en su dimensión de mandato *prima facie* y no como una regla, parece legítimo aceptar la doctrina propuesta según la cual las medidas regresivas de derechos sociales son en principio violatorias de la normatividad pero, en atención a otros principios e intereses relevantes, es posible aceptar medidas regresivas siempre que estas sean razonables y proporcionadas. Una tesis como esta es intermedia entre las dos tesis anteriormente expuestas en tanto que intenta dar una protección lo mas plena posible al principio de no regresividad, pero sin desconocer la importancia de otros principios relevantes, como puede ser la necesidad de mantener la estabilidad financiera de un sistema de provisión de prestaciones sociales.

---

[22] Para un buen recuento de este debate y su complejidad, ver Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Madrid, Ariel, 1996, capítulo 1.

[23] Para una visión sintética de la posición del teórico alemán, ver Robert Alexy. "Sistema jurídico, principios y razón práctica" en *Derecho y razón práctica.* México, Fontanamara, 1993, pp 9 a 22.

De esa manera, en el tema de la prohibición de retroceso, la CCC parece entrar en un razonamiento judicial menos dicotómico y más, si se quiere, "gradual", pues la mayoría de las distinciones relevantes en estos casos son más diferencias de grado, de intensidad, que rígidas oposiciones cualitativas. Esta evolución jurisprudencial parece entonces confirmar el criterio del juez estadounidense Oliver Holmes, quien, en su voto disidente, en el fallo Panhandle v United States de 1928, criticó la falta de gradualismo de la Corte Suprema durante los inicios del Siglo XIX, pues señalaba que "en aquellos días no se reconocía, como ahora, que la mayoría de las distinciones de derecho son distinciones de grado"[24].

La CCC ha intentado entonces construir herramientas metodológicas precisamente para desarrollar este análisis más gradual y ponderativo, para lo cual ha intentado aprovechar experiencias comparadas de otros tribunales. En particular, la CCC ha recurrido a los análisis o "tests" de proporcionalidad de diversa intensidad, a fin de evaluar si realmente las autoridades lograban derrotar la presunción de inconstitucionalidad que recae *prima facie* sobre las medidas regresivas. Por ejemplo, la ya citada sentencia C-038 de 2004, sobre reforma laboral, abordó en detalle el tema y consideró que en esos casos es necesario que el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, (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. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional 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.

Un tercer acierto de la evolución de la jurisprudencia de la CCC sobre el principio de no regresividad ha sido entonces la conciencia creciente de ese tribunal de que las categorías jurídicas tradicionales, que tienden a ser dicotómicas y a estar fundadas esencialmente en esquemas estrictos de subsunción, pueden resultar a veces insuficientes, e incluso contraproducentes, para abordar los problemas de la aplicación judicial de los derechos sociales, por lo cual son necesarias nuevas elaboraciones doctrinarias.

Sin embargo, algunos podrían objetar que dicho razonamiento gradual es problemático pues no sólo no es eficaz en términos de protección judicial de los derechos sociales sino que, además, puede resultar muy inseguro jurídicamente. Sin embargo, no creemos que ese argumento sea cierto, como lo veremos en el siguiente punto.

2.4. Una dogmática con dientes: la eficacia y transparencia argumentativa de la tesis intermedia en términos de justiciabilidad

La descripción de la labor de la CCC muestra que, contrariamente a los planteamientos de ciertos doctrinantes como Melish, el principio de no regresividad no sólo puede representar un estándar normativo justiciable sino que, además, simplifica

[24] Para una presentación de esas diferencias, pero con una perspectiva favorable a los criterios tradicionales, ver Christopher Wolfe. *La transformación de la interpretación constitucional.* Madrid, Civitas, 1991, pp 263 y ss, y 309 y ss.

en ciertos casos los litigios en derechos sociales. Conviene pues recordar brevemente la objeción de Melish al uso de dicho estándar en sede judicial, para luego mostrar como la experiencia colombiana desmiente los temores de esta autora.

Melish cuestiona, con razón, la doctrina sobre la prohibición de retroceso desarrollada por la Corte Interamericana en el caso de los llamados Cinco pensionistas" contra el Estado peruano en la sentencia del 28 de febrero de 2003[25], pero concluye apresuradamente que ésta es una muestra de que el principio de no regresividad no es justiciable, sino que debe ser utilizada como una categoría de monitoreo que sirve para evaluar la situación general de los derechos sociales para todo un país, pero no como un estándar útil para lograr la protección judicial de casos concretos de personas específicas[26]. De acuerdo con Melish, un alegato de vulneración de la prohibición de no retroceso impone al litigante una carga prácticamente imposible de cumplir, cual es probar judicialmente una disminución del goce de un derecho que no se ha visto compensada por un mejoramiento de la situación global en otros campos.

