



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La reparación del daño por violación de derechos fundamentales en el contrato de trabajo

Jorge Mario Benítez Pinedo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

LA REPARACIÓN DEL DAÑO
POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Programa de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Doctorando: Jorge Mario Benítez Pinedo

Director: Jordi García Viña

Tutor: Jordi García Viña

Universitat de Barcelona

Departamento de Derecho Mercantil, del Trabajo y de la Seguridad Social

Barcelona, septiembre de 2015

A mis padres

A Navarra, Italia y Navarra

AGRADECIMIENTOS

La realización de esta tesis no hubiera sido posible sin el concurso de diferentes personas e instituciones que tanto desde lo académico como de lo personal, contribuyeron para que este proyecto fuera una realidad; justo resulta, ahora, expresarles mi agradecimiento.

En primer lugar a la Universidad Externado de Colombia, mi casa de estudios, y a su rector, el Doctor Juan Carlos Henao, por la beca que me permitió adelantar mi formación doctoral en la Universidad de Barcelona. Mi agradecimiento también al Doctor Fernando Hinestrosa (q.e.p.d.), bajo cuya rectoría y con su decidido apoyo inicié el proceso que ahora culmina.

Al doctor Jorge Manrique Villanueva, director del Departamento de Derecho Laboral del Externado, quien decididamente impulsó el otorgamiento de esta beca de estudios y a quien debo mi crecimiento académico y profesional. A él, gracias por el apoyo incondicional y el estímulo constante.

Al doctor Jordi García Viña, director de esta tesis, por su acompañamiento desde los inicios en el Máster de Derecho de la Empresa, por la orientación y permanente disposición para resolver las dudas siempre presentes en una tarea como esta. Mis agradecimientos también por las acertadas observaciones y comentarios realizados a lo largo de este proceso, todos ellos reflejados en el resultado final.

A la doctora Katerine Bermúdez, directora del Centro de Investigaciones Laborales del Externado, las enseñanzas recibidas durante el tiempo que estuve bajo su tutela en los proyectos de investigación, en calidad de monitor del Departamento de Derecho Laboral, fueron una herramienta más que útil en la ejecución de este trabajo.

A Janneth y a Marisol en el Departamento de Derecho Laboral del Externado, siempre prestas a cualquier ayuda en la recolección de bibliografía e información a la que no hubiera podido acceder sin su concurso.

Mis agradecimientos también a todos los que hicieron parte de esta empresa por fuera del ámbito académico. Aunque resulte imposible mencionarlos a todos, quiero dejar constancia de mi gratitud a Joel y a Gloria por convertirse en soporte emocional importante en los momentos más difíciles, así como responsables de los mejores, y quienes, a la postre, son en gran parte acreedores del tiempo que demandó la elaboración de esta tesis.

A mis padres y hermanos, quienes son el mayor sacrificio hecho para llevar a feliz término esta tarea; la distancia y la ausencia en los momentos importantes se convirtieron en motores que impulsaron la labor iniciada.

A Diana María, con quien compartimos las dudas, ansiedades y desesperanzas, así como las motivaciones y alegrías que nos reportaba el día a día de nuestro trabajo. A ella, mil gracias por las jornadas de estudio, las tardes de café y, en general, por haber hecho más llevadera la “soledad del doctorando”; pero sobre todo, gracias por su amistad.

A Juan Carlos, quien de tanto en tanto hacía parte de las tertulias de café, por las conversaciones, trascendentes e intrascendentes, que en algún momento sirvieron para encontrar la respuesta a los problemas de la tesis o a otros no menos importantes.

A Pilar y Andrés, mis amigos y compañeros durante la etapa inicial de este proceso, con quienes descubrí Barcelona y compartí mucho más que salones de clase y tardes de biblioteca.

En fin, a todos aquellos que han hecho parte de esta empresa durante sus cinco años de existencia, no solo en el ámbito universitario, sino también y ante todo, por fuera de él.

RESUMEN

La vulneración de los derechos fundamentales del trabajador ha encontrado respuesta, tradicionalmente, en los mecanismos de protección que ofrecen una tutela inhibitoria de los mismos a sus titulares, traducidas en la declaración de nulidad o ineficacia de las actuaciones que originan la lesión o, en órdenes impartidas por el juez para que quien actúa se abstenga de hacerlo o ejecute la acción omitida que se traduce en la lesión.

Solo desde épocas más o menos recientes los derechos fundamentales han encontrado espacio en el derecho de daños facultando a sus titulares a reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados con la lesión, generalmente agotada en el daño moral. Sin embargo, la revigorización del concepto de reparación integral al interior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el reconocimiento de la persona de la víctima como eje central de la reparación, han hecho replantear la suficiencia de la indemnización como instrumento de reparación integral ante las violaciones de derechos humanos.

En este contexto, la reparación del daño tiene por objeto el restablecimiento del *statu quo ante*, es decir, dejar a la víctima en la situación más cercana posible a como se encontraba antes de la violación del derecho. Para ello se incorporan al concepto de reparación integral una serie de medidas de carácter no pecuniario, cuya finalidad principal es la restitución del derecho y el reconocimiento y restablecimiento de la dignidad de la persona, por esta razón algunas de ellas constituyen actos simbólicos de reparación.

El propósito de esta investigación es determinar la aplicación del concepto de reparación integral descrito a la violación de los derechos fundamentales del trabajador que tiene lugar en la ejecución de un contrato de trabajo. Para el cumplimiento de este objetivo se analizaron los fundamentos normativos y constitucionales de estas medidas, así como su uso en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado colombiano. También se estudió el marco legal regulador de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español y las disposiciones sobre reparación del daño en él contenidas, así como su utilización por algunos Tribunales Superiores de Justicia.

Como resultado se encontró que el respeto de la dignidad humana del trabajador y la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que deriva del valor normativo de la Constitución, tornan viables la aplicación de las medidas de reparación no pecuniarias a las lesiones de los derechos fundamentales que ocurren en la ejecución del contrato de trabajo.

Palabras clave: reparación integral, derechos fundamentales, derechos humanos, contrato de trabajo, reparación no pecuniaria, dignidad humana.

RESUM

La vulneració dels drets fonamentals del treballador he trobat resposta, tradicionalment, en els mecanismes de protecció que ofereixen una tutela inhibidora dels mateixos als seus titulars, traduïdes a la declaració de nul·litat o ineficàcia de les actuacions que originen la lesió o, en ordres impartides pel jutge per tal que qui actuï s'abstingui de fer-ho o executi l'acció omesa que es tradueix en la lesió.

Només des d'èpoques més o menys recents, els drets fonamentals han trobat espai en el dret de danys facultant als seus titulars a reclamar la indemnització del perjudici ocasionats arrel de la lesió, generalment esgotada en el dany moral. No obstant això, la presa de força del concepte de reparació integral a l'interior del Dret Internacional dels Drets Humans i el reconeixement de la persona de la víctima com a eix central de la reparació, han fet replantejar la suficiència de la indemnització com a instrument de reparació integral davant les violacions dels drets humans.

En aquest context, la reparació del dany té per objecte el restabliment de l'*statu quo ante*, és a dir, deixar la víctima en la situació més propera possible a como es trobava abans de la violació del dret. Par tal de fer-ho possible, s'incorporen al concepte de reparació integral una sèrie de mesures de caràcter no pecuniari, la finalitat de les quals és la restitució del dret i el reconeixement i restabliment de la dignitat de la persona. Per aquesta raó algunes d'aquestes constitueixen actes simbòlics de reparació.

El propòsit d'aquesta investigació és determinar l'aplicació del concepte de reparació integral descrit a la violació dels drets fonamentals del treballador que té lloc en la execució d'un contracte de treball. Per al compliment d'aquest objectiu s'han analitzat els fonaments normatius i constitucionals d'aquestes mesures, així com la seva utilització en la pràctica del Tribunal Interamericà de Drets Humans i al Consell d'Estat colombià. També s'ha estudiat el marc legal regulador de la protecció dels drets fonamentals a l'ordenament espanyol i les disposicions sobre reparació del dany que en ell es contempen, així como la seva utilització per alguns Tribunals Superiors de Justícia.

Com a resultat, s'ha trobat que el respecte de la dignitat humana del treballador i la obligació de garantir l'efectivitat dels drets fonamentals que deriva del valor normatiu de la Constitució, fan viables l'aplicació de les mesures de reparació no pecuniàries a les lesions dels drets fonamentals que ocorren en la execució del contracte de treball.

Paraules clau: reparació integral, drets fonamentals, drets humans, contracte de treball, reparació no pecuniària, dignitat humana.

ABSTRACT

A traditional answer to workers' fundamental rights violation has been found in the protection mechanisms that offer an inhibitory tutelage of the same fundamental rights to its owners, as a result this turns in a declaration of invalidity or inefficiency from the actions that caused the injury or, through the orders imparted by a judge for whom who acts abstains of doing or execute the omitted action that is translated from the injury.

Only in recent times, fundamental rights have found a place in the tort law empowering its owners to claim compensation for the damage caused by the injury which is generally exhausted through all the moral damage. However, the reinvigoration of the concept of integral reparation in the interior of the International Human Rights Law and the recognition of the person of the victim as a central axis of the reparation, has allowed reconsidering the sufficient compensation as an instrument of integral reparation in the face of the human rights infringement.

In this context, to repair the damage caused has for objective to bring back the status quo, i.e. to put the victim in the same position or as near as possible as how it was before the infringement of its rights was committed. Therefore, the definition of integral reparation includes non-pecuniary measures. These measures have as their main purpose to restore and recognize the person's dignity and hence they sometimes only constitute symbolic acts of reparation.

The main purpose of this research is to determine how to apply the concept of integral reparation described by the employee's fundamental rights at the time of the execution of an employment contract. To fulfil this goal, regulatory and constitutional basis of these measures and their use in practice by the Inter-American Court of Human Rights and the Consejo de Estado of Colombia were analysed. The legal regulatory framework for the protection of fundamental rights under Spanish legislation and other rules regarding damage, contained therein, as well as their use by some higher courts were also studied.

As a result it was found that respect for the human dignity of workers and the obligation to ensure the effectiveness of the fundamental rights deriving from the legal value of the Constitution, makes viable the implementation of remedial non-pecuniary measures in order to repair the infringement of fundamental rights when executing an employment contract.

Keywords: integral reparation, fundamental rights, human rights, employment contract, non-pecuniary reparation, human dignity.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	19
PRIMERA PARTE.....	26
CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTRATO DE TRABAJO	26
CAPÍTULO PRIMERO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	26
1. <i>Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho: el reconocimiento de la eficacia normativa de la Constitución como antecedente a la constitucionalización del derecho</i>	26
2. <i>La constitucionalización del derecho.....</i>	33
3. <i>La constitucionalización del Derecho del Trabajo.....</i>	38
3.1. <i>La inserción de normas y derechos laborales en los textos constitucionales.....</i>	40
3.2. <i>La recepción y aplicación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo: los derechos laborales inespecíficos.....</i>	49
3.3. <i>La reinterpretación del ordenamiento laboral y el cambio en el sistema de fuentes.....</i>	52
3.3.1. <i>La interpretación constitucional del Derecho del Trabajo</i>	53
3.3.2. <i>Modificación de las fuentes del derecho</i>	57
3.3.2.1. <i>El precedente constitucional</i>	57
3.3.2.2. <i>El bloque de constitucionalidad.....</i>	65
CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	69
1. <i>Concepto y fundamentación de los derechos fundamentales</i>	69
1.1. <i>Las teorías materiales de los derechos fundamentales</i>	73
1.1.1. <i>La teoría liberal de los derechos fundamentales</i>	75
1.1.2. <i>La teoría democrática de los derechos fundamentales</i>	76
1.2. <i>Las propiedades formales de los derechos fundamentales.....</i>	78
1.2.1. <i>La pertenencia al capítulo de derechos fundamentales en la Constitución</i>	79
1.2.2. <i>La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional</i>	80
1.2.3. <i>La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional o al bloque de constitucionalidad</i>	81
1.2.4. <i>El reconocimiento del carácter fundamental por parte de la jurisdicción constitucional.....</i>	82
2. <i>Las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales.....</i>	83
2.1. <i>Consecuencias del desarrollo la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el efecto de irradiación y el deber de protección.....</i>	85
2.2. <i>La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional colombiana</i>	87
3. <i>La eficacia horizontal de los derechos fundamentales</i>	94
3.1. <i>La eficacia mediata e inmediata de los derechos fundamentales</i>	98
3.2. <i>La cuestión procesal.....</i>	101
3.3. <i>La Drittwirkung en el ordenamiento colombiano</i>	104
3.4. <i>La Drittwirkung y el contrato de trabajo.....</i>	105
4. <i>Los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano.....</i>	109
5. <i>Los derechos fundamentales en el ordenamiento español</i>	115
CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS LABORALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	121
1. <i>Acerca de la consideración de los derechos laborales como derechos humanos</i>	123
1.1. <i>Criterio positivista</i>	124
1.2. <i>Criterio instrumental</i>	126
1.3. <i>Criterio normativo</i>	127

2.	<i>Los derechos fundamentales en el seno de la OIT</i>	128
2.1.	Antecedentes del Derecho Internacional del trabajo	129
2.2.	Los principios y derechos fundamentales en el trabajo: la Declaración de la OIT de 1998	132
2.3.	El contenido de los derechos socio-laborales fundamentales	134
3.	<i>Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)</i> .	135
3.1.	La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).....	136
3.2.	La Convención Americana sobre Derechos Humanos	137
3.2.1.	Las obligaciones generales del artículo 1.1 CADH	138
3.2.1.1.	Deber de respeto.....	138
3.2.1.2.	Deber de garantía	139
3.2.1.3.	Deber de reparar	139
3.3.	Protocolo de San Salvador.....	140
3.4.	Otros instrumentos del SIDH.....	141
4.	<i>Los derechos laborales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos</i>	143
4.1.	El Convenio europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales	144
4.2.	La Carta Social Europea	147
5.	<i>Otros instrumentos internacionales</i>	148

SEGUNDA PARTE: LA LESION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU REPARACIÓN

..... 151

CAPÍTULO CUARTO: EL DAÑO GENERADO POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	151
1. <i>El daño. Concepto y características</i>	152
1.1. Acerca de la distinción entre daño y perjuicio	154
1.2. El carácter cierto del daño.....	155
1.3. El carácter personal del daño.....	158
2. <i>Tipología del daño</i>	159
2.1. Daños patrimoniales o materiales	160
2.2. Daños extrapatrimoniales o inmateriales	161
3. <i>La tipología del daño extrapatrimonial en Colombia</i>	162
3.1. Los daños extrapatrimoniales en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	163
3.1.1. Del perjuicio fisiológico al daño a la vida de relación	163
3.1.2. El daño a la salud	169
3.1.3. La lesión de bienes constitucionales o convencionales.....	170
3.2. Los daños extrapatrimoniales en la jurisprudencia civil	171
3.2.1. El daño moral	172
3.2.2. El daño a la vida de relación	172
3.2.3. El daño por vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia constitucional.....	175
3.3. El daño extrapatrimonial en la jurisprudencia laboral	179
4. <i>La tipología del daño extrapatrimonial en España</i>	181
4.1. El daño moral	181
4.2. El daño corporal	183
5. <i>La tutela civil de los derechos fundamentales</i>	185
5.1. El necesario influjo de la Constitución en la reparación del daño.....	186
5.2. La dignidad humana como fundamento de la tutela civil de los derechos fundamentales	188
5.3. La vulneración del derecho fundamental genera un daño que debe ser reparado	190
5.4. El daño por violación de derechos fundamentales y su encuadramiento en las categorías “tradicionales” de daño inmaterial	191

CAPÍTULO QUINTO: LA REPARACIÓN FRENTE LA LESIÓN DE DERECHOS

FUNDAMENTALES 198

1. <i>El principio de reparación integral del daño</i>	198
1.1. La noción de reparación integral por violación de derechos humanos	201
1.2. La reparación integral en la jurisprudencia de la CorteIDH	203
1.3. La reparación integral del daño en la jurisprudencia del Consejo de Estado	207
2. <i>Las formas de reparación ante violaciones de derechos humanos</i>	211
2.1. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones	212
2.1.1. Restitución	213
2.1.2. Indemnización	213
2.1.3. Rehabilitación	213
2.1.4. Garantías de no repetición	213
2.1.5. Satisfacción	214
2.2. El valor jurídico de los principios y directrices en el ordenamiento interno	215
2.3. Las formas de reparación en la jurisprudencia de la CorteIDH	219
2.3.1. Medidas de restitución	223
2.3.2. Medidas de rehabilitación	224
2.3.3. Medidas de satisfacción	224
2.3.3.1. La sentencia constituye <i>per se</i> forma de reparación	225
2.3.3.2. La publicación de la sentencia	225
2.3.3.3. Actos públicos de reconocimiento de responsabilidad y disculpas públicas	226
2.3.3.4. Otras medidas de satisfacción	226
2.3.4. Garantías de no repetición	227
2.3.5. Obligación de investigar los hechos, identificar a los responsables y sancionar	227
2.3.6. Indemnización	228
2.4. Las formas de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado	229
2.5. Las medidas de reparación no pecuniaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	237
3. <i>La jurisprudencia de la CorteIDH y el ordenamiento interno: el control de convencionalidad</i>	240
3.1. El control concentrado de convencionalidad	241
3.2. El control difuso de convencionalidad	244

TERCERA PARTE. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL 248

CAPÍTULO SEXTO: LA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO 248

1. <i>La prueba de la lesión de los derechos fundamentales</i>	251
1.1. La doctrina del Tribunal Constitucional	253
1.1.1. Los indicios de la lesión	256
1.1.2. La prueba de las razones objetivas y proporcionales	259
1.2. La prueba de la lesión en la jurisprudencia constitucional colombiana	263
1.2.1. La inversión de la carga de la prueba	264
1.2.2. La facilidad probatoria por la cercanía con la prueba	267
1.2.3. La prueba en los despidos antisindicales	267
1.2.4. La presunción de discriminación	270
1.3. Las reglas sobre la prueba de la lesión establecidas en sede de tutela también son aplicables a los procedimientos laborales	271

2. <i>La configuración del despido vulnerador de derechos fundamentales y sus consecuencias</i>	274
2.1. La nulidad radical de la conducta en la doctrina del Tribunal Constitucional: antecedentes	274
2.2. Los efectos de la nulidad del despido	276
2.2.1. La readmisión del trabajador	276
2.2.2. Los salarios de tramitación.....	279
2.2.3. La reparación del daño causado	282
2.3. El régimen sobre despidos en Colombia: su consagración legal y la influencia constitucional.....	283
2.3.1. La configuración legal del despido en el ordenamiento colombiano	284
2.3.2. La configuración del despido desde el punto de vista constitucional: los derechos fundamentales como límites a los poderes empresariales	286
2.3.2.1. Los casos de estabilidad laboral reforzada.....	287
2.3.2.2. El uso abusivo de la facultad de terminación del contrato sin justa causa –y en general de las facultades del empleador– como instrumento de vulneración de la libertad sindical.....	289
2.3.2.3. Las reglas sentadas por la Corte Constitucional frente a la libertad sindical son aplicables a cualquier evento de violación de derechos fundamentales	293
2.3.2.4. Las consecuencias del acto vulnerador de los derechos fundamentales: la ineficacia del despido y el reintegro del trabajador	295
2.3.3. El “viejo derecho” y su entendimiento de las normas laborales: un obstáculo pendiente de superar para la efectiva protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.....	297
CAPÍTULO SÉPTIMO: LOS DAÑOS OCASIONADOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y SU REPARACIÓN	305
1. <i>La reparación por vulneración de derechos fundamentales (I): los daños inmateriales.</i> 306	
1.1. El daño moral producto de la lesión de un derecho fundamental	307
1.1.1. La (mal llamada) doctrina de la automaticidad del daño moral.....	308
1.1.2. La alegación adecuada de los elementos del daño o la carga de acreditar y argumentar el daño	310
1.1.3. Nuestra posición: la presunción como forma de acreditar el daño moral	318
1.2. El daño corporal o daño a la salud.....	322
1.3. El daño por vulneración de bienes constitucionales	323
1.4. La cuantificación del daño	325
1.4.1. La cuantificación del daño moral	326
1.4.2. El carácter satisfactorio de la indemnización tratándose de los daños inmateriales	329
1.4.3. Acerca de la función disuasoria de la indemnización	330
1.4.4. La cuantificación del daño por vulneración de bienes constitucionales.....	333
2. <i>La reparación por vulneración de derechos fundamentales (II): la indemnización como forma de reparación del daño</i>	333
2.1. Las indemnizaciones tarifadas en el contrato de trabajo	336
2.1.1. La (in)compatibilidad de la indemnización tarifada con la reclamación de otros daños	337
2.1.2. La cuantía de la indemnización	346
2.2. ¿Son compatibles las indemnizaciones tarifadas con el principio de reparación integral?.....	351
3. <i>La reparación por vulneración de derechos fundamentales (iii): insuficiencia de la indemnización y reparación no pecuniaria</i>	353
3.1. La sola indemnización no repara el daño cuando se trata de vulneración de derechos fundamentales	353

3.2.	Las medidas de reparación no pecuniaria en el contrato de trabajo	357
3.2.1.	Las medidas de restitución.....	357
3.2.2.	Las medidas de satisfacción	358
3.2.2.1.	La publicación de la sentencia	359
3.2.2.2.	El acto público de disculpas	362
3.2.2.3.	La sentencia como forma de reparación	364
3.2.3.	Las garantías de no repetición	365
3.2.4.	Las medidas de rehabilitación	366
3.3.	El <i>arbitrium judicis</i> como instrumento para ordenar las medidas de reparación no pecuniaria	366
CAPÍTULO OCTAVO: LOS CAUCES PROCESALES DE TUTELA RESARCITORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....		370
1.	<i>El proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.....</i>	<i>371</i>
1.1.	Antecedentes en el orden jurisdiccional social	371
1.2.	Delimitación del ámbito material del proceso.....	375
1.2.1.	Reducción del ámbito del proceso en razón de la materia que origina la lesión del derecho fundamental	377
1.2.2.	El carácter opcional del proceso	382
1.2.3.	Sumariedad cualitativa y limitación del objeto del proceso	385
1.3.	Cuestiones procedimentales	387
1.3.1.	Intervención adhesiva.....	388
1.3.2.	La intervención del Ministerio Fiscal	388
1.3.3.	Las medidas cautelares.....	390
1.3.4.	El contenido de la sentencia.....	391
2.	<i>La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano</i>	<i>393</i>
2.1.	Los requisitos de procedencia de la acción de tutela	394
2.1.1.	La acción de tutela como mecanismo definitivo: la ausencia de otro mecanismo judicial de defensa.....	395
2.1.2.	La acción de tutela como mecanismo transitorio: la evitación de un perjuicio irremediable.....	397
2.2.	El alcance de la protección brindada en sede de tutela y la indemnización de perjuicios: insuficiencia de la acción de tutela en materia de reparación del daño	401
3.	<i>La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria laboral.....</i>	<i>403</i>
3.1.	La jurisprudencia constitucional acerca de la (no) idoneidad de los procedimientos laborales para proteger los derechos fundamentales en función del derecho lesionado... ..	406
3.2.	El proceso ordinario laboral como mecanismo idóneo (necesario) de protección de derechos fundamentales y cauce adecuado para obtener la reparación del daño	413
CONCLUSIONES.....		419
BIBLIOGRAFÍA.....		433
JURISPRUDENCIA		452

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
C.P.	Constitución Política de Colombia
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CGP	Código General del Proceso
CP	Consejero ponente
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPT y SS	Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social
CSE	Carta Social Europea
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CST	Código Sustantivo del Trabajo
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ET	Estatuto de los trabajadores
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
LF	Ley Fundamental (Alemania)

LGSS	Ley general de la seguridad social
LISOS	Ley de infracciones y sanciones en el orden social
LOI	Ley Orgánica de Igualdad
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
MP	Magistrado ponente
NIT	Normas internacionales del trabajo
OC	Opinión consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RDL	Real Decreto Legislativo
SIDH	Sistema interamericano de derechos humanos
SMLMV	Salarios mínimos legales mensuales vigentes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional (España)
TCF	Tribunal Constitucional Federal (Alemania)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo (España)
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

Planteamientos generales y estado de la cuestión

La cuestión relativa a la protección de los derechos fundamentales del trabajador ha sido, desde tiempo atrás, objeto de atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia debido a la importancia que el tema reviste en cualquier sociedad democrática comprometida con el respeto del Estado de Derecho. La Constitución española de 1978 se erige en artífice de esta atención en tanto introdujo una serie de derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, acompañándolas de los respectivos mecanismos de protección (artículo 53 CE).

En el caso colombiano, esta relevancia surge como consecuencia del cambio constitucional que tuvo lugar en 1991 mediante el cual se introdujo en el ordenamiento un catálogo de derechos fundamentales, las garantías para su ejercicio y protección judicial y se creó la Corte Constitucional, organismo a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Estos hechos condicionan, en sus respectivas sociedades, el interés por el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y su protección, interés que desde muy temprano se traslada al ámbito de la relación de trabajo, es decir, a la garantía de estos mismos derechos cuando son ejercidos por un trabajador en la ejecución de un contrato de trabajo.

Es así como el Tribunal Constitucional español desde sus inicios ha decantado una abundante jurisprudencia en este sentido, señalando que la condición de trabajador no priva a la persona de los derechos de que es titular por el hecho de ser ciudadano. Paralelamente, y en desarrollo del artículo 53 CE, se han establecido los mecanismos judiciales de protección de estos derechos que han ido evolucionando a la par que evoluciona la jurisprudencia en este sentido, principalmente la constitucional.

En el ordenamiento colombiano también debe destacarse la labor de la Corte Constitucional en la determinación y concreción del sistema de garantías de los derechos fundamentales, a través de las sentencias dictadas en el trámite de revisión de las acciones de tutela.

Sin embargo, hay un aspecto forma parte importante de la garantía de los derechos fundamentales y que no ha ocupado la debida atención que su importancia demanda o se ha ido desarrollando de forma accidentada o, en el peor de los casos, ningún pronunciamiento ha merecido por parte de la doctrina o de la jurisprudencia.

Se trata de la cuestión relativa a los daños generados con la lesión de un derecho fundamental y su reparación. En el caso español, desde los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que dieron un impulso significativo al tema de la protección de los derechos fundamentales del trabajador, se han venido dictando disposiciones que permiten al trabajador reclamar los daños generados con la actuación empresarial lesiva de sus derechos fundamentales. Normativa que, como hemos dicho, se ha visto fuertemente influida por los avances jurisprudenciales que, en este sentido, han marcado el ritmo a la actividad legislativa.

El panorama en el ordenamiento colombiano no ha sido tan alentador. Diversos factores han dificultado la consolidación de una línea jurisprudencial férrea de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en la ejecución del contrato, lo que en ningún caso significa que no exista dicha protección, sino que la que existe no ha girado en torno al ámbito específico de la relación del trabajo.

En efecto, a diferencia de lo que ha sucedido en España, la Constitución de 1991 señaló expresamente la procedencia del mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales frente a particulares, con lo que en este ordenamiento no tuvo lugar la discusión acerca de la eficacia horizontal de estos derechos.

Sin lugar a dudas esta circunstancia facilitó el hecho de que no se hubiera desarrollado una doctrina similar a la de los derechos laborales inespecíficos en España o a las precisas reglas de ejercicio de estos derechos en las relaciones de trabajo; cuestión que, insistimos, no comporta una desprotección de estos derechos para el trabajador, sino únicamente que la jurisprudencia sobre protección de derechos fundamentales se ha desarrollado sin atención particular a las condiciones y/o restricciones que impone el hecho de que se ejerzan en ejecución de un contrato de trabajo.

Una segunda cuestión a resaltar, que incide directamente en el tema de la reparación del daño, es que la Constitución de 1991 previó un único procedimiento especial de protección de derechos fundamentales cuyo conocimiento, en principio, es competencia de cualquier juez y su conocimiento no se atribuye en función del ámbito material en que ha tenido lugar

la lesión o el reparto de competencias especializadas atribuidas a los distintos órdenes jurisdiccionales. Esto para decir que cualquier evento de lesión de un derecho fundamental se tramita mediante la acción de tutela, siempre que se satisfagan los requisitos de procedencia, y el alcance de la protección que brinda este instrumento es, esencialmente, inhibitorio, con lo que, por regla general, no suele haber lugar a la reclamación de daños.

Una tercera dificultad que deriva de la práctica en el ejercicio de estas acciones pero que está relacionada con el objeto del procedimiento de tutela y los requisitos de procedencia, es la relativa a la existencia o no de medios judiciales de defensa adecuados para reclamar la protección del derecho fundamental. Así, la acción de tutela no procederá si estos mecanismos existen, razón por la cual algunos jueces suelen declarar la improcedencia de la acción argumentando que se trata de un asunto propio del conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Y si la cuestión se plantea ante la jurisdicción laboral, difícilmente realizan los jueces un análisis constitucional del asunto por lo arraigada que se encuentra en algunos la idea de una separación tajante entre asuntos de relevancia constitucional y cuestiones de mera legalidad según la cual, estos últimos se deciden con base exclusivamente en la ley.

Lo anterior ha allanado el camino para que, ni desde la doctrina ni desde la jurisprudencia laboral, se haya prestado atención al tema de los daños que genera la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores y su reparación; apenas si se ha dicho algo de la faceta inhibitoria de dicha protección, siendo, en la gran mayoría de los casos, pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Otro tanto puede decirse de la reparación del daño moral en el contrato de trabajo. Hasta épocas muy recientes el tema no pasaba de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia acerca de la posibilidad de reclamar perjuicios morales por la terminación injusta del contrato, sin que tal declaración soliera concretarse en la respectiva condena. Más allá de los eventos de reclamación de perjuicios por accidentes de trabajo ocurridos con culpa del empleador, en los que si son frecuentes este tipo de condenas, el tema del daño moral ha encontrado en los problemas referidos a su prueba el escenario propicio para que los jueces no se ocupen de él, ni siquiera la Corte Suprema de Justicia.

Bajo el panorama descrito se aborda el estudio de la reparación del daño por vulneración de derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

Hipótesis de trabajo y delimitación del objeto de estudio

El objetivo de la presente investigación es acercarnos a una perspectiva integral de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores que vaya más allá de la simple tutela inhibitoria que tradicionalmente se suele ofrecer frente a las actuaciones que los desconocen o vulneran. Esta protección tiene como fundamento inmediato los textos constitucionales que reconocen estos derechos en los ordenamientos de referencia y una característica esencial que le es común a ambos: el valor normativo de dichos textos.

Para ello partimos de la hipótesis de que los atentados contra la dignidad del trabajador que derivan de la vulneración de sus derechos fundamentales genera un daño que debe ser resarcido y dicho resarcimiento no encuentra respuesta suficiente en las formas tradicionales de reparación del daño, esto es, mediante el pago de una indemnización.

El desarrollo de la anterior hipótesis requiere el estudio previo de diversas cuestiones que están estrechamente relacionadas y que van dirigidas a responder de forma adecuada los interrogantes que genera la hipótesis de trabajo, tales como ¿cuáles son los derechos fundamentales cuya lesión genera un daño que debe ser resarcido?, ¿son únicamente los previstos en la Constitución?, ¿cuál es el alcance del principio de reparación integral del daño tratándose de violaciones a derechos fundamentales?, ¿qué tipo de daños genera la lesión de un derecho fundamental?.

La respuesta de estos interrogantes resulta determinante en la solución que se dé a la problemática planteada, por lo que se hace necesario estudiar, en primer lugar, la influencia que ha tenido el Derecho Constitucional y la Constitución misma en la configuración actual del Derecho del Trabajo y, principalmente, en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En segundo lugar, resulta relevante el desarrollo que ha tenido el concepto de reparación integral del daño y las formas de reparación al interior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desarrollo que ha permeado el ordenamiento jurídico colombiano donde han sido acogidos sus planteamientos por algunos de los tribunales.

Este estudio nos permitirá establecer si los conceptos estudiados pueden ser trasladados al campo de las relaciones laborales y, en caso afirmativo, cuál sería el fundamento y la forma en que pueden ser acogidos en este contexto particular. Lo anterior nos traslada a otro de los objetivos de la investigación: determinar si el sistema de reparaciones previsto

para las violaciones de derechos humanos puede tener aplicación en a supuestos de vulneraciones de derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

Por último, se señalará cuáles son los daños que actualmente se reconocen por la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores en cada uno de los ordenamientos de referencia, con fundamento en los estatutos sustantivos y procedimentales que regulan la materia, así como en la jurisprudencia de los tribunales.

En todo caso debe señalarse que, no obstante el análisis de fuentes, conceptos e instituciones propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el objeto de esta investigación se mueve dentro del Derecho Laboral y pretende dar respuesta a una problemática concreta que tiene lugar en la ejecución del contrato de trabajo. Esta cuestión no se ve desvirtuada por el hecho de apoyarnos en normativa o fuentes de otras ramas del derecho, esto se hace con el firme convencimiento de que se trata de instrumentos que contribuyen a una mejor protección de la persona del trabajador y de sus derechos fundamentales en el punto específico de la reparación del daño.

Por lo anterior, el estudio de la normativa e instituciones extralaborales no tiene una pretensión de profundidad más allá de la que resulte necesaria para la verificación de la hipótesis de trabajo.

Metodología y estructura de la investigación

El presente trabajo tiene como sustento el análisis de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales de los dos ordenamientos de referencia sobre la cuestión aquí estudiada. Así mismo, teniendo en cuenta que en la verificación de la hipótesis de trabajo juegan un papel relevante fuentes provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se hace referencia a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos así como a pronunciamientos de tribunales regionales de protección de estos derechos. Se incluyen, entonces, referencias de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, principalmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De conformidad con lo anterior, a efectos de dar respuesta a la hipótesis central, hemos dividido la tesis en tres partes que, a su vez, se encuentran divididas en capítulos, a saber: la primera parte, referida a las relaciones entre Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo; en la segunda se estudia la tutela aquiliana de los derechos fundamentales y; en la tercera se aborda la cuestión de la protección de estos derechos y su reparación en el campo concreto del contrato de trabajo.

La primera parte cuenta con tres capítulos, el primero de ellos dedicado al estudio de la constitucionalización del Derecho Laboral, las implicaciones que ha tenido en la dinámica de las relaciones laborales y a la forma en que ha influido en esta disciplina, generando lo que puede denominarse un nuevo entendimiento del Derecho del Trabajo.

El segundo capítulo aborda el concepto de derechos fundamentales y la doctrina de la *drittwirkung* cuya aparición supone el punto de partida de esta tesis. Lo que se pretende en este capítulo es determinar cuáles son los derechos fundamentales cuya vulneración da lugar la reparación del daño, tanto en el ordenamiento español como en el colombiano.

En el tercer capítulo se estudian los derechos fundamentales desde una perspectiva internacional, es decir, a partir de los instrumentos de derechos humanos suscritos por Colombia y España, se pretende determinar la incidencia y aplicación que tienen esos derechos en la relación de trabajo y la vinculatoriedad de los jueces nacionales a dichas disposiciones.

Entrando en la segunda parte, en el capítulo cuarto se hace un análisis del concepto de daño y sus características, así como la tipología de daños inmateriales reconocidos en cada uno de los ordenamientos que se estudian en el presente trabajo. En este capítulo se pretende responder a la pregunta de si la lesión de los derechos fundamentales debe contar con una tutela aquiliana y cuáles serían los fundamentos para ello. De ser afirmativa la respuesta, la cuestión a resolver será qué tipo de daños son los que se deben reconocer en estos casos.