Sin que deba entrar a discutir la corrección de la citada sentencia de la Corte Interamericana de los cinco pensionistas, que en este aspecto nos parece equivocada, la experiencia de la CCC muestra que la prohibición de retroceso, lejos de ser un estándar judicialmente inaplicable, puede ser reconducida a una dogmática, que no sólo es relativamente simple sino que, además, en ocasiones, facilita la labor de los litigantes y de los jueces para la decisión de casos sobre derechos sociales.

El punto central es que, como bien lo destaca Courtis[27], la noción de retroceso que es relevante en una discusión judicial es de carácter más normativo que empírico. Por consiguiente, la primera fase de la discusión en este campo no consiste en evaluar, con indicadores empíricos, si la situación de un derecho social ha mejorado o empeorado en la realidad, aspecto que es muy difícil de establecer judicialmente, pues es no sólo costoso sino usualmente polémico. El punto de partida de los debates abordados por la CCC fue usualmente otro: una decisión de una autoridad que implica un retroceso normativo para un grupo de personas específico o para la situación general de un derecho específico, lo cual es relativamente más fácil de determinar. En efecto, en los casos colombianos presentados en este artículo, no hubo usualmente discusión en que las medidas controvertidas judicialmente implicaban retrocesos para ciertos derechos sociales o para determinadas personas. Por ejemplo, fue bastante pacífico reconocer que la reducción de un subsidio de vivienda empeoraba la situación de los beneficiarios del mismo, o que la agravación de los requisitos para acceder a la pensión y la disminución de su monto era una desmejora del régimen pensional para los eventuales beneficiarios, o que la rebaja de la indemnización por despido injusto reducía las garantías laborales, etc. La discusión fue entonces si esos retrocesos, (o como dice el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, esas medidas deliberadamente regresivas), eran o no legítimas.

[25] Ver una presentación y discusión de esta sentencia de la Corte Interamericana, en el estudio introductorio de Christina Courtis. *Op. Cit*.
[26] Tara Melish. *Op-cit*, pp 212 y ss.
[27] Chistian Courtis. *Op. Cit*

Ahora bien, una vez superada esa primera fase de la discusión, conforme a la dogmática intermedia desarrollada en forma preferente por la CCC, la medida regresiva se presume inconstitucional, por lo cual la carga argumentativa se traslada a las autoridades, quienes deben justificar la decisión tomada, demostrando su necesidad y proporcionalidad. Esto tiene dos consecuencias importantes, que muestran los "dientes" jurídicos de la prohibición de no retroceso.

De un lado, si no aparece ninguna justificación de la medida, entonces ésta debe ser anulada, como efecto de la presunción de invalidez. Precisamente con ese criterio, la sentencia C-671 de 2002 declaró inconstitucional la exclusión de ciertos padres del sistema de salud de las fuerzas militares, pues la CCC no encontró ninguna explicación mínimamente satisfactoria para esa medida.

De otro lado, y en eso compartimos las apreciaciones de Courtis en su ya citado estudio, la justificación de una medida de retroceso tiene que ser más fuerte que aquella que sería suficiente para sustentar una medida de desarrollo progresivo de un derecho social, pues se trata de derrotar una presunción de invalidez. Esto se puede explicar con el siguiente ejemplo: supongamos que un Gobierno A aumenta la gratuidad en la educación pública del grado noveno de escolaridad al décimo, mientras que otro Gobierno B reduce la gratuidad del grado once al décimo. En ambos casos, las medidas gubernamentales conducen a un resultado semejante y es que la educación queda gratuita hasta el grado décimo de educación. Sin embargo, el Gobierno B tiene que dar razones mucho más poderosas que el Gobierno A para justificar su decisión, precisamente porque se trata de una medida regresiva, que se presume inválida. Podría entonces conjeturarse que frente a las medidas de desarrollo progresivo basta con que las autoridades muestren su mera razonabilidad, mientras que las decisiones regresivas, para ser justificadas, requieren un análisis de proporcionalidad más estricto, pues las autoridades deben refutar la presunción de inconstitucionalidad que cubre esas medidas, por lo que deberían, según ciertos desarrollos jurisprudenciales de la CCC, mostrar que se trata de medidas necesarias para alcanzar objetivos constitucionales imperiosos[28]. Y eso obviamente facilita la obtención de protecciones judiciales más efectivas, pues no es tan fácil para las autoridades demostrar que ellas son indispensables para lograr fines constitucionalmente ineludibles.