El capítulo quinto de la segunda parte está dedicado al estudio de la reparación del daño. Se analiza el concepto de reparación integral aplicable en los eventos de violaciones de derechos humanos así como las formas de reparación utilizadas en la praxis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado colombiano. Se analiza también el valor jurídico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ordenamiento colombiano a efectos de determinar la procedencia de aplicar las medidas de reparación utilizadas por dicha corte a supuestos diferentes de violaciones graves de derechos humanos.

En lo que respecta a la tercera parte, en el capítulo sexto se analiza la protección de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo a partir de dos aspectos que tienen una importancia capital en orden a lograr una efectiva protección: la prueba de la lesión y las consecuencias del acto vulnerador del derecho, principalmente en los casos de despido.

Con este análisis se intenta poner de manifiesto la influencia constitucional y, específicamente, de los derechos fundamentales en el Derecho del Trabajo, señalando cómo, las tradicionales soluciones que ofrecía a algunas situaciones como el despido y la carga de la prueba, resultan insuficientes cuando se abordan desde una perspectiva constitucional.

El capítulo séptimo está dedicado a establecer qué tipo de daños genera la vulneración de un derecho fundamental cuando tiene su origen en el contrato de trabajo y como se reparan esos daños. La intención es resolver si estos daños encajan en la tipología existente en cada uno de los ordenamientos y si las formas de reparación estudiadas en la segunda parte son de aplicación a estos supuestos.

Por último, en el capítulo octavo se hace un análisis de las vías procesales adecuadas para reclamar la protección del derecho vulnerado y la reparación de los daños que tal vulneración genera. Se estudia, por una parte, las particularidades del proceso especial de tutela de derechos fundamentales previsto en la LRJS; y, por la otra, la idoneidad de los procedimientos ofrecidos por la legislación colombiana frente a cada una de las pretensiones de tutela: la inhibitoria y la resarcitoria.

PRIMERA PARTE

CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTRATO DE TRABAJO

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

El reconocimiento del ejercicio de los derechos fundamentales en la relación de trabajo está íntimamente relacionado con otros procesos o fenómenos previos, cuya existencia es la que permite lograr este reconocimiento. En efecto, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales resulta de la confluencia de diversos factores que están interconectados y en estrecha relación los unos con los otros, a saber: la eficacia normativa de la Constitución, la aplicación directa de sus preceptos y la constitucionalización del derecho.

El reconocimiento del valor normativo de los textos constitucionales, trajo como consecuencia que se entendiera que sus preceptos eran de aplicación directa y además, dio paso al fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho, que a su vez aparejó la irrupción de la Constitución en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, sin que el Derecho del Trabajo constituyera una excepción.

En las próximas líneas nos dedicaremos a desarrollar en que consiste la constitucionalización del derecho del trabajo, cómo se manifiesta y la importancia que ha tenido, no sólo para el desarrollo de esta disciplina, sino también para lograr la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Previamente, nos referiremos al proceso de constitucionalización del derecho en general y a la eficacia directa o eficacia normativa de la Constitución, por su íntima conexión con el tema que estamos tratando.

1. Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho: el reconocimiento de la eficacia normativa de la Constitución como antecedente a la constitucionalización del derecho

El proceso de consolidación de la Constitución como eje central del ordenamiento jurídico comienza en Europa a mediados del siglo XX con la expedición de las constituciones de la segunda posguerra a las que se les reconoce pleno valor normativo y que, además, consagran un sistema de justicia constitucional que les permite asegurar el respeto de sus normas por parte de los poderes públicos¹.

¹ ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pág. 249.

Hasta ese momento, en el marco del Estado legal de derecho, las constituciones jugaban un papel secundario en tanto se consideraba que sólo tenían “un valor meramente programático”, o eran vistas “como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador”². Era la ley la que ocupaba ese papel preeminente, que dentro del ordenamiento, se le reconoce hoy a la Constitución.

El Estado de derecho legal se identificaba exclusivamente con el principio de legalidad³ que a su vez se convertía en el eje sobre el cual giraba el ordenamiento. Esta legalidad, en principio, no vinculaba al legislador sino que estaba concebida para ser aplicada únicamente por las autoridades administrativas a quienes, además, se les imponía su respeto a través del control judicial. El dogma de la infalibilidad del legislador y de la ley como protectora de las libertades de los ciudadanos, conllevó a la sacralización de la legalidad⁴.

El principio de legalidad también cumplía la función de ser el criterio de reconocimiento del derecho válido, es decir, la norma jurídica era válida en tanto hubiese sido dictada por el organismo o la autoridad dotada de la competencia para hacerlo⁵.

En este contexto y durante casi todo el siglo XIX y principios del XX, el papel de la Constitución se reduce al de contener una “codificación formal del sistema político superior”, sin que tenga mayor trascendencia general fuera de la señalada. Como consecuencia de esto, el orden jurídico aplicable por los tribunales era el constituido por la ley y el reglamento. El único enlace de este orden con la Constitución, era que aquel procedía de lo que la misma Constitución consideraba como fuente del derecho.

² SASTRE ARIZA, Santiago. <La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo> EN: CARBONELL, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pág. 240.

³ ARAGÓN REYES..., pág. 250.

⁴ FAVOREU, Louis. *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 32.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. <Pasado y futuro del Estado de derecho> EN: CARBONELL, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pág. 16. Señala Ferrajoli que la afirmación del principio de legalidad, como norma de reconocimiento del Derecho válido, da lugar a la aparición del moderno Estado de derecho bajo la fórmula del Estado legal; lo que comporta tres cambios con respecto a la experiencia jurídica premoderna. El primer cambio se da en lo relativo a las condiciones de existencia y validez de las normas, ya que en el derecho premoderno existía una pluralidad de fuentes de producción normativa, por lo que la validez dependía, no de su forma de producción, sino de la justicia de sus contenidos. En segundo término, se da un cambio respecto de la ciencia jurídica, que deja de identificarse con el derecho mismo para convertirse en una disciplina explicativa de un objeto separado de ella, que es el derecho positivo. Y finalmente, en lo que tiene que ver con la jurisdicción, esta deja de ser fuente de producción jurisprudencial del derecho, para someterse a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación.

Sin embargo, esta consideración de las fuentes del derecho no era entendida en el sentido de establecer un sistema normativo jerarquizado, sino en lo relativo a los aspectos formales o de producción de ese orden jurídico⁶. En otras palabras, las previsiones constitucionales sobre las fuentes del derecho estaban referidas exclusivamente a cuestiones formales o de procedimiento, dejando de lado el establecimiento de un orden jerárquico entre ellas.

Las constituciones decimonónicas en la tradición jurídica continental europea, estaban concebidas bajo un concepto predominantemente formalista y legalista, donde las cartas de derecho eran declaraciones de naturaleza política y no jurídica, que requerían, para poder tener una eficacia de esta naturaleza, el desarrollo y configuración legal, es decir, la intervención del legislador⁷.

En efecto, estas constituciones carecían en lo absoluto de eficacia normativa directa, en general no estaban concebidas como normas jurídicas y no se les consideraba como tales, salvo lo relativo a los campos de actuación de los poderes públicos, sin que en ningún caso se estableciera una garantía judicial respecto de estas normas.

En cuanto a la parte dogmática, las declaraciones de derechos también carecían de eficacia jurídica propia. Un ejemplo ilustrativo de esta situación en España lo trae a colación García de Enterría⁸, quien cuenta que el Tribunal Supremo (TS) durante algún tiempo sostuvo que no podía invocarse en sede de casación la violación de la parte dogmática de la Constitución, ya que la naturaleza de las declaraciones de derechos allí incluidas era meramente programática y dirigida exclusivamente al legislador.

La situación en Iberoamérica a finales del siglo XIX, aun cuando presentaba ciertas particularidades respecto de lo que pasaba en Europa, no era muy diferente. Si bien es cierto que en algunos países el influjo del modelo constitucional norteamericano permitió aceptar, en el plano puramente teórico, que el juez no debía aplicar la ley contraria a la constitución; la realidad es que en la práctica esto no llegó a concretarse, entre otras razones, porque la mayor influencia europea legalista impidió que se entendieran los derechos constitucionales como inmediatamente aplicables sin mediación legal⁹.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006, pág. 62.

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004, pág. 446.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. <El valor normativo de la Constitución española>. *Revista de derecho público*. 1998, núm. 44, pág. 36.

⁹ ARAGÓN REYES..., pág. 239.

Este papel secundario de la Constitución contrastaba con el protagonismo que ostentaba la ley en tiempos del Estado legal de derecho, acentuándose dicho protagonismo con los procesos codificadores que tuvieron lugar en el siglo XIX y gracias al cual, los códigos civiles adquirieron una importancia similar a la que hoy se le otorga a las constituciones.

El código civil llegó a constituir, durante esta época, una especie de carta constitucional que regulaba las relaciones entre los asociados¹⁰, basándose en los principios de autonomía privada e igualdad formal ante la ley siguiendo la ideología liberal predominante en el momento.

De esta manera, se integraban en los códigos civiles, y a manera de título preliminar, las disposiciones constitucionales relativas a los derechos de los ciudadanos; siendo esta la fórmula para dotar de eficacia normativa a tales derechos y por tanto permitir su invocación y protección ante los tribunales.

Es así como en Colombia, en vigencia de la Constitución de 1886 y por mandato de su artículo 52, la ley 153 de 1887 introdujo en el Código Civil un título preliminar en el que se incluyeron los “derechos civiles y garantías sociales” previstos en el título III de la Constitución. Se trataba de los clásicos derechos de corte liberal: la propiedad privada, el respeto de los derechos adquiridos, el respeto a la propiedad intelectual, la libertad de escoger profesión u oficio, entre otros.

Lo propio se puede decir del ordenamiento español. Encarna Roca lo expone con claridad cuando señala que

“el dret civil ha estat durant molts anys una eina per substituir la Constitució en un país que ha tingut un sistema jurídic constitucional tormentat. El Títol preliminar del Codi civil ha tingut també un paper quasi-constitucional quan les nostres Constitucions (quan n’hi havia) eren solament textos polítics...El Codi civil juga un paper preponderant en la protecció de la persona. Segurament es pot dir que el Codi civil és l’instrument polític per a aquesta protecció i és l’única forma possible d’aconseguir l’efectiva protecció dels drets dels particulars”¹¹.

El cambio de paradigma comienza entonces, cuando se empieza a reconocer el valor normativo de las constituciones y empiezan a ser dotadas de eficacia directa. Este reconocimiento trae consigo el establecimiento de unas garantías jurisdiccionales para

¹⁰ SIERRA GUTIÉRREZ, Abdón. <Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas>. *Revista Justicia Juris*. Enero-junio 2011, Vol. 7, Núm.1, pág. 119.

¹¹ ROCA TRÍAS, Encarna. <Constitució i dret civil> EN: CASTELLÀ ANDREU, Josep María (coord.). *La constitució i l’ordenament jurídic*. Barcelona: Atelier, 2005, pág. 131-132.

hacer efectiva dicha eficacia; garantías que se traducen en la creación de una justicia constitucional.

Este cambio obedecerá, según García de Enterría¹², a tres factores fundamentalmente:

En primer lugar, al triunfo del principio democrático como única alternativa válida de organización política una vez derrotados los totalitarismos europeos después de la segunda guerra mundial.

En segundo término, a la recepción en Europa del sistema de justicia constitucional norteamericano, junto con los matices derivados del sistema kelseniano –la concentración del sistema en un solo tribunal especializado-, que permiten la inserción del valor normativo de la Constitución en los ordenamientos que lo acogen.

Y en tercer lugar, la necesidad de defender el sistema democrático establecido así como el sistema de derechos fundamentales y valores superiores que le sirven de apoyo, de las mayorías electorales que eventualmente pudieran desconocer dichos derechos y valores; tal como había acontecido con los regímenes totalitarios instaurados en Europa y que acabaron tras el fin de la segunda guerra mundial.

El curso de tales acontecimientos, desveló la necesidad de asegurarse dicha protección mediante el establecimiento de la obligación de respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales por parte del legislador, encargando a la justicia constitucional la función de velar por su cumplimiento.

A partir de ese momento, la Constitución empieza a entenderse como una verdadera norma jurídica y además como la principal norma del ordenamiento, la que ocupa un lugar superior con respecto a las demás y que por tanto se erige como parámetro de validez de estas. Este concepto de Constitución, que como señala García de Enterría es aportación del constitucionalismo norteamericano, es recogido en Europa y con él, la justicia constitucional como mecanismo para garantizar su supremacía.

El sistema de justicia constitucional aparece entonces con la implantación del sistema Kelseniano en Austria y Checoslovaquia en 1920, aunque es posible encontrar algunos antecedentes a finales del siglo XIX¹³.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA..., *La constitución...*pág. 293-294.

¹³ Como señala Aragón Reyes, en Alemania y Suiza se estableció una especie de control constitucional o de aplicación judicial de la Constitución en materia de división territorial del poder,

No obstante, sería después de la segunda guerra mundial¹⁴ cuando se refuerza dicho sistema con la reimplantación de los Tribunales Constitucionales en Austria y Alemania y la creación de la Corte Constitucional en Italia. Esta vez con diferencias sustanciales respecto del propuesto por Kelsen, del cual sólo se acoge la idea de un modelo concentrado de justicia constitucional¹⁵.

El auge que tendrán los sistemas de justicia constitucional en Europa a partir de la segunda posguerra, a lo que va contribuir la creación de Tribunales o Cortes Constitucionales en Portugal, España y Grecia tras la caída de los regímenes dictatoriales, será determinante en el surgimiento y la consolidación del Estado constitucional de derecho.

Empieza así a operar el cambio de paradigma entre la ley y la Constitución: la legalidad se subordina a una Constitución que esta jerárquicamente por encima de la ley; lo que también trae consigo un cambio en el parámetro de validez de estas. Se pasa de una validez formal (relativa a su forma de producción y al órgano competente para hacerlo) a una validez sustancial, entendida como la adecuación del contenido de la ley a los principios constitucionales. Es decir, las normas jurídicas inferiores sólo serán sustancialmente válidas, cuando respeten el contenido de la Constitución¹⁶.

Sin embargo, el arribo del Estado constitucional no comportará la aniquilación del principio de legalidad sino su redefinición por una parte, y por la otra, el traslado de algunas de sus funciones a la constitución.

como consecuencia del establecimiento del Estado federal en las constituciones de 1871 y 1874 respectivamente. Para este autor, existe una conexión “casi ineludible” entre justicia constitucional y federalismo señalando que, tanto en los sistemas previstos en las constituciones austriaca y checoslovaca de 1920, así como en los antecedentes alemán y suizo, una de las causas que dan origen a la adopción de la justicia constitucional, es la necesidad de resolver los problemas de competencia entre los distintos entes territoriales que plantea el federalismo. ARAGÓN REYES..., pág. 240.

¹⁴ Sin embargo, del periodo entreguerras vale la pena destacar la contribución de la Constitución española de 1931 y su Tribunal de Garantías Constitucionales, a quien se le atribuye el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad, las cuestiones de inconstitucionalidad y los recursos de amparo para la protección de los derechos constitucionales. ARAGÓN REYES..., pág. 242.

¹⁵ El modelo propuesto por Kelsen (de control abstracto y concentrado de constitucionalidad) no concibe al Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional debido a que no aplica normas previas a un supuesto concreto, sino que es concebido como un “legislador negativo” en tanto su función principal es eliminar las leyes incompatibles con la norma constitucional. Los jueces quedarán sometidos únicamente a las leyes y a las decisiones del Tribunal Constitucional en la medida en que este declare una ley inconstitucional (siempre con efectos *ex nunc*). En Alemania e Italia se acogerá entonces en esencia el modelo norteamericano en el sentido de crear una verdadera jurisdicción constitucional, tomando de Kelsen el carácter concentrado. GARCÍA DE ENTERRÍA..., *La constitución...* pág. 140-143.

¹⁶ FERRAJOLI..., <*Pasado y futuro...* pág. 18.

En efecto, como señala Favoreu, la Constitución se convierte en “fuente de fuentes”, encargándose de distribuir las competencias normativas que en adelante se ejercerán bajo la vigilancia del juez constitucional. Por otro lado, será la “constitucionalidad” la que se considere garante del contenido esencial de los derechos fundamentales y no la legalidad, como ocurría anteriormente¹⁷.

Este nuevo rol que cumple la Constitución en el ordenamiento jurídico, traerá consigo profundos cambios en la aplicación e interpretación del derecho. En cuanto a la aplicación, cambia el papel del juez respecto al que desempeñaba en el Estado legal: ya no estará sujeto exclusivamente al imperio de la ley en sentido formal, sino que estará obligado a aplicar también la Constitución.

Esta aplicación tiene lugar en el momento en que el operador jurídico realiza el juicio de validez constitucional de la ley, bien sea para decidir que es constitucional y aplicarla, o para estimar su discordancia con la Constitución y por tanto, plantear la cuestión de inconstitucionalidad¹⁸ si hablamos del ordenamiento español o la excepción de inconstitucionalidad si nos referimos al colombiano¹⁹. Esto sin perjuicio, claro está, de la existencia de pronunciamientos anteriores del Tribunal o la Corte Constitucional a favor de la constitucionalidad de una ley y que obligan a los jueces ordinarios.

¹⁷ FAVOREU..., *Legalidad y constitucionalidad...* pág. 36.

¹⁸ Para García de Enterría, los jueces y tribunales ordinarios, tienen facultades aplicativas de la Constitución que se sintetizan en: i) la facultad de enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes y que debe preceder a la aplicación de estas, ii) la facultad de resolver ese enjuiciamiento en un sentido positivo, es decir, a favor de la constitucionalidad de la ley, iii) la facultad de resolverlo en sentido negativo, es decir, considerar la inconstitucionalidad de la ley, caso en el cual estará obligado a plantear al Tribunal Constitucional la respectiva cuestión de inconstitucionalidad, iv) la facultad de inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución sin necesidad de recurrir a la cuestión de inconstitucionalidad, v) la facultad de inaplicar los actos jurídicos públicos o privados, en favor de los derechos fundamentales y, vi) la obligación de interpretar conforme a la Constitución, todas las normas del ordenamiento. GARCÍA DE ENTERRÍA..., *<El valor normativo...>* pág. 39-41.

¹⁹ El sistema de justicia constitucional en Colombia no contempla la cuestión de inconstitucionalidad. Si un juez considera que una ley es inconstitucional, debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Esta figura tiene fundamento en el artículo 4º constitucional que establece que “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. Con base en esta disposición, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han entendido que cualquier juez tiene la facultad y la obligación de inaplicar una disposición legal o cualquier otra norma jurídica en un caso concreto, cuando encuentre una contradicción evidente entre dicha disposición y la Constitución; a menos que ya exista un pronunciamiento de la Corte Constitucional, declarando su conformidad con la norma superior, caso en el cual deberá acatar lo dicho por la Corte. Ver, entre otras, sentencias C-069 de 1995, C-037 de 1996, T-105 de 2005, T-221 de 2006, T-952 de 2006, T-389 de 2009, T-103 de 2010, C-122 de 2011.

Por su parte, los cambios relativos a la interpretación del derecho, están dados por la obligación de los jueces ordinarios de interpretar el ordenamiento infraconstitucional de conformidad con la Constitución. De acuerdo con este principio, frente a dos o más posibles interpretaciones de un precepto legal, el juez estará obligado a escoger aquella que más se adecúe a la Constitución. Es decir, frente a una interpretación que conduzca a considerar la ley inconstitucional y otra que respete el contenido de la Constitución, el juez estará obligado a escoger esta última.

La interpretación conforme a la Constitución de la normatividad inferior, trae como consecuencia la correlativa prohibición de “cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”²⁰.

En síntesis, se trata de “buscar interpretaciones de las leyes que salven su concordancia con la Constitución”²¹, de manera que se haga efectivo el principio de supremacía constitucional. En todo caso, esta interpretación se hará conforme a las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional en su calidad de supremo aplicador e intérprete de la Constitución²².

Estas dos últimas cuestiones, la interpretación conforme del ordenamiento y la doble vinculación del juez a la ley y a la Constitución, cuestiones ambas que surgen como consecuencia del reconocimiento del valor normativo de la Constitución y la creación de los sistemas de justicia constitucional, serán las que le den inicio al proceso de constitucionalización del derecho de la mano de la jurisprudencia constitucional.

2. La constitucionalización del derecho

Por constitucionalización del derecho se entiende el fenómeno relativo a la influencia que ejercen “los derechos y valores constitucionales en la normativa infraconstitucional”²³. Se trata de la irradiación de la Constitución con todos sus efectos al resto del ordenamiento jurídico; o si se quiere, del desbordamiento del derecho constitucional hacia las otras ramas del derecho, trayendo como consecuencia que aquel, ya no sólo regulará las relaciones

²⁰ Citada por GARCÍA DE ENTERRÍA..., *La constitución...* pág. 314.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA..., <*El valor normativo...* pág. 43.

²² ARAGÓN REYES..., pág. 331.

²³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <Justicia constitucional y derecho del trabajo> EN: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (coord.). *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991. Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1991, pág. 428.

entre los poderes del Estado, sino que casi todo conflicto jurídico encontrará una respuesta constitucional²⁴.

Uno de los mayores exponentes y principal difusor del concepto de constitucionalización del derecho es Louis Favoreu, quien señala que este proceso comienza a gestarse realmente con el desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, lo que implica, según sus palabras, que la existencia de una justicia constitucional es condición *sine qua non* para la existencia misma del fenómeno de la constitucionalización²⁵.

Para Favoreu, la impregnación del orden jurídico de lo que él denomina “normas constitucionales”, se da gracias a tres circunstancias²⁶: i) en primer lugar, por el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, ii) en segundo término, por el cada vez más frecuente uso de la técnica de conformidad bajo reserva en las sentencias del Consejo Constitucional Francés, lo que permite introducir la interpretación constitucional al texto mismo de las leyes y, iii) en tercer lugar, por la autoridad de que dota el artículo 62 de la Constitución francesa, a las decisiones del Consejo Constitucional²⁷.

La constitucionalización del derecho trae consigo, siguiendo con Favoreu, dos clases de efectos que el autor clasifica como directos e indirectos. Los primeros se corresponden con los tipos de constitucionalización o las formas en que esta se manifiesta y son los que él

²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. <Constitucionalismo y garantismo> EN: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (edits.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005, pág.48.

²⁵ FAVOREU, Louis. <La constitucionalización del derecho>. *Revista de derecho*. 2001, volumen XII, pág. 33.

²⁶ *Ibidem* pág. 34-35.

²⁷ Aunque el análisis de Favoreu se hace en relación al ordenamiento constitucional francés, las ideas expresadas son perfectamente aplicables a lo que sería un concepto general de constitucionalización del derecho y, por tanto, extrapolables a otros ordenamientos como el español o el colombiano. En efecto, el valor normativo de la Constitución española se encuentra recogido en el artículo 9.1 CE que establece la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento. La técnica de conformidad bajo reserva es el equivalente a las sentencias interpretativas en el derecho español. Y la sujeción de los poderes públicos, incluidos los jueces y tribunales ordinarios, a las decisiones del TC, se encuentra establecida en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por su parte, el ordenamiento colombiano reconoce el valor normativo de la Constitución en su artículo 4º al señalar que “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. La Corte Constitucional de Colombia también está facultada para dictar sentencias interpretativas y, por último, las decisiones de la Corte Constitucional, hacen “tránsito a cosa juzgada constitucional”, siendo de obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares (artículo 21 del Decreto 2067 de 1991). Además de lo anterior, la misma Constitución (artículo 243) prohíbe a cualquier autoridad, incluido el Congreso de la República, la reproducción del contenido material del acto jurídico declarado inconstitucional.

denomina como constitucionalización-juridización, constitucionalización-elevación y constitucionalización-transformación.

La denominada juridización está relacionada con su institucionalización, es decir, con la irradiación de la Constitución en la organización del poder determinando su estructura, competencias y las relaciones recíprocas entre los distintos órganos de poder.

La elevación hace referencia a las fuentes del derecho y más concretamente a la producción del derecho: la Constitución establece la repartición de competencias entre el poder legislativo y el reglamentario –entendido como la facultad de reglamentar la ley- y a su vez, entre el poder legislativo y la propia Constitución; de manera que el respeto por la definición constitucional de las competencias del legislador se impone, no sólo a quien ejerce la potestad reglamentaria, sino al propio legislador a través de la reserva de ley²⁸ quien no podrá “ceder” sus competencias en favor del poder reglamentario.

Con la transformación, por su parte, alude a los cambios que experimentan cada una de las áreas del derecho como consecuencia de la impregnación de la Constitución a las distintas ramas del ordenamiento. Para Favoreu, la constitucionalización transforma el contenido del derecho de forma tal, que ahora puede hablarse de un derecho constitucional del trabajo o de un derecho constitucional civil; siendo esta la concepción más utilizada cuando se habla de constitucionalización²⁹.

Por otra parte, los indirectos serían, en primer lugar, la modernización del derecho, adecuándose este a las nuevas necesidades, tanto desde el punto de vista formal como material; en segundo término, la unificación del orden jurídico derivada de la existencia de un fundamento común; y en tercer lugar, la simplificación del derecho como consecuencia de la transformación del sistema de fuentes³⁰.

Sin duda alguna, las denominadas por Favoreu elevación y transformación, son las dos más importantes manifestaciones del fenómeno de la constitucionalización del derecho; la primera en cuanto garantiza el respeto de los ámbitos competenciales del legislador y el ejecutivo al momento de reglamentar la ley y, el segundo, en cuanto que la irradiación

²⁸ FAVOREU..., <La constitucionalización..., pág. 40.

²⁹ *Ibidem*, pág. 40.

³⁰ VELARDE, Claridad. <De la descodificación a la constitucionalización del derecho. Cuestiones abiertas> EN: ELÓSEGUI ITXASO, María; GALINDO AYUDA, Fernando (eds.). *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, pág. 1095-1096.

constitucional del contenido del derecho, comporta necesariamente cambios en la aplicación del mismo.

Pero quizás una de las definiciones más completas acerca de lo que se entiende por constitucionalización del derecho la ofrece Guastini, quien a su vez, habla de siete requisitos que deben estar presentes para hablar de constitucionalización.

Para este autor, se trata de un “proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”. Y continúa diciendo que la característica principal de un ordenamiento en el que está presente dicho proceso, es la existencia de una “Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”³¹.

Estamos ante una definición que, a nuestro juicio, es la más completa a la hora de desentrañar el verdadero significado de la constitucionalización del derecho, ya que además, expone claramente los efectos que sobre el ordenamiento jurídico tiene dicha constitucionalización. Este condicionamiento del que habla Guastini, es especialmente fuerte y se hace más evidente, en lo que a la legislación y la jurisprudencia se refiere.

En efecto, el condicionamiento de la legislación se da desde una doble perspectiva: en primer lugar, por la irradiación de los efectos de las sentencias del Tribunal y la Corte Constitucional frente a todos los poderes públicos -vinculación que en el caso colombiano lleva aparejada la prohibición para el legislador de reproducir el contenido material de los textos que hayan sido declarados inconstitucionales-; y en segundo término, por la facultad de dictar sentencias interpretativas que ajusten el contenido de la ley al texto constitucional.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios queda condicionada por la interpretación de la constitución que haga el Tribunal Constitucional cuando conoce de la constitucionalidad de las leyes o actos con fuerza material de ley y por la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales³².

De forma análoga, en Colombia los tribunales ordinarios quedan vinculados por el precedente constitucional, lo que los obliga a seguir la jurisprudencia de la Corte, en especial la relativa a la interpretación de los derechos fundamentales. Este aspecto lo

³¹ GUASTINI, Riccardo. <La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano> EN: CARBONELL, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pág. 49.

³² Artículo 5.1 LOPJ y 38.1 LOTC.

retomaremos más adelante por la importancia que reviste en el proceso de constitucionalización del derecho laboral en el ordenamiento jurídico colombiano.

Continuando con los planteamientos de Guastini, para este autor la constitucionalización del derecho es una cuestión de grados y no se plantea en términos absolutos; es decir, no se puede afirmar simplemente que un ordenamiento determinado este constitucionalizado o no lo esté, sino que habrá algunos que lo estarán con mayor intensidad que otros. El grado de constitucionalización dependerá entonces, del mayor o menor grado de cumplimiento de las que él denomina 'condiciones de constitucionalización'.

Dicho en otros términos, existen unos 'requisitos' que deben estar presentes para que se pueda hablar de constitucionalización del derecho y dependiendo del número de requisitos que se verifiquen en un ordenamiento concreto, se podrá decir que el mismo estará más o menos constitucionalizado.

Estos requisitos o 'condiciones de constitucionalización' son i) la existencia de una Constitución rígida, ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución, iii) la fuerza vinculante de la Constitución, iv) la 'sobreinterpretación' de la Constitución, v) la aplicación directa de las normas constitucionales, vi) la interpretación conforme de las leyes y, vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Aunque Guastini hable de 'grados' y de la mayor o menor intensidad en que se presente el fenómeno de la constitucionalización en un ordenamiento, señala que, en todo caso, la necesidad de una Constitución rígida y la garantía jurisdiccional de esta, son condiciones necesarias para su existencia, es decir, que sin ellas, aunque se den las restantes, no puede hablarse de constitucionalización del derecho.

Dentro de este binomio agregaríamos el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, como uno de los elementos necesarios para que tenga cabida el proceso de constitucionalización del derecho. En el momento en que la Constitución deja de ser una mera declaración política para atribuírsele un verdadero significado jurídico, esto es, cuando pasa a considerarse una norma jurídica, se hace indispensable el establecimiento de una justicia constitucional que garantice su aplicación³³.

Siendo, como es, la garantía jurisdiccional de la Constitución una consecuencia del reconocimiento de su eficacia jurídica, no se podrían desligar estos dos conceptos al

³³ ARAGÓN REYES..., pág. 273-274.

momento de fundamentar la constitucionalización del derecho. Por tanto, la justicia constitucional será el instrumento a través del cual se hace efectivo el proceso de irradiación de la Constitución sobre el resto del ordenamiento.

Esto es así porque las sentencias que emiten los tribunales constitucionales, tienen valor de cosa juzgada con efectos *erga omnes* (artículos 164 CE y 243 C. P.). Así lo confirma además, la vinculación de los jueces ordinarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en lo relativo a la interpretación y aplicación de la ley (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ-), y la obligatoriedad del precedente constitucional en Colombia como lo veremos más adelante.

Esta estrecha relación entre constitucionalización del derecho y justicia constitucional se puede apreciar con más fuerza en el Derecho del Trabajo, que ha sido fuertemente permeado por las disposiciones constitucionales, tanto en España como en Colombia. Esto es lo que hoy nos permite hablar de la constitucionalización del Derecho Laboral.

Así las cosas, una vez analizadas las características generales de este fenómeno constitucionalizador, analizaremos las particularidades que el mismo presenta en el Derecho del Trabajo.

3. La constitucionalización del Derecho del Trabajo

La presencia de este fenómeno en el Derecho Laboral es de una importancia capital derivada de la trascendencia que a su vez reviste el objeto de regulación de esta disciplina: el trabajo humano. La pretensión de protección a la parte débil de la relación laboral con la que nace el Derecho del Trabajo, legitima aún más el proceso de constitucionalización del Derecho Laboral al llevar dicha protección al lugar más preeminente del ordenamiento que es el que ocupa la Constitución. Se podría afirmar sin temor a equívocos, que la constitucionalización del derecho alcanza su máxima realización en esta rama del ordenamiento precisamente por los intereses que están en juego: la protección del trabajador y del trabajo mismo.

El carácter tuitivo del Derecho Laboral llega a su punto más alto cuando la protección del trabajador se lleva a cabo mediante las normas constitucionales y su irradiación al contrato de trabajo; protección que se ve reforzada por la garantía judicial de la Constitución que alcanzará las relaciones entre trabajadores y empleadores, bien sea mediante los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, o por el control de

constitucionalidad de las leyes laborales. Es por esto que la influencia de la Constitución en el Derecho del Trabajo es mayor y más intensa que en otras ramas del derecho³⁴.

La irrupción de la Constitución en el mundo del trabajo ha traído como consecuencia un nuevo entendimiento de esta rama del derecho a la luz de los principios y valores consagrados en la Constitución, lo que ha significado una re-lectura del Derecho Laboral tradicional para hacerlo compatible con los nuevos postulados constitucionales.

Algunos autores ubican el inicio del proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo en 1917 con la expedición de la Constitución mexicana de Querétaro, o en 1919 con la Constitución de Weimar de ese año³⁵, señalando también la influencia que en este proceso ha tenido la internacionalización de la legislación sobre el trabajo, comenzada en 1919 con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁶.

Sin embargo, debe señalarse de antemano que estos dos referentes históricos, lo son sólo de una de las manifestaciones que este fenómeno tiene en el derecho laboral. En efecto, si anteriormente hablábamos de las tres manifestaciones de la constitucionalización del derecho, a saber: la institucionalización, elevación y transformación; en el caso específico del derecho del trabajo también podemos hablar de tres manifestaciones que sólo parcialmente coincidirán con las expuestas por Favoreu: i) la inserción de normas y derechos laborales en los textos constitucionales, ii) la recepción y aplicación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo y, iii) la reinterpretación del ordenamiento laboral y el cambio en el sistema de fuentes.

Son formas distintas de penetración del orden constitucional en el Derecho del Trabajo, cada cual con un grado de intensidad y aportaciones diferentes, como pasaremos a verlo a continuación.

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <Justicia constitucional... pág. 428.

³⁵ ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del trabajo*. 26ª ed. Madrid: Civitas, 2009, pág. 943.

³⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 20ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2012, pág. 106. Esta contribución ha sido particularmente relevante en Colombia a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991 (que estableció que los convenios de la OIT ratificados por el Congreso hacían parte de la legislación interna) y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha incluido algunos de estos convenios en el bloque de constitucionalidad (Ver especialmente sentencia C-401 de 2005 y las sentencias C-225 de 1995, T-568 de 1999, SU-995 de 1999, C-567 de 2000, C-170 de 2004 y C-349 de 2009).

3.1. La inserción de normas y derechos laborales en los textos constitucionales

Si en el siglo XIX la eficacia de los derechos de los ciudadanos estaba desligada de las constituciones y deferida a los códigos civiles; los derechos laborales, entendidos como derechos de los trabajadores, eran prácticamente inexistentes. A tal punto que no sea exagerado afirmar que “desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, el siglo XIX no existe”³⁷ y no precisamente por ausencia de leyes reguladoras del trabajo, sino porque las dictadas hasta ese momento eran normas aisladas “que no constituían un conjunto sistemático y ordenado de normas”³⁸. En otras palabras, para aquel entonces existían algunas leyes laborales pero no se podía hablar aún de un Derecho del Trabajo como disciplina jurídica.

No obstante, el siglo XIX será importante en la formación del Derecho Laboral por dos razones: en primer lugar porque es en esta época que se dan los presupuestos sociológicos para su nacimiento; y en segundo término, porque como ya hemos mencionado, se dictan las primeras leyes que regulan el trabajo humano.