Como vemos, la doctrina de la CCC sobre la prohibición de retroceso dota de contenido justiciable al principio de progresividad en el desarrollo de los derechos sociales.

Ahora bien, es indudable que estamos frente a una dogmática fluida y abierta, incluso en cierta medida artesanal, lo cual puede parecer a algunos un síntoma de falta de rigor jurídico. La CCC se habría apartado, en este aspecto, de la argumentación jurídica, aparentemente deductiva, de otras épocas y de otros campos del derecho. Sin embargo, no creemos que estemos frente a un retroceso metodológico. Por el contrario, de esa manera la justicia en el fondo se ha tornado también más humana, más realista y con mayor transparencia democrática, por cuanto los jueces constitucionales han aprendido a hacer explícitas las bases de sus decisiones. Por ello,

[28] Sobre las vacilaciones de la CCC en este aspecto, ver infra 2.5.

frente a las críticas de que esas dogmáticas son inseguras jurídicamente y riesgosas políticamente, coincidimos con François Ost cuando, refiriéndose a la flexibilidad y fecundidad de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, señala al respecto:

> *"Algunos podrían quizás pensar que una metodología a tal punto flexible y compleja hace definitivamente poco caso al silogismo clásico, lo cual afecta la seguridad jurídica. Por el contrario, pensamos que la introducción, en el razonamiento jurídico, de un cierto número de elementos indeterminados (conceptos a contenido variable, criterios elásticos, método de ponderación de intereses en conflicto, principio de proporcionalidad...) permite asegurar una puesta en obra eficaz y adaptativa de la regulación jurídica, todo lo cual va en beneficio de una transparencia del razonamiento, que contrasta con las pseudo-certezas que pretende generar la lógica binaria clásica de lo verdadero y lo falso, lo permitido y lo prohibido. Para oponerse al "desorden" que los hechos y las prácticas introducen constantemente en el "ordenamiento" jurídico, sólo esa flexibilidad del derecho -reducido en últimas a algunos grandes principios generales- tiene la capacidad de resistir*[29]*."*

2.5. Una dogmática todavía vacilante y en vía de construcción

Las reflexiones anteriores bastante elogiosas del trabajo de la CCC no significan que la labor de ese tribunal en este campo no sea criticable. Algunas de sus decisiones nos parecen cuestionables, como la sentencia C-038 de 2004, que avaló integralmente, y sin límites temporales, la reforma laboral[30], o la sentencia C-754 de 2004, que petrificó el inequitativo régimen de transición pensional. Pero además, las vacilaciones del tribunal en el tema han sido también grandes, como lo ilustran los siguientes dos aspectos.

De un lado, como ya se explicó largamente en este artículo, aunque es claro que la dogmática dominante de la CCC sobre la prohibición de retroceso ha sido la fructífera tesis intermedia, sin embargo los cambios del tribunal han sido grandes, pues en no pocas ocasiones ha optado por las insatisfactorias tesis extremas.

De otro lado, en el desarrollo de la tesis intermedia, la CCC no ha sido totalmente clara sobre cuál es la intensidad que debe tener el control judicial cuando evalúa las explicaciones dadas por las autoridades para justificar las medidas regresivas.

Una breve referencia de derecho comparado al problema de la intensidad del escrutinio judicial de las decisiones legislativas resulta necesaria para comprender esta objeción.

---

[29] François Ost. "Originalité des méthodes d´interprétation de la Cour européenne des droits de l´homme" en Mireille Delmas-Marty. *Raisonner la raison d´Etat.* Paris: PUF. 1989, p 462,

[30] Nuestra discrepancia contra esta sentencia no es tanto que la CCC hubiera declarado constitucional la reforma laboral, pues es claro que frente a visiones económicas encontradas sobre la eficacia de esas medidas para promover el empleo, el juez constitucional debe ser deferente con el debate democrático, al menos en el momento de aprobación de las reformas. Pero tratándose de medidas regresivas en términos de garantías laborales, la CCC debió imponer un plazo para que dicha estrategia empezara a surtir efectos, o para que apareciera claramente justificado por qué no estaban alcanzando esos efectos, por lo cual la sentencia debió admitir la posibilidad de que esas normas fueran redemandadas ulteriormente.