En cuanto al primer punto, encontramos que la puesta en marcha de la sociedad industrial –fruto de la revolución industrial que también va a determinar el surgimiento del sistema de producción capitalista–, trajo como consecuencia una sobreoferta de mano de obra que condujo a la explotación de los trabajadores –especialmente de mujeres y niños– y que se tradujo en unas condiciones de trabajo deplorables: jornadas de trabajo excesivas, salarios bajos, ausencia absoluta de condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, entre otras³⁹.

Esta situación, que era auspiciada por la fuerte presencia del dogma de la autonomía de la voluntad propia del pensamiento liberal del momento –según el cual trabajadores y empresarios se encontraban en igualdad de condiciones para contratar y que implicaba la ausencia total de intervencionismo estatal en las relaciones laborales⁴⁰–; tuvo como respuesta que los trabajadores se organizaran en defensa de sus intereses, dando lugar al surgimiento del movimiento obrero.

³⁷ OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, pág. 31.

³⁸ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (coord.). *Dret del treball i de la seguretat social*. Madrid: Tecnos, 2000, pág. 19.

³⁹ *Ibidem*, pág. 15-19.

⁴⁰ ALONSO OLEA, Manuel. <La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno> EN: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid: Tecnos, 1980, pág.17.

La cuestión social se vio favorecida por las doctrinas sociales de la época que abogaban por remediar la situación de desamparo en que se encontraban los trabajadores⁴¹. Una de estas fue la doctrina social de la Iglesia Católica cuya mayor aportación fueron las encíclicas *Rerum novarum* y *Quadragesimo anno*, de los Papas León XIII y Pío XI respectivamente.

En la primera de ellas, la Iglesia critica el principio de la autonomía de la voluntad que permitía a las partes pactar libremente las condiciones de trabajo, ya que en la situación de debilidad en que se encontraba el obrero, se veía en la obligación de aceptar las condiciones que le impusiera el patrono sin importar lo desventajosas que fueran. De esta manera, justificaba la intervención estatal siempre que ello fuera necesario para evitar abusos hacia el trabajador o afectaciones a su dignidad⁴².

La encíclica *Quadragesimo Anno* se dictó 40 años después y en ella se reafirman los planteamientos de la *Rerum Novarum*, en especial los relativos al contrato de trabajo, a la existencia de un salario justo, la intervención del Estado en la economía y la necesidad de permitir a los trabajadores el derecho de asociación⁴³.

Producto de la combinación de las luchas obreras con las corrientes de pensamiento que las secundaban, se dictan desde la segunda mitad del siglo XIX las primeras normas relativas a la jornada de trabajo, los descansos, salario, trabajo de mujeres y menores, y protección frente a accidentes de trabajo⁴⁴.

La consolidación se da con la llegada del siglo XX y con la extensión de la acción protectora del Estado –en especial con la consideración del trabajador como sujeto colectivo–, particularmente con las primeras apariciones de normas laborales en los textos constitucionales, es decir, con la constitucionalización del Derecho del trabajo en su sentido prístino.

La Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la de Weimar de 1919, serán las pioneras del denominado constitucionalismo social, al proclamar una serie de derechos laborales de diverso contenido y que eran hasta ese momento inexistentes en los textos

⁴¹ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral. Tomo I*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1968, pág. 89-62.

⁴² CAVAZOS FLORES, Baltasar. *Mater et Magistra y la evolución del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964, pág. 12-19.

⁴³ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Derecho laboral colombiano: relaciones individuales*. 10ª ed. Bogotá: Legis Editores, 2004, pág. 25-26.

⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio V; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo. <La formación histórica del derecho del trabajo> EN: GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.). *Derecho del Trabajo*. 7ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, pág. 60.

constitucionales, ya que las constituciones del siglo XIX, en lo que a aspectos laborales se refiere, “no pasaban de un vago reconocimiento del derecho a la libertad de elección del trabajo”⁴⁵.

Es así como la Constitución de Querétaro, a través de su artículo 123, inserta una verdadera y completa regulación sobre condiciones de trabajo, incluso en aspectos que normalmente están deferidos al legislador⁴⁶. En efecto, el artículo 123 establecía una serie de “bases” que debía respetar tanto el legislador nacional como regional al momento de dictar las leyes del trabajo. Dentro de estas bases, se incluían aspectos como la jornada máxima de trabajo, trabajo de mujeres y menores de edad, descanso semanal, salario mínimo, entre otras.

En suma, este artículo consagraba unos derechos mínimos para los trabajadores que es donde radica precisamente su importancia: fue la primera vez que se pensó en hacer del Derecho del Trabajo un mínimo de garantías en beneficio de la clase obrera y, además, insertarlas en la Constitución para protegerlas del legislador ordinario⁴⁷.

De otro lado, la Constitución de Weimar “recogía una fórmula política compromisoria entre la burguesía y el proletariado, introduciendo una amplia relación de derechos sociales”⁴⁸, como la garantía de la libertad de asociación profesional, la adopción de una política de seguros sociales, la participación de los trabajadores en la administración de las empresas, o la proclamación de los derechos al trabajo o al descanso. De esta manera, la Constitución de Weimar se convierte en el “paradigma constitucional para los textos europeos y americanos de la [primera] posguerra mundial”⁴⁹.

La gran aportación de estas dos constituciones será entonces el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y la consideración del trabajo humano como

⁴⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 33ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, pág. 87.

⁴⁶ La inclusión de una regulación tan prolija acerca de las condiciones de trabajo, puede tener su explicación en el hecho de que la Constitución mexicana de 1917 es producto de una revolución política precedente, que se quiso convertir además en una revolución social mediante la inclusión de unos “mínimos” laborales en la Constitución. Es tan minuciosa la regulación del artículo 123 de la Constitución mexicana, que está compuesto de 31 numerales sólo para regular las relaciones de trabajo entre particulares; la de los funcionarios del Estado, ocupa 14 numerales más. En este sentido, ver DE BUEN, Néstor. <El artículo 123 de la Constitución mexicana y sus reformas> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 253-269.

⁴⁷ CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo. Tomo I*. 12ª ed. México: Editorial Porrúa, 1966, pág. 120.

⁴⁸ ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *Curso de Derecho del Trabajo I. La relación individual de trabajo*. Madrid: Tecnos, 2011, pág. 151.

⁴⁹ PALOMEQUE LÓPEZ; ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del...* pág. 106.

“nuevo centro de imputación normativa”; acogiendo unos principios de contenido social que se traducirán en la consagración expresa de la acción protectora del Estado sobre el trabajo⁵⁰.

Estos principios aparecerán en el constitucionalismo español con la expedición de la Constitución de la II República en 1931, ya que desde sus orígenes y hasta ese entonces, la alusión al trabajo que se encuentra en las Constituciones españolas es la propia del ideario liberal del momento, es decir, la libertad para escoger profesión u oficio⁵¹.

Es por esto que se puede afirmar que la Constitución de 1931 marca un punto de quiebre con respecto al ordenamiento existente, cuestión que se aprecia desde el mismo artículo 1º que proclamaba a España como una “República democrática de trabajadores de toda clase” y en el reconocimiento por primera vez del derecho a “sindicarse libremente”. Se incluyen también los derechos de emigración e inmigración, asistencia sanitaria y protección de la maternidad y la infancia, y establece la obligación para el Estado de legislar sobre seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte.

No obstante el significativo avance que representó la Constitución republicana en materia de derechos sociales, el inicio de la guerra civil y la instauración de la dictadura tras su finalización, impidieron la maduración del sistema de relaciones laborales previsto en aquella a pesar del gran número de leyes que se dictaron en desarrollo de sus mandatos.

El régimen dictatorial supone entonces un paréntesis en este proceso de constitucionalización del Derecho Laboral precisamente por la ausencia de derechos y garantías –incluso de un texto constitucional– propio de los regímenes de esta naturaleza.

El texto constitucional fue sustituido por las llamadas Leyes Fundamentales del régimen, dentro de las cuales se encontraba el Fuero del Trabajo expedido en 1938 y que sentó las bases para la futura regulación del sistema de relaciones laborales en la dictadura. Algunas de estas bases fueron el establecimiento del monopolio estatal en la expedición de normas laborales y la constitución del sindicalismo vertical.

Una vez terminada la dictadura y tras el periodo de transición a la democracia, España retoma la senda del constitucionalismo social con la expedición de la Constitución de 1978.

⁵⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo. <El trabajo en la Constitución (La experiencia española en el marco iberoamericano)> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 465.

⁵¹ *Ibíd*em, pág. 466.

Son diversas las disposiciones que dan cuenta de ello: la consagración de España como un Estado social y democrático de derecho (artículo 1º), la inclusión de la libertad sindical y el derecho de huelga como derechos fundamentales (artículo 28) –este último incluido por primera vez en un texto constitucional español–, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (artículo 37) –reconocido también por primera vez aunque sin carácter fundamental– y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de hacer efectivo el derecho de negociación (artículo 37).

En el modelo de relaciones laborales creado por la Constitución de 1978, siguiendo a Palomeque López⁵², juega un papel importante el reconocimiento de la libertad sindical y la negociación colectiva, rompiendo definitivamente con el modelo precedente de control estatal de la actividad sindical. Es así como señala que este nuevo sistema de relaciones de trabajo se construye sobre un triple fundamento:

- En primer lugar, el establecimiento de una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo, lo que trae como consecuencia el reconocimiento de la importancia institucional del conflicto de intereses. De aquí se deriva la definición constitucional de los sujetos colectivos habilitados para la defensa de sus intereses: sindicatos y asociaciones empresariales. También se extrae el reconocimiento del derecho de huelga, y en general del derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo, a través de los cuales se materializa el conflicto de intereses.
- En segundo término, el reconocimiento de la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios para la autorregulación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios.
- Finalmente, un redimensionamiento del papel intervencionista del Estado en las relaciones laborales: ya no regulará principalmente las condiciones de trabajo (para lo cual está la autonomía colectiva ya mencionada), sino que se encargará de la promoción de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución (artículo 9.1 CE especialmente aplicado al ámbito de las relaciones de trabajo) y de la “definición general del sistema institucional a través de la Constitución y su desarrollo legislativo”⁵³.

En suma, la dimensión social del Estado que trajo aparejada la Constitución de 1978 ha influido en el desenvolvimiento de las relaciones laborales de forma positiva, en la medida

⁵² PALOMEQUE LÓPEZ; ÁLVAREZ DE LA ROSA..., *Derecho del...* pág. 107-109.

⁵³ *Ibíd*em pág. 109.

en que parte esencial de aquella la constituye el trabajo y los trabajadores en sí mismos, quienes no solo jugaron un papel importante en el cambio de modelo estatal, sino que han sido los receptores de las consecuencias que dicho cambio ha comportado⁵⁴.

En lo que al ordenamiento colombiano se refiere, el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo comienza con la expedición de la Constitución de 1991. Hasta ese entonces se pueden encontrar algunos antecedentes más o menos importantes en algunas de las reformas hechas a la Constitución de 1886, sin que tales antecedentes nos permitan hablar de un verdadero constitucionalismo social antes de esa fecha.

En este sentido, la Constitución de 1886 sólo contenía una vaga referencia a la libertad de escoger profesión u oficio como sucedió con las constituciones españolas anteriores a la republicana⁵⁵. El antecedente más importante lo encontramos quizás con la reforma constitucional de 1936⁵⁶ que garantizaba el ejercicio del Derecho de Huelga, introduciendo desde entonces como excepción su ejercicio en los servicios públicos. También permitía la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas con el fin de dar al trabajador “la justa protección” a que tenía derecho; cláusula que desapareció con la reforma de 1968⁵⁷, seguramente por la consolidación que para ese entonces ya había logrado la legislación laboral.

La Constitución de 1991 cambia por completo este panorama introduciendo a Colombia en el denominado constitucionalismo social. La dimensión del cambio constitucional se vislumbra desde el preámbulo –en el que se incluye el trabajo como uno de los valores

⁵⁴ GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.). *Derecho del Trabajo*. 8ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2014. La cita es de la primera edición de 2001, pág. 55.

⁵⁵ A nivel legal el panorama no era muy diferente: no fue sino hasta principios del siglo XX cuando se empezaron a dictar algunas normas de contenido laboral que iban dirigidas a grupos determinados, por ejemplo a reconocer pensiones a maestros o magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La más importante dictada en la época fue la ley 57 de 1915 sobre accidentes de trabajo. En 1934 se expide la ley de contrato de trabajo que contenía una regulación mínima de las condiciones de este tipo de contratos, pero sólo hasta 1950 se expide el Código Sustantivo del Trabajo con lo que se crea un cuerpo sistemático de regulación de las relaciones laborales de carácter particular.

⁵⁶ Dos antecedentes posteriores los encontramos en las reformas constitucionales de 1940 y 1945, que defirieron al legislador la tarea de crear una jurisdicción especializada en asuntos del trabajo. Aunque en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo el aporte de estas reformas fue menor, si tuvieron una indudable importancia en el proceso de consolidación del Derecho del Trabajo en Colombia.

⁵⁷ Textos consultados en URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985.

esenciales del ordenamiento— y el artículo 1° que declara que Colombia se constituye en un Estado social de derecho “fundado en el respeto de la dignidad humana y en el trabajo”.

La inclusión del valor del trabajo en el preámbulo de la Constitución no es una cuestión baladí si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado el carácter vinculante de dicho preámbulo, dotándolo de eficacia jurídica. El preámbulo expresa los principios en que se fundamenta el nuevo orden constitucional, así como los valores esenciales que inspiran dicho orden y que el Estado aspira a realizar. De esta manera, el preámbulo sirve de guía para interpretar las demás disposiciones constitucionales, constituye el sustento del orden político instaurado por el constituyente y su contravención implica una violación de la Constitución; por ende, todo el ordenamiento infraconstitucional está obligado a respetarlo⁵⁸.

Así las cosas, el trabajo pasa a ocupar un papel preponderante en el nuevo panorama constitucional, donde se consagra como uno de los pilares fundantes del Estado y adquiere la doble condición de derecho fundamental y “obligación social” que goza de la especial protección de aquel.

El trabajo se presenta entonces como “una tentativa de dignificar el valor que representa, no con referencias incidentales, sino con contenido sustancial”⁵⁹ dentro del texto constitucional. Se pasa de un estadio en el que prácticamente se omite cualquier referencia al trabajo —salvo su consagración como obligación social con la reforma de 1936—, a convertirse en derecho fundamental y pilar sobre el que se asienta el Estado social de derecho.

En esta línea, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia del trabajo, señalando que

“La Constitución es un sistema portador de valores y principios materiales. En su “suelo axiológico” se encuentra el valor del trabajo, que según el Preámbulo de la Carta fundamental se debe asegurar a los integrantes de la sociedad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. Por ello el Constituyente le otorgó al trabajo el carácter de principio informador del Estado Social de Derecho, al considerarlo como uno de sus fundamentos, al lado de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que integran la sociedad y la prevalencia del interés general (artículo 1° de la Constitución). La persona es el sujeto de la Constitución y, como condición de la dignidad humana, la Carta es portadora de derechos y deberes (Título II). El trabajo es justamente uno de ellos (artículo 25), con un carácter de derecho-deber y, como todo el trípico

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-542 del 30 de junio de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁹ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. <El Derecho Laboral en la Constitución Nacional colombiana> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 122.

económico de la Carta -propiedad (art. 58), trabajo (art. 25), empresa (art. 333)-, cumple una función social”⁶⁰.

Yendo más allá de la proclamación de un deber general de protección a todas las formas de trabajo (artículo 25 de la Const. Col.) y de la consagración del Derecho al Trabajo como derecho fundamental, la Constitución consagra en su artículo 53⁶¹ una serie de principios “mínimos fundamentales” que deben informar la actividad del legislador, quien queda obligado por mandato de este artículo a expedir un estatuto del trabajo.

Este artículo 53 de la Constitución, reviste una importancia capital en el ordenamiento jurídico laboral colombiano por las siguientes razones: en primer lugar, porque implica la consagración definitiva de algunos de los principios que de antaño sustentan el Derecho del Trabajo en Colombia, consagración que se observa en el hecho de haber adquirido rango constitucional con las consecuentes garantías que ello comporta⁶².

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-441 del 3 de julio de 1992, MP.: Alejandro Martínez Caballero. Las discusiones acerca del papel del trabajo en la Constitución de 1991 marcaron el debate en el proceso de elaboración del nuevo texto constitucional; de manera que “cuando ante la Asamblea Nacional Constituyente fue presentado el proyecto de lo que es hoy el artículo 25 de la Carta Política, extendiendo la protección especial del Estado a todas las manifestaciones del trabajo y ampliando la visión del artículo 17 de la Constitución anterior, los Constituyentes Guillermo Perry, Horacio Serpa y Eduardo Verano subrayaban: ‘No se trata, como pudiera pensarse con ligereza, de un simple retoque cosmético o terminológico. Se pretende señalar un rumbo inequívoco y fundamental para la constitución de una nueva legitimidad para la convivencia democrática, que debe nutrir el espíritu de la estructura toda de la nueva Carta. En estas condiciones, el trabajo se eleva a rango de postulado ético-político necesario para la interpretación de la acción estatal y de los demás derechos y deberes incluidos en la Carta, así como factor indispensable de integración social”. Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, MP.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶¹ “ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

⁶² Dentro de este grupo podemos citar el principio de igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad de derechos, norma más favorable y primacía de la realidad sobre las formas.

En segundo término porque introduce en nuestro ordenamiento otros principios que anteriormente no estaban recogidos en la legislación nacional y cuyo ingreso se da directamente a la cúspide del ordenamiento jurídico que es la Constitución⁶³.

Por último, el artículo 53 constituye una de las más claras manifestaciones de la constitucionalización del Derecho del Trabajo en nuestro país, ya que los principios en él contenidos son de aplicación inmediata y por tanto no se puede invocar la falta de expedición del estatuto del trabajo como causa de su desconocimiento o imposibilidad de protección judicial⁶⁴.

El ámbito colectivo de las relaciones de trabajo también ha sido permeado por la constitucionalización del Derecho Laboral. Ya no se trata sólo del reconocimiento del derecho de huelga en el texto constitucional (como ocurrió con la reforma de 1936 mencionada anteriormente), sino de un redimensionamiento de su naturaleza jurídica por una parte, y por la otra, del reconocimiento expreso del derecho de asociación sindical y de negociación colectiva. Veamos cada uno de estos aspectos.

En primer lugar, se mantiene la consagración expresa del derecho de huelga con la novedad que ahora su limitación será en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Varía también su naturaleza jurídica ya que puede llegar a ser un derecho fundamental, pero no por disposición expresa de la Constitución, sino porque así lo ha determinado por vía interpretativa la Corte Constitucional.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en España (artículo 28.2 CE), en Colombia el derecho de huelga no se encuentra ubicado dentro del capítulo de derechos fundamentales en la Constitución; sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho que puede adquirir tal carácter aplicando la teoría de la conexidad, es decir, el derecho de huelga será

⁶³ A esta categoría pertenecen el salario mínimo, vital y móvil; el in dubio pro operario y la condición más beneficiosa.

⁶⁴ “Estos principios son mínimos en el sentido de que constituyen presupuesto necesario y obligatorio de las normas que el Congreso apruebe al expedir el estatuto del trabajo y, por tanto, ya hacen parte del ordenamiento jurídico en su base misma -la Constitución-, de tal manera que, aun no estando incluidos los artículos 25 y 53 dentro de la enumeración de los derechos de aplicación inmediata (artículo 85 C.N.), por ser principios mínimos de naturaleza constitucional, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia. Por consiguiente, no es factible argüir la ausencia de un estatuto legal que desarrolle tales principios para desconocerlos, ya que imperan por directo ministerio de la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, MP.: José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en la C-1064 del 10 de octubre de 2001, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

fundamental cuando esté en íntima conexión con otro derecho que si sea fundamental (como el derecho al trabajo o el de asociación sindical)⁶⁵.

Por su parte, los derechos de asociación sindical y negociación colectiva encuentran por primera vez consagración constitucional a partir de 1991. En la Constitución anterior, sólo se consagraba el derecho de asociación con carácter general, artículo sobre el que encontraba sustento el de asociación sindical. Se trata además de un derecho fundamental autónomo, es decir, que no requiere estar en conexión con otro para tener tal carácter como si sucede con el derecho de huelga.

Respecto del derecho de negociación colectiva, encontramos que no es un derecho fundamental *prima facie*; sin embargo, puede llegar a serlo “cuando su desconocimiento implica la vulneración o amenaza de los derechos al trabajo o de asociación sindical”⁶⁶, de la misma forma en que sucede con el derecho de huelga.

Las repercusiones que sobre el ordenamiento jurídico-laboral ha tenido el proceso de constitucionalización del derecho en esta primera vertiente son trascendentales: en primer término, las disposiciones de carácter laboral insertadas en el texto constitucional condicionan la actividad del legislador, en tanto el respeto de estas normas impone un límite material al contenido de las leyes; y en segundo lugar, al incluir unos derechos a los cuales se les otorga la naturaleza de fundamentales, se amplía el campo de protección de aquellos ya que ahora podrán ser amparados por los mecanismos constitucionales de protección de estos derechos.

No en vano Montoya Melgar sostiene que “el Derecho del Trabajo alcanza su definitiva consolidación cuando adquiere rango constitucional, esto es, cuando los derechos y deberes laborales básicos acceden a la parte dogmática de las Constituciones, reconociéndose de este modo su capital importancia para el orden político”⁶⁷.

3.2. La recepción y aplicación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo: los derechos laborales inespecíficos

La recepción de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es consecuencia de la aparición y posterior aplicación de la doctrina del efecto horizontal de los derechos

⁶⁵ Sobre la teoría de la conexidad volveremos cuando hablemos de los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano. Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de huelga, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-432 de 1996, C-201 de 2002, C-466 de 2008, C-349 de 2009 y C-122 de 2012.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-280 del 18 de abril de 2007, MP.: Humberto Sierra Porto.

⁶⁷ MONTOYA MELGAR..., *Derecho del...* pág. 87.

fundamentales o *drittwirkung*, cuestión a la que dedicaremos un capítulo más adelante por ocupar un lugar central en el desarrollo del presente trabajo.

Aunque la doctrina es pacífica en señalar la inserción de normas laborales en las constituciones como una manifestación de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, algunos autores⁶⁸ plantean que la verdadera constitucionalización se da en el momento en que se reconocen los derechos fundamentales del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo; principalmente los denominados derechos laborales inespecíficos, si bien también se incluyen los de contenido típicamente laboral.

No obstante la importancia que este reconocimiento reviste, debe señalarse que la recepción de estos derechos en el contrato de trabajo fue un poco tardía. Las causas principales de esta desconexión entre derechos fundamentales y contrato, siguiendo a Ugarte Cataldo, estribarían en que por un lado, la fuerte distinción entre derecho público y privado que era tan importante para la ciencia jurídica de comienzos de siglo, encasilló el contrato de trabajo y toda su regulación en el campo del derecho privado; y por otro, que “la radical distancia entre el prototipo ideológico sobre el que se construirá la regulación jurídica del contrato de trabajo –el obrero industrial– con el de los derechos fundamentales –el burgués liberal–”, dificultaría aún más el acercamiento entre las dos instituciones⁶⁹.

El panorama comienza a cambiar con la aparición de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o *drittwirkung*, que reconoce la aplicación de estos derechos a las relaciones entre particulares, entre ellas evidentemente, el contrato de trabajo.

En este aspecto particularmente y desde los primeros años de vida de la Constitución española, el profesor Alonso Olea⁷⁰ hablaba de la versión laboral de los derechos fundamentales, para indicar que, aparte de los estrictamente laborales (libertad sindical y huelga), la gran mayoría de los derechos de esta naturaleza tenían su vertiente laboral en el sentido que su ejercicio puede tener lugar dentro de las relaciones de trabajo; configurándose así lo que él denominaba un Derecho Constitucional del Trabajo.

⁶⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RUBIO SÁNCHEZ, Francisco. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pág. 36 y CASAS BAAMONDE, María Emilia. <¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?>. *Relaciones laborales*. 2004, núm. 1, pág. 129.

⁶⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. <La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales>. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Julio-diciembre 2008, Núm.7, pág. 250.

⁷⁰ ALONSO OLEA, Manuel. *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1990, pág. 28-29.

Se empieza a hablar de los derechos laborales inespecíficos –siguiendo la terminología acuñada por Palomeque López⁷¹–, es decir, aquellos “atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer”⁷².

Por decirlo de otra manera, se trata de derechos cuya titularidad recae en cualquier ciudadano en su condición de tal, es decir, son derechos que se reconocen a los ciudadanos en general y no a los trabajadores propiamente dichos. Lo que sucede es que el ejercicio de estos derechos en la ejecución de un contrato de trabajo, dadas las particularidades en que se desarrolla esta relación, los convierte también en derechos laborales.

Ya el Tribunal Constitucional ha sostenido de tiempo atrás⁷³, que la condición de trabajador no implica en modo alguno la privación para aquel de los derechos fundamentales que la Constitución le otorga como ciudadano; por tanto, sus derechos no pueden ser objeto de limitaciones injustificadas precisamente por el valor que estos tienen en el sistema jurídico constitucional.

La importancia de esta laborización de los derechos fundamentales radica en la propia esencia del contrato de trabajo que le otorga una relevancia particular a la persona del trabajador, con la consecuente y necesaria limitación de los poderes del empresario⁷⁴. En efecto, y siendo el objeto del contrato la prestación personal de un servicio y, entendiendo que la persona del trabajador está “intrínsecamente implicada en el intercambio contractual”, se debe dotar a ese trabajador de las máximas garantías que impidan que se vea menoscabada su dignidad como persona a través del respeto a sus derechos fundamentales, razón que permite sostener que el contrato de trabajo está “constitucionalmente condicionado”, precisamente por el respeto a tales derechos⁷⁵.

⁷¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 31-34.

⁷² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. <Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 229.

⁷³ STC 88/1985, de 19 de Julio [RTC 1985, 88].

⁷⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pág. 25.

⁷⁵ REY GAUNTER, Salvador del. <Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional> EN: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (coord.). *Constitución y derecho*

Como lo señala Rodríguez-Piñero⁷⁶, “en el contrato de trabajo se ponen en juego la persona del trabajador, su libertad y su dignidad”, por tanto, sus derechos fundamentales “han de protegerse frente a peligros o intrusiones provenientes del medio empresarial”.

Y es que no se puede perder de vista que en el mundo actual, en el desarrollo del contrato de trabajo, son diversas las circunstancias que ponen en franca desventaja al trabajador frente a una potencial vulneración de sus derechos fundamentales: la ampliación de los poderes empresariales como consecuencia de las necesidades de flexibilización o de las nuevas formas de organización del trabajo⁷⁷, el cada vez más frecuente uso de las nuevas tecnologías en la empresa con el riesgo que ello representa –especialmente para la intimidad del trabajador– y, en general, la desigual posición en la que se encuentra el trabajador frente al empresario. Todas estas circunstancias, derivadas de la propia dinámica en que se desenvuelven las relaciones de trabajo, acentúan el riesgo de violación de los derechos fundamentales de aquel⁷⁸.

Así, pues, la recepción de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo comporta una “reconstrucción constitucional de la relación contractual”, al ser impregnada por los valores y principios constitucionales⁷⁹ cuyo respeto se impone de esa manera al empresario.

3.3. La reinterpretación del ordenamiento laboral y el cambio en el sistema de fuentes.

En esta última manifestación de la constitucionalización del Derecho del Trabajo se engloban dos aspectos, que aunque independientes entre sí en la medida en que cada uno tiene unas características propias que lo diferencian del otro, están íntimamente relacionados por derivarse del mismo fenómeno.

del trabajo: 1981-1991. Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1991, pág. 32.

⁷⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 207.

⁷⁷ RIVERO LAMAS, Juan. <Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea.* Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág.492.

⁷⁸ ORTÍZ LALLANA, Carmen. <Derechos fundamentales y relación laboral>. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.* 1998, núm. 13, pág. 19.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO..., <La integración de los derechos...> pág. 217.

La primera cuestión –la relativa a la nueva interpretación del Derecho Laboral– se deriva del reconocimiento del valor normativo de la Constitución, lo que a su vez requiere de la existencia de un Tribunal Constitucional que garantice esta eficacia normativa como quedó expuesto. Por su parte, el segundo aspecto –el cambio en el sistema de fuentes– también deriva del poder normativo de la Constitución que le confiere fuerza vinculante a las decisiones del Tribunal Constitucional como pasaremos a ver.

Aunque de manera general se puede afirmar que ambos fenómenos están presentes tanto en el ordenamiento colombiano como en el español, la forma en que han tenido lugar y la intensidad con que se han dado varían de un sistema a otro; en especial lo relacionado con el sistema de fuentes ya que el cambio ha tenido una mayor repercusión en el derecho colombiano.

3.3.1. La interpretación constitucional del Derecho del Trabajo

La irradiación constitucional del ordenamiento jurídico laboral, con la consecuente impregnación de sus normas por las normas superiores, ha traído como consecuencia un nuevo entendimiento de esta disciplina jurídica o, si se quiere, una reinterpretación de sus disposiciones a la luz de los preceptos constitucionales, no sólo de aquellos de contenido estrictamente laboral, sino de todo el texto constitucional.

En efecto, la existencia de disposiciones de contenido laboral en la Constitución vincula al legislador, quien estará obligado al respeto de tales disposiciones en el ejercicio de la actividad legislativa, esto es, que el contenido de las leyes laborales debe ser respetuoso del texto constitucional. Esta obligación aparece aún más clara cuando existe un mandato específico dirigido al legislador, como en el caso colombiano, de expedir un estatuto del trabajo en el que se tengan en cuenta una serie de principios mínimos enunciados en la propia Constitución.

De otra parte, el legislador queda también vinculado por el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores tanto específicos como inespecíficos, de manera que la producción legislativa deberá ser también respetuosa del contenido esencial de estos derechos. Lo anterior es así porque “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que,

por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”⁸⁰.

Pero quizás el escenario en el que se observa con mayor claridad –y también con más fuerza– el condicionamiento de la legislación laboral por la Constitución, es en la jurisprudencia constitucional y en la labor interpretativa de los tribunales constitucionales. La jurisprudencia constitucional es la encargada de señalar los “valores, principios y objetivos” a los que deben responder las normas laborales, favoreciendo la interpretación constitucional del Derecho del Trabajo⁸¹. La Constitución cobra vida a través de la aplicación e interpretación que de sus textos realiza el Tribunal Constitucional quien es su intérprete autorizado y frente a la cual, quedan obligados los jueces y tribunales ordinarios.

Ahora bien, no solo la labor interpretativa de los tribunales constitucionales contribuyen a realizar esta nueva lectura del Derecho Laboral, ya que la constitucionalización del Derecho del Trabajo y la eficacia normativa de la Constitución, hacen necesaria la interpretación de las normas laborales conforme al texto constitucional, operando entonces “un redimensionamiento general y particular de esta disciplina para situarla en un plano armónico con la Constitución”⁸².

De esta manera, tanto la interpretación de la ley laboral, como la solución de las controversias por parte de los jueces ordinarios, deben realizarse de la forma en que más se acomoden al contenido de los derechos fundamentales y del texto constitucional en general. Una interpretación que no sea favorable a los derechos fundamentales por parte de jueces y tribunales ordinarios, sería lesiva del derecho fundamental de que se trate⁸³ y por tanto, de la Constitución misma.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana en amplia jurisprudencia ha señalado la obligación de los jueces de aplicar el principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual

⁸⁰ STC 53/1985 de 11 de abril, [RTC 1985, 53].

⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo > EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág.535.

⁸² VICENTE PACHÉS, Fernando de. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998, pág. 29.

⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO..., <Derechos fundamentales del..., pág. 544.

“los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto”⁸⁴.

Como consecuencia de lo anterior, una interpretación legal que antes podía ser válida o, una posible solución a un caso concreto que se reputaba legítima por ser conforme al ordenamiento legal vigente, pierde validez o deviene en ilegítima respectivamente, si se aplica el filtro constitucional.

De esta manera, ocurre también un redimensionamiento del papel del juez laboral en la aplicación del derecho y en la resolución de las controversias que se sometan a su conocimiento, todo porque la Constitución pasa a ser norma de referencia obligada para la solución de los casos.

Esta aplicación obligatoria de la Constitución puede darse por varias formas: en primer lugar, a través de la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional cuyas resoluciones devienen en obligatorias para los jueces ordinarios conforme lo estipula el artículo 5.1 de la LOPJ. En segundo lugar, por la obligación que se radica en los jueces ordinarios de plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando duden acerca de la concordancia de la ley con la Constitución o de aplicar el principio de interpretación conforme. Y por último, por la necesidad de utilizar como instrumento hermenéutico los principios y valores constitucionales, más allá de una eventual duda acerca de la constitucionalidad de la ley⁸⁵ como quedó visto.

En el ordenamiento colombiano se pueden hacer análogas consideraciones: los jueces están vinculados a la doctrina constitucional sentada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, bien sea producto del control de constitucionalidad de las leyes o en procesos de revisión de acciones de tutela; quedando por tanto obligados a aplicar dicha doctrina. Adicional a lo anterior, en caso de considerar que una norma es inconstitucional, están obligados a inaplicarla en virtud de la excepción de inconstitucionalidad consagrada

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1026 del 26 de septiembre de 2001, MP.: Eduardo Montealegre Lynett. Sobre este punto, ver también las sentencias T-055 del 21 de enero de 2005, MP.: Jaime Araujo Rentería; T-191 del 20 de marzo de 2009, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva; C-878 del 22 de noviembre de 2011, MP.: Juan Carlos Henao Pérez; entre otras.

⁸⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO..., <Justicia constitucional y..., pág. 443.

en el artículo 4° de la Constitución. Finalmente y como quedó expuesto *supra*, también se encuentran obligados a interpretar las leyes de conformidad con la Constitución, de manera que la aplicación de la ley así interpretada supone una aplicación de la propia Constitución.

En síntesis, la reinterpretación del ordenamiento laboral puede darse por dos vías: por la lectura que de estas normas hacen los tribunales constitucionales a través de las sentencias dictadas en procesos de constitucionalidad o de protección de derechos fundamentales, o por la aplicación del principio de interpretación conforme que hagan los jueces ordinarios.

Del primer supuesto traemos a colación un ejemplo hartamente conocido en la doctrina colombiana y que nos servirá para ilustrar la forma en que ha tenido lugar la relectura de las normas laborales. Es el referido a la protección que se otorga a la mujer embarazada frente al despido.

El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), establece la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto sin la previa autorización del Inspector del Trabajo, ante quien se deberá demostrar la existencia de una justa causa para despedir. Si el despido se produce sin dicha autorización, la ley presume que fue por motivos de embarazo y obliga al empleador al pago de la indemnización por despido sin justa causa, de una indemnización adicional equivalente a 60 días de salario y al pago de la licencia de maternidad si la trabajadora no la hubiera disfrutado ya.

Pues bien, la Corte Constitucional ha establecido que el empleador no se libera con el pago de las sumas antedichas, por tanto, el despido que se realiza contraviniendo lo establecido en dicho artículo, no produce efecto alguno y queda el empleador obligado a reintegrar a la trabajadora a su puesto de trabajo⁸⁶. Este reintegro puede solicitarse por medio de la acción de tutela siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional⁸⁷ y para que sea procedente la protección resulta intrascendente que el empleador conociera o no el estado de embarazo de la trabajadora⁸⁸.