Como se sabe, la jurisprudencia constitucional estadounidense ha distinguido tres tests de proporcionalidad, sobre todo en materia de igualdad[31]: el test estricto, aplicable por ejemplo frente a clasificaciones fundadas en criterios discriminatorios o "sospechosos" como la raza, y según el cual, la medida es válida únicamente si es estrictamente necesaria para lograr un propósito imperioso. De otro lado, el test intermedio, aplicable por ejemplo frente a clasificaciones basadas en categorías "semisospechosas", como el sexo, y según el cual la medida es válida si es claramente útil para lograr un propósito constitucionalmente importante. Y, finalmente, el test suave o de mera razonabilidad, aplicable frente a distinciones fundadas en criterios neutros, y según el cual, la medida sólo requiere ser potencialmente adecuada para alcanzar un fin permitido. La CCC ha intentado adaptar, con obvios ajustes, esas conceptualizaciones al constitucionalismo colombiano en diversos campos, como el análisis de la igualdad[32]. En particular, y en relación con el tema de este artículo, la CCC ha discutido, en algunas sentencias, cuál debe ser el nivel de control judicial frente a las medidas regresivas. ¿Debe ser un control estricto, intermedio o de mera razonabilidad? O por decirlo de otra manera, ¿cuál es la carga argumentativa que tiene la autoridad política o administrativa para derrotar la presunción de invalidez de esas medidas? ¿Basta que muestre que es una estrategia simplemente adecuada para el logro de objetivos admisibles? ¿O debe mostrar que es la única medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente ineludible?

Como es obvio, los resultados del control judicial, según que se adopte un test u otro, serán muy distintos, pues una medida que es útil para alcanzar un propósito válido, puede resultar innecesaria para alcanzar una finalidad imperiosa, ya sea porque existen otros medios igualmente eficaces, o ya sea porque el fin perseguido es válido pero no imperioso.

Ahora bien, las sentencias de la CCC no siempre son claras en cuál debe ser el rigor del escrutinio judicial para examinar las justificaciones dadas por las autoridades a la expedición de medidas regresivas. Así, el lenguaje de ciertas sentencias, como la C-671 de 2002, sugiere que debe aplicarse un test estricto, pues la Corte habla de que las medidas deben resultar necesarias para alcanzar objetivos imperiosos. Sin embargo, en otros casos, como en la sentencia C-038 de 2004, tanto el lenguaje como las decisiones tomadas por la CCC parecen indicar que el tribunal está optando por un escrutinio menos severo.

La indefinición de esos puntos obviamente resta consistencia y rigor a la dogmática que la CCC se ha esforzado por construir en la materia, por lo que es importante avanzar en este campo.

3. CONCLUSIÓN

Este artículo muestra que en la última década, la CCC, parafraseando a Dworkin, ha tomado en serio el principio de progresividad de los derechos sociales y su corolario, la prohibición de regresividad. Ese tribunal se ha esforzado entonces por amparar a los colombianos frente a retrocesos legislativos o administrativos en los niveles de

[31] Para una presentación sistemática del tema, ver Laurence Tribe. *American Constitutional Law.* (2 Ed). New York: The Foundation Press, Inc, 1988, Capítulo 16.
[32] Para una síntesis del tema por la propia CCC, ver la sentencia C-093 de 2001.

protección de sus derechos sociales. Esa labor ha llevado a la CCC a innovar doctrinariamente en este campo, proponiendo nuevos conceptos –como los de las expectativas legítimas- o herramientas metodológicas específicas, como sus reflexiones sobre los "tests" que deben ser aplicados para determinar si hubo o no un retroceso injustificado. Esto no significa obviamente que la labor de la CCC haya sido impecable. Como creemos haberlo mostrado, sus fallos muestran importantes vacilaciones y desaciertos graves. Pero difícilmente podía ser de otra forma pues estamos frente a un campo dinámico de innovación, en donde los jueces, los litigantes y la doctrina deben marchar por terrenos aún movedizos e inseguros. Creemos empero que el trabajo de la CCC en estos años ha sido notable, pues ha mostrado que es posible dotar, en la práctica judicial, al principio de no regresividad de un contenido normativo justiciable. Y que además es posible avanzar en la elaboración de una dogmática en este campo, que sea vigorosa en la defensa de los derechos sociales frente a eventuales retrocesos, pero que sea igualmente respetuosa de las competencias de los órganos políticos e incluso promueva la deliberación democrática y ciudadana sobre estos temas.