La Corte entendió que debido a la obligación de protección especial a la mujer embarazada y la maternidad que radica en cabeza del Estado por mandato de la Constitución (artículos 43 y 53), la protección que brindaba el artículo 239 del CST era insuficiente en tanto se

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, MP.: Alexei Julio Estrada.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

limitaba al pago de unas indemnizaciones. La lectura constitucional de esta disposición es entonces, que el despido así efectuado no produce efecto alguno por ser violatorio de la Constitución ya que entraña una discriminación en razón de sexo proscrita por el texto constitucional.

3.3.2. Modificación de las fuentes del derecho

El reconocimiento del valor normativo y de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento, también ha traído como consecuencia un cambio sustancial en el sistema de fuentes del Derecho Laboral, especialmente en el derecho colombiano. Por esta razón la mayor parte de este apartado lo dedicaremos al cambio operado en este ordenamiento.

Sea lo primero dejar establecido que esta modificación en el Derecho Laboral colombiano se ha dado por dos vías principalmente: la obligatoriedad del precedente constitucional y la creación del bloque de constitucionalidad en materia laboral. En el derecho español por su parte, solo podemos hablar de la vinculación al precedente constitucional, ya que el bloque de constitucionalidad en España tiene un contenido y alcance diferente como lo veremos en su momento.

3.3.2.1. El precedente constitucional

Aunque hablar de precedente en los países de tradición jurídica romano-germánica puede resultar extraño, no cabe duda que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional para el resto de operadores jurídicos implica la introducción en nuestros ordenamientos de una institución más o menos parecida al *stare decisis* propio de los sistemas del *common law*.

La vinculación de los jueces ordinarios al precedente constitucional es necesaria para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema, pero sobre todo para que pueda hacerse efectiva la supremacía de la Constitución sobre el resto del orden jurídico.

En España esta vinculación se da por disposición expresa del legislador al regular los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. En este sentido, los artículos 5.1 LOPJ, 38.1 y 40.2 LOTC señalan que los jueces y tribunales aplicarán e interpretarán la ley conforme a la interpretación que de la misma haya hecho el Tribunal Constitucional (artículo 5.1 LOPJ), que las sentencias de dicho tribunal tienen el valor de cosa juzgada y que producen plenos efectos frente a todos (artículo 38.1 LOTC) y que la jurisprudencia de los tribunales se entiende corregida por la doctrina del TC (artículo 40.2 LOTC).

Las previsiones legales sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en España, marcan una diferencia sustancial con la forma en que se ha llegado al

reconocimiento del efecto vinculante del precedente en Colombia. En el ordenamiento colombiano este reconocimiento se ha dado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que los intentos para hacerlo mediante disposición legal, encontraron reticencias incluso dentro de la misma Corte. Nos ocuparemos en detalle de esta evolución.

La Constitución de 1991 estableció en su artículo 243⁸⁹ que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Salvo esta disposición, no existe ninguna otra en la Constitución que permita fundamentar de forma más o menos clara la obligatoriedad del precedente constitucional. Por el contrario, el artículo 230⁹⁰ constitucional establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos “al imperio de la ley” y atribuye a la jurisprudencia el papel de “criterio auxiliar” de la actividad judicial.

A nivel legal, en el Decreto 2067 de 1991, por medio del cual se regula el procedimiento a seguir en los procesos de competencia de la Corte Constitucional, se quiso dotar de fuerza vinculante a las decisiones de la Corte al establecer que sus sentencias eran de “obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares” (artículo 21) y que la “doctrina constitucional” en ellas contenida, era “criterio auxiliar obligatorio para las autoridades” (artículo 23).

Dentro de este contexto se abre paso la discusión acerca de la fuerza vinculante del precedente constitucional, encontrando una fuerte oposición entre quienes consideraban que era la propia Constitución la que impedía considerar la obligatoriedad del precedente, ya que según el artículo 230 la jurisprudencia no pasa de ser un mero criterio auxiliar de la actividad judicial.

El reconocimiento por parte de la Corte Constitucional del carácter obligatorio de su jurisprudencia encuentra sus primeros antecedentes en las sentencias C-113⁹¹ y C-131⁹² ambas de 1993. En la C-113 la Corte declara inconstitucionales varios artículos del Decreto

⁸⁹ Artículo 243 de la Constitución colombiana: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

⁹⁰ Artículo 230 de la Constitución colombiana: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993, MP.: Jorge Arango Mejía.

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-131 del 1 de abril de 1993, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

2067 de 1991 que señalaban los efectos de sus sentencias. El argumento fue que la Corte es la única competente para determinar dichos efectos. Por su parte, en la sentencia C-131, la Corte declaró inconstitucional el carácter obligatorio que el artículo 23 del Decreto 2067 le otorgó a la doctrina constitucional emanada de sus sentencias.

Aunque pueda sonar paradójico que la doctrina sobre la obligatoriedad del precedente encuentre sus primeros fundamentos en la sentencia que declara inconstitucional la norma que le otorgaba tal carácter, el argumento de la inconstitucionalidad no fue la contradicción de la figura en sí misma con la Constitución. El argumento central es el mismo que ya había usado en la C-113 de 1993: la incompetencia del Congreso para determinar los efectos de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, ya que tal facultad le corresponde de forma exclusiva a la propia Corte según se desprende del artículo 241 de la Constitución.

Sobre la obligatoriedad de sus sentencias, dijo que esta emanaba de la fuerza de cosa juzgada constitucional con la que las dotaba la propia Constitución, lo que implica que producen efectos *erga omnes* frente a las autoridades y frente a particulares. Adicionalmente, señaló que dicha obligatoriedad se predicaba tanto de la parte resolutive de la sentencia, como de “los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos”⁹³, es decir, la *ratio decidendi* de la sentencia.

En esta sentencia la Corte fundamenta la fuerza vinculante de la doctrina constitucional en el concepto de cosa juzgada, distinguiendo para este efecto entre cosa juzgada explícita – la parte resolutive de la sentencia- y cosa juzgada implícita, que vendría siendo la *ratio decidendi* de la sentencia o en otras palabras, los argumentos contenidos en la parte motiva que guardan un nexo causal con la decisión adoptada y que constituyen su fundamento.

En síntesis, a pesar de haber declarado la inconstitucionalidad de la expresión “obligatoria” contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, para la Corte Constitucional lo que contrariaba la carta política no era la señalada obligatoriedad de sus sentencias, sino la vía por la que se llegó a ella: por determinación del legislador extraordinario.

A partir de aquí comienza la evolución⁹⁴ de la jurisprudencia constitucional en la que paso a paso se va abriendo camino al reconocimiento de la fuerza vinculante de las decisiones

⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-131 del 1 de abril de 1993, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁴ Un análisis detallado acerca de esta evolución y de la fundamentación de la obligatoriedad del precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede encontrar en BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 149-

de la Corte Constitucional. Así, en la sentencia C-083 de 1995⁹⁵, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la Ley 153 de 1887⁹⁶, la Corte hace una distinción entre doctrina constitucional integradora e interpretativa. La primera tiene lugar cuando se presentan lagunas en el derecho y está dirigida a dotar de plenitud el ordenamiento. La segunda por su parte, lo que hace es fijar el alcance de una disposición constitucional en caso de duda.

Para la Corte, la doctrina constitucional integradora tiene carácter obligatorio ya que, dada la generalidad de las disposiciones constitucionales, su aplicación debe hacerse a través de la lectura que de las mismas haya hecho su intérprete autorizado que es la Corte Constitucional. De esta manera, lo que en estricto sentido se estaría aplicando es la Constitución misma por medio de las sentencias de la Corte.

La doctrina constitucional interpretativa en cambio, no tiene efectos vinculantes sino que sirve de pauta o guía en la actividad judicial, con lo que deja a salvo la Corte la aparente contradicción con el artículo 230 de la Constitución antes citado que le otorga valor de criterio auxiliar.

A partir de 1995 comienza entonces el proceso de consolidación de la doctrina sobre la obligatoriedad del precedente constitucional⁹⁷. Particular importancia dentro de esta consolidación tiene la sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se estudia la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ).

El artículo 48 de esta ley establecía que “sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República, tiene carácter obligatorio general”. La Corte declaró inconstitucionales las expresiones *sólo* y *Congreso de la República*, al entender que la interpretación que ella hace, también tiene carácter obligatorio general.

En esta sentencia la Corte confirma la fuerza vinculante del precedente constitucional, definiéndolo como

191 y LÓPEZ MEDINA, Diego. <El valor del precedente constitucional> EN: BARRETO, Antonio; CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (Coords.). *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, pág. 123-146.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁶ Artículo 8° de la Ley 153 de 1887: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

⁹⁷ Cfr. BERNAL PULIDO..., *El derecho de los...*, pág. 163.

“los conceptos consignados en esta parte [la motiva] que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”⁹⁸.

Dentro de este proceso evolutivo se debe destacar, que en sus primeros pronunciamientos la Corte había hecho su análisis respecto de las sentencias de constitucionalidad, pero nada había dicho sobre los efectos de las sentencias de tutela⁹⁹ que por la propia naturaleza del proceso en que se dictan, están llamadas a producir efectos *inter-partes*¹⁰⁰.

Así las cosas, en la sentencia T-260 de 1995¹⁰¹, la Corte señaló que el papel que cumple como juez de tutela es el de precisar el alcance de los derechos fundamentales y unificar los criterios de interpretación y aplicación de las normas constitucionales, razón por la cual, lo dicho por ella en las sentencias de tutela, constituye doctrina constitucional obligatoria en los términos de la sentencia C-083 de 1995.

Esta postura fue posteriormente ratificada por la Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 2006 donde dijo que “la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela de la Corporación también vinculan a los jueces ordinarios en sus providencias judiciales pues, para no desconocer la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales se hace necesario seguir los lineamientos que la Corte Constitucional, como intérprete de la Carta, le ha dado a través del carácter objetivo o unificador de la tutela en sede de revisión”¹⁰².

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia, también ha llevado a la Corte Constitucional a ampliar los fundamentos que le sirven de base para predicar la fuerza vinculante del precedente. Al concepto de cosa juzgada que ya mencionamos, agrega principalmente el respeto al principio de igualdad (artículo 13 Const. Col.), al debido proceso

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹⁹ La Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, puede dictar sentencias denominadas de constitucionalidad cuando se emiten en procesos de control de constitucionalidad y las sentencias de tutela, que dicta en ejercicio de la facultad de revisión de las sentencias dictadas por los jueces inferiores en los procedimientos de protección de derechos fundamentales (acción de tutela).

¹⁰⁰ Esta afirmación debe ser matizada. Como en una sentencia de tutela lo que se decide es la alegada violación de un derecho fundamental, en principio, esta decisión sólo está llamada a producir efectos entre las partes del proceso. Sin embargo, la Corte Constitucional en algunas ocasiones ha reconocido efectos *inter pares* (extensión de sus efectos a casos semejantes) o efectos *inter communis* (extensión a una comunidad determinada por unas características muy específicas) a sus sentencias. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-493 del 13 de mayo de 2005, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-260 del 20 de junio de 1995, MP.: José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-254 del 30 de marzo de 2006, MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

(artículo 29 Const. Col.), a la confianza legítima (artículo 84 Const. Col.) y la necesidad de mantener la seguridad jurídica¹⁰³.

En efecto, para la Corte, la inobservancia del precedente rompe el principio de igualdad en tanto implicaría que dos casos similares se resolvieran de forma distinta. Por tanto, el acceso a la justicia de forma igualitaria implica “no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares”¹⁰⁴.

Por su parte, la confianza legítima y la seguridad jurídica se verían comprometidas ya que, en palabras de la Corte, “si se quiere que [las normas] gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles”¹⁰⁵. En otros términos, los ciudadanos deben tener la confianza que al acudir al aparato judicial, encontrarán la misma respuesta que el Estado, a través de los jueces, le han dado a casos similares en el pasado.

Recapitulando, en el ordenamiento jurídico colombiano el precedente constitucional tiene fuerza vinculante para el resto de operadores jurídicos, así como para los particulares y las demás autoridades públicas. Dicho precedente está constituido por: i) la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad, es decir, “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”¹⁰⁶ y, iii) la *ratio decidendi* de las sentencias dictadas por la Corte en ejercicio de la facultad de revisión de las sentencias de tutela.

Esta obligatoriedad del precedente constitucional, se deriva de¹⁰⁷:

- i) **la fuerza vinculante de la Constitución** y su supremacía dentro del orden jurídico, en virtud de la cual tanto las autoridades públicas como los particulares quedan obligados por el texto constitucional.
- ii) **el lugar institucional que ocupa la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución**, lo que la convierte en

¹⁰³ Reiterados recientemente en la sentencia T-270 del 9 de mayo de 2013, MP.: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Argumentos sintetizados por la Corte en la sentencia T-292 del 6 de abril de 2006, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

intérprete autorizado de la misma. De esta manera, la interpretación que de las normas constitucionales haga la Corte y el alcance que esta le dé a los derechos fundamentales, resulta vinculante para las demás autoridades judiciales en tanto se trata de la interpretación hecha por quien tiene la facultad constitucional para hacerlo. Así, la aplicación del precedente constitucional es aplicación de la Constitución misma.

- iii) **la fuerza de cosa juzgada constitucional** que reviste a las sentencias de la Corte conforme quedó explicado anteriormente y,
- iv) **la necesidad de preservar el principio de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y debido proceso de los ciudadanos**, ya que “si la aplicación de la ley y la Constitución dependen de la libre interpretación de cada juez, el resultado final puede llevar a que casos idénticos se resuelvan de forma diferente por diversos falladores, lo que a la postre desvirtuaría por completo la seguridad jurídica...”¹⁰⁸

Ahora bien, no sólo los jueces inferiores están obligados al respeto del precedente (precedente vertical), sino que cada uno de los jueces y órganos judiciales se encuentran vinculados a su propio precedente (precedente horizontal), incluida la Corte Constitucional. Esto significa que el respeto del precedente, no sólo se predica del precedente constitucional, sino también del precedente judicial constituido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) que se convierte en obligatorio para los jueces inferiores y para ella misma.

Este criterio fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001 en la que atribuyó valor normativo a la doctrina sentada por la CSJ señalando la obligación de los jueces inferiores y de la propia CSJ de aplicar dicha doctrina.

Los fundamentos para predicar la obligatoriedad del precedente judicial de la CSJ son similares a los establecidos para el precedente constitucional, y fueron expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada, en la que señala que esta fuerza normativa proviene

“(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la

¹⁰⁸ *Ibídem.*

interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”¹⁰⁹

Sin embargo, la fuerza vinculante del precedente no puede convertirse en mecanismo de petrificación del derecho o en óbice para la corrección de eventuales errores de la jurisprudencia¹¹⁰, ya sea que se trate del precedente constitucional o del precedente judicial de la CSJ. Por tanto, los jueces inferiores y la CSJ pueden apartarse del precedente, siempre que se den los siguientes requisitos o circunstancias¹¹¹:

- i) Cuando ha habido un cambio constitucional o legal relevante.
- ii) Cuando se dé un cambio en la situación política, social o económica que hagan que ese precedente anterior resulte insuficiente para atender la nueva realidad.
- iii) Cuando la jurisprudencia sea contraria a los “valores, objetivos, principios y derechos” en que se funda el ordenamiento y sea necesaria su modificación para evitar que persista dicha contradicción.

Por último, la garantía de vinculación de los jueces al precedente constitucional se puede hacer efectiva a través del ejercicio de la acción de tutela contra sentencias judiciales de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹², que ha señalado que una de las causales especiales de procedencia de dicha acción el desconocimiento de la doctrina Constitucional.

En definitiva, a partir de la Constitución de 1991, el precedente constitucional se convirtió en fuente formal del derecho y por tanto su desconocimiento por cualquier autoridad pública o por los particulares, implica una violación directa de la Constitución.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, MP.: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, MP.: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹² Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, MP.: Jaime Córdoba Triviño. En Colombia la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales no ha sido un tema pacífico en la práctica judicial, en la que han tenido lugar dos tesis contrapuestas: por un lado la Corte Constitucional que ha admitido dicha procedencia y en consecuencia ha anulado sentencias de otros jueces por considerarlas violatorias de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, de otra, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado quienes sostienen la improcedencia de la tutela contra sus decisiones alegando que son los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones. Un antecedente importante en esta disputa y que sirve de argumento a quienes sostienen la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, lo constituye el hecho de que la propia Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que consagraba expresamente dicha procedencia.

3.3.2.2. El bloque de constitucionalidad

Esta forma de constitucionalización del Derecho del Trabajo sólo es predicable del ordenamiento jurídico colombiano ya que esta figura es entendida de forma diferente en España. En el ordenamiento español la función principal del bloque de constitucionalidad es servir de parámetro a la validez de las normas jurídicas en orden a asegurar el respeto del reparto competencial entre las Comunidades Autónomas y el Estado. Es decir, la constitucionalidad de una ley la determina no solo su conformidad con el texto constitucional, sino con las normas que distribuyen y delimitan las competencias de las Comunidades Autónomas, v.g., los Estatutos de Autonomía (artículo 28.1 LOTC).

En otras palabras, el bloque de constitucionalidad está integrado por normas legales que, teniendo en cuenta la materia que regulan y la configuración constitucional del Estado autonómico, tienen un rango especial dentro del ordenamiento y deben ser respetadas por las demás leyes cualquiera que sea su categoría¹¹³.

Al estar delimitado de esta forma el bloque de constitucionalidad en España, este no supone ningún aporte al proceso de constitucionalización del Derecho Laboral; a diferencia de lo que sucede en Colombia donde ha jugado un papel importante en el desarrollo de esta disciplina, ya que en él se incorporan tratados internacionales sobre derechos humanos como lo veremos enseguida.

La expedición de la Constitución de 1991 supuso un cambio en cuanto a la jerarquía normativa de los tratados internacionales ratificados por Colombia en el orden jurídico interno. El lugar que ocupan tales tratados lo ha determinado la Corte Constitucional a partir de dos artículos de la Carta Política: el 4º que establece la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico¹¹⁴ y el 93 que dispone que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que prohíben su limitación durante los estados de excepción, prevalecen en el orden interno¹¹⁵.

A partir de aquí y con el fin de superar la contradicción que implicaría una lectura simple de los dos artículos mencionados, la Corte Constitucional empieza a hablar del bloque de

¹¹³ PINIELLA SORLI, Juan Sebastián. *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias*. Barcelona: Editorial Bosch, 1994, pág. 49-51.

¹¹⁴ Artículo 4º: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

¹¹⁵ Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

constitucionalidad. Como la Constitución es “norma de normas” y los tratados sobre derechos humanos prevalecen en el orden interno, la forma de armonizar tales disposiciones es que la Constitución y los tratados mencionados, se integran en un solo cuerpo denominado bloque de constitucionalidad¹¹⁶.

Este bloque está integrado por las normas constitucionales y aquellas normas que aunque no hacen parte formal de la Constitución (los tratados internacionales ratificados por Colombia de que trata el artículo 93 constitucional), se integran a esta por disposición expresa del constituyente, ocupando el mismo lugar dentro de la escala normativa, esto es, situándose en la cúspide del ordenamiento junto con la Constitución.

Ahora bien, como el artículo 93 constitucional se refiere a dos tipos de tratados, la Corte Constitucional ha hecho una clasificación del bloque de constitucionalidad, distinguiendo entre el bloque *stricto sensu* y *lato sensu*¹¹⁷. El primero está conformado por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden limitarse durante los estados de excepción (artículo 93.1 Const. Col.); mientras que del segundo hacen parte la Constitución y los tratados sobre derechos humanos que sirven como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales (artículo 93.2 Const. Col.), además de las leyes orgánicas y estatutarias.

De acuerdo con lo anterior, quedan incluidos dentro de este bloque los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁸.

En todo caso y ya sea que estemos ante el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* o *lato sensu*, las consecuencias de la recepción de esta figura en el ordenamiento colombiano son principalmente dos: en primer lugar, las normas que lo integran sirven de parámetro para juzgar la constitucionalidad de las leyes y, en segundo término, son de aplicación obligatoria para los jueces al resolver los casos que se someten a su conocimiento en virtud de la fuerza normativa de la Constitución.

En este sentido, es claro que “El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-191 del 6 de mayo de 1998, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones”¹¹⁹.

De otra parte, junto con los artículos 4° y 93 de la Constitución encontramos el artículo 53 que señala que “...Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Esto nos obliga a hacer unas precisiones respecto del lugar que ocupan los convenios de la OIT.

De forma general y en virtud de lo previsto en el artículo 53, todos los convenios de la OIT que hayan sido ratificados por Colombia hacen parte de la legislación interna. Sin embargo, no todos hacen parte del bloque de constitucionalidad ya que para que ello suceda, se deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 93 de la Constitución que quedaron expuestos.

Lo anterior significa que mientras algunos convenios tienen rango legal por disposición del artículo 53 de la Constitución, otros se integrarán al bloque de constitucionalidad conforme lo establecido en el artículo 93 constitucional.

Surge entonces el interrogante: ¿cuáles convenios en particular hacen parte del bloque de constitucionalidad? La Corte Constitucional, en la sentencia C-401 de 2005¹²⁰ determinó que hacen parte de dicho bloque los convenios que ella misma ha incluido o incluya en el futuro¹²¹. Es decir, quien tiene la competencia para determinar si un convenio determinado hace parte o no del bloque de constitucionalidad es la propia Corte Constitucional. Esto quiere decir que mientras la Corte no se haya pronunciado sobre un convenio específico, debe entenderse que hace parte de la legislación interna con categoría de ley.

Aunque es importante desde la óptica de la seguridad jurídica que sea únicamente la Corte Constitucional la facultada para determinar los convenios que hacen parte del bloque, se echa de menos en la sentencia unos criterios o pautas generales que, en aras también de garantizar la seguridad jurídica, permitan identificar con claridad los fundamentos que en el futuro le servirán a la Corte para incluir un convenio en el bloque de constitucionalidad.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003, MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-401 del 14 de abril de 2005, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²¹ Hacen parte del bloque de constitucionalidad, entre otros, los convenios 87, 98, 95, 169, 138, 154 y 182. Cfr. Sentencias C-225 de 1995, SU-039 de 1997, T-568 de 1999, SU-995 de 1999, C-567 de 2000, C-170 de 2004 y C-349 de 2009.

En definitiva, la expedición de la Constitución de 1991 introdujo los convenios de la OIT y los tratados internacionales sobre derechos humanos a las fuentes del Derecho del Trabajo con las consecuencias que ello conlleva; en algunas ocasiones con rango legal y en otras, con el mismo nivel jerárquico de la Constitución y la fuerza normativa que de ahí se deriva.

Por lo que al ordenamiento español se refiere, aunque los convenios de la OIT o los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad, si hacen parte del orden jurídico interno por disposición del artículo 96 CE. Lo que no hace la Constitución es señalar de forma expresa el lugar que ocupan los tratados una vez insertados en el ordenamiento.

Sobre este punto, la doctrina¹²² considera que los tratados internacionales tienen rango suprallegal, incluidos los convenios de la OIT, pero en todo caso, están subordinados a la Constitución.

La prevalencia de los tratados sobre las leyes se desprende del hecho de que sus disposiciones no pueden ser derogadas o modificadas, sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (artículo 96.1 CE). Por lo tanto, en caso de conflicto entre una ley y un tratado, deberá aplicarse este de forma preferente.

Por su parte, el carácter infraconstitucional de los tratados se confirma con su posibilidad de enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional, ya sea mediante el ejercicio del control previo de constitucionalidad (artículo 95.2 CE) o el planteamiento del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad.

Por tanto, aunque en España los tratados internacionales sobre el trabajo no se incluyan dentro del bloque de constitucionalidad como si sucede en Colombia, es indudable que hacen parte del sistema de fuentes del Derecho Laboral por disponerlo así la Constitución.

¹²² FERNÁNDEZ PONS, Xavier. <El régimen jurídico internacional del trabajo y el ordenamiento jurídico español> EN: BONET PÉREZ, Jordi; OLESTI RAYO, Andreu (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens Editorial, 2010, pág. 108-112.

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En líneas anteriores quedó expuesto el cambio operado en el Derecho del Trabajo como consecuencia de la constitucionalización de esta rama del ordenamiento, siendo quizás uno de los cambios más significativos la irrupción de los derechos fundamentales en la relación laboral en lo que se ha venido a denominar derechos laborales inespecíficos. Este capítulo lo dedicaremos a desentrañar algunos aspectos puntuales de la teoría general de los derechos fundamentales sobre los que conviene clarificar para los efectos de este trabajo.

1. Concepto y fundamentación de los derechos fundamentales

Una de las cuestiones que se presenta como más problemática dentro de la teoría general de los derechos fundamentales es, tal vez, la relativa al concepto de este instituto. Actualmente se acepta sin reparos que no puede hablarse de democracia o de Estado de Derecho allá donde no se reconocen y garantizan unos derechos fundamentales a los ciudadanos. Así mismo, los derechos fundamentales no conciben su existencia por fuera de un Estado Democrático de Derecho, que se constituye así en una condición necesaria para la realización de aquellos¹²³. Dicho de otra forma y empleando la gráfica expresión contenida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, una sociedad que no garantiza los derechos de los ciudadanos no tiene Constitución.

El concepto de derechos fundamentales está íntimamente relacionado con el de dignidad humana. Los derechos que son reconocidos por una Constitución como fundamentales suelen ser aquellos tendientes a garantizar un ámbito de libertad de la persona que asegure el respeto de su dignidad. Son la concreción positiva de la dignidad del individuo y se constituyen en elementos imprescindibles para su desarrollo¹²⁴.

Los derechos fundamentales vienen siendo, entonces, aquellas prerrogativas de las personas que se consideran de la mayor importancia en la conciencia y cultura jurídica de determinada sociedad¹²⁵. El catálogo de derechos fundamentales responde a la selección de una serie de expectativas individuales y sociales hecha por el constituyente a las que se

¹²³ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10ª ed., Madrid: Tecnos, 2011, pág. 15.

¹²⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. <Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales> *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*. Enero-marzo, 1991, núm., 71, pág. 88.

¹²⁵ OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 11.

dotan de la máxima protección jurídica, en tanto se consideran esenciales para el funcionamiento del sistema jurídico¹²⁶.

Cabe preguntarse entonces ¿qué características o propiedades son las que permiten considerar un derecho como fundamental? Para responder esta pregunta es necesario referirse a las concepciones formal y material de los derechos fundamentales.

Para la primera de estas, son derechos fundamentales aquellos que hayan sido incluidos en un texto constitucional. Es decir, la fundamentalidad del derecho dependerá del texto en el que haya sido reconocido, por lo que sólo ostentarán tal calidad los que se hayan insertado en la Constitución de un país o en una norma de rango supralegal.

Para esta concepción solo los derechos reconocidos en un texto constitucional tienen carácter fundamental porque el hecho de encontrarse en una norma de rango superior es lo que garantiza su resistencia frente a la ley y la indisponibilidad de los mismos por parte del legislador, características que configurarían los rasgos distintivos de los derechos fundamentales según esta teoría.

Por su parte, según la concepción material de los derechos fundamentales, lo importante no es la fuente que lo reconozca sino su contenido. Por tanto, se considerarán fundamentales aquellos derechos que son inherentes a la condición humana, es decir, que pertenecen a todas las personas por el solo hecho de serlo. De esta manera, los derechos fundamentales son la manifestación de “unos valores que desde un punto de vista moral y político se consideran básicos”¹²⁷.

Para Díez-Picazo, estas dos concepciones no son antagónicas ni se presentan incompatibles entre sí. Lo que suele ocurrir es que aquellos derechos que son considerados fundamentales de acuerdo a una concepción material, son los que se insertan en el catálogo de derechos fundamentales en los textos constitucionales.

No obstante, algunos autores consideran que la verdadera fundamentalidad de los derechos fundamentales se encuentra en su consagración como tal en los textos constitucionales. Así, para Bastida Freijedo los derechos fundamentales son aquellos que han sido reconocidos con tal carácter por una Constitución, rechazando por tanto cualquier

¹²⁶ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, pág. 33.

¹²⁷ Díez-Picazo, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. 4ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2013, pág. 30.

concepción antropocéntrica de los mismos y en consecuencia, la idea de que “el ser unos derechos que puedan considerarse inherentes a la persona humana, sea la causa de su *deber ser* como normas iusfundamentales”¹²⁸.

La idea que subyace detrás de este planteamiento es que en el momento en que la Constitución se erige como la norma suprema de un ordenamiento, y a su vez determinadora de la validez de las restantes normas que lo integran, el sistema jurídico se vuelve autónomo y encuentra su validez en sí mismo. Siendo así las cosas, desaparece el carácter preestatal o natural de los derechos y por tanto, su fundamentalidad se explica en que participan de la supremacía que les otorga el hecho de estar insertados en el texto constitucional.

En otras palabras, la condición de fundamental a un derecho no se la otorga el hecho de que sea considerado como consustancial al individuo, sino su consagración como tal en una Constitución, por más que aquella circunstancia haya sido el “motivo político” que llevó al constituyente a concebir un derecho determinado como fundamental¹²⁹. Como un ejemplo de lo anterior el autor propone el derecho a la salud, que no es fundamental en la Constitución española a pesar de considerarse esencial desde el punto de vista de la condición humana.

No compartimos esta concepción que predica una radical dialéctica entre iusnaturalismo y iuspositivismo para justificar la fundamentación de los derechos fundamentales exclusivamente desde una perspectiva formal. Aunque no se trata de sustentar la validez jurídica de los derechos fundamentales en el derecho natural, es innegable la influencia de este en la positivación de aquellos.

De este criterio participan los profesores Prieto Sanchís y Peces-Barba. Para el primero¹³⁰, aunque los derechos fundamentales son una categoría jurídica del derecho positivo y sólo adquieren eficacia donde este los ha reconocido, no son un invento de los ordenamientos positivos sino que encarnan unos valores morales que gozan de fundamento suficiente.

Por esta razón, no se puede separar moral y derecho cuando se habla de la fundamentación de los derechos fundamentales, ya que fundamentarlos consiste precisamente en mostrar las razones que imponen el deber moral de su reconocimiento jurídico. Para hablar acerca

¹²⁸ BASTIDA FREIJEDO...pág. 31.

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 31.

¹³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990, pág. 17-19.

de la fundamentación de los derechos fundamentales, es necesario delimitar su concepto como paso previo, ya que el concepto de los mismos y su fundamentación están estrechamente relacionados.

En este sentido, para Prieto Sanchís, el concepto de derechos fundamentales presenta un núcleo de certeza y una zona de penumbra, según las cuales se puede establecer un concepto que sea ampliamente aceptado por la comunidad, pero que al mismo tiempo suponga un grado de indeterminación tal que permita albergar distintas concepciones sobre derechos fundamentales ideológicamente opuestas.

El núcleo de certeza comprende dos elementos: uno teleológico y otro funcional. El teleológico supone el reconocimiento normativo de los valores de la dignidad, libertad e igualdad, es decir, el vehículo que ha intentado conducir ciertas aspiraciones del ser humano del campo de la moralidad al de la legalidad. De conformidad con el segundo, los derechos fundamentales asumen una función legitimadora del poder.

Por su parte, para Peces-Barba¹³¹ los derechos fundamentales son pretensiones morales justificadas que tienen su recepción en el derecho positivo, lo que nos revela los dos aspectos que deben tenerse en cuenta para una cabal comprensión de la problemática de los derechos fundamentales. Por una parte, el hecho de ser pretensiones morales que encuentran su justificación en la idea de dignidad humana y por otra, su incorporación al ordenamiento positivo como condición necesaria para obtener eficacia en la vida social.

El estudio de los derechos fundamentales debe abarcarse entonces desde una doble perspectiva: en primer lugar, desde el “por qué” de los derechos fundamentales, es decir, su fundamento, cuestión esta que se sitúa en el ámbito de la pretensión moral justificada y, en segundo lugar, desde el “para que” de los derechos fundamentales, es decir, su concepto, lo que tiene que ver con la recepción de esa pretensión moral en el derecho positivo.

Esto es así porque los derechos fundamentales plantean una relación inescindible entre moral y derecho: los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero se convierten en derechos precisamente cuando son recogidos por el ordenamiento positivo que los dota de eficacia. De esta manera se evitan las visiones reduccionistas de los derechos fundamentales, es decir, aquellas que prescinden de

¹³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, pág. 29-33.

cualquiera de los dos aspectos señalados justificándolos sólo desde la óptica iusnaturalista o iuspositivista.

En todo caso, la determinación del concepto de derechos fundamentales requiere de la existencia de una determinada teoría de los derechos fundamentales, y dicha teoría no es más que “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”¹³².

De esta manera, la definición de los derechos fundamentales, así como la identificación de aquellos derechos que participan de este carácter, deberá tener en cuenta una serie de aspectos materiales y formales que inciden necesariamente en su concretización. El primer aspecto entonces, se identifica con las denominadas teorías materiales de los derechos fundamentales que expondremos a continuación.

1.1. Las teorías materiales de los derechos fundamentales

Desde un punto de vista material, un derecho es fundamental “si su vigencia tiene tal grado de necesidad, que sin él no podría desarrollarse determinada concepción del Estado y de la sociedad”¹³³; por esta razón, los criterios materiales parten de una precisa concepción ideológica del Estado y de la Constitución, que a su vez determina el contenido de tales derechos conforme a la ideología de que se trate. Las principales teorías materiales son, entonces, la liberal, la democrática y la del Estado social.

Así mismo, la concepción de la libertad y la igualdad, valores básicos en los que se sustentan los derechos fundamentales, varía también en cada una de estas teorías, cuestión que necesariamente incide en la concretización e interpretación de las disposiciones de derecho fundamental¹³⁴.

Lo anterior quiere decir que a cada una de estas teorías se podría adscribir un catálogo de derechos fundamentales que le son propios (así por ejemplo la propiedad privada sería un derecho fundamental para la teoría liberal, no sucediendo lo mismo en la concepción del Estado social) y al mismo tiempo, el contenido de los derechos fundamentales dependerá de la teoría material que se acoja.

¹³² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 45.

¹³³ OSUNA PATIÑO..., *Apuntes sobre...* pág. 12.

¹³⁴ OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 206-207.

Ahora bien, esto nos lleva a abordar la cuestión acerca de si la teoría a aplicar viene previamente determinada por el texto constitucional, o si por el contrario, es al intérprete a quien le corresponde decidir cuál es la teoría llamada a aplicarse en el caso concreto. En este último caso, también se debe precisar si la aplicación de una teoría excluye a las demás o si pueden combinarse entre sí.

Para defender la opción de que es la Constitución la que establece la concepción ideológica del Estado y por tanto la teoría material a aplicar, Böckenförde habla de la teoría constitucionalmente adecuada¹³⁵. Para este autor, las teorías materiales no pueden servir como mero criterio interpretativo que permita obtener la solución más adecuada al caso concreto y por ende, rechaza la idea de que la Constitución albergue en su texto todos los criterios, dejando al intérprete la opción de escoger el que considere más adecuado.

Las teorías materiales son entonces expresión de una determinada concepción del Estado y de las relaciones del individuo con la comunidad estatal; de manera que aceptar que dichas teorías pueden escogerse libremente por el intérprete, significa desconocer que la Constitución asume una concepción ideológica de las relaciones entre individuo y Estado y la hace suya a través de su consagración normativa. De lo contrario, la Constitución no sería más que un instrumento formal que se utilizaría para fundamentar ideas del ordenamiento que ella misma no recoge.

En todo caso, Böckenförde acepta que la teoría material acogida por la Constitución no debe coincidir necesariamente y de forma exacta con el contenido de cada una de ellas, sino que es posible que amplíe, modifique e incluso combine elementos de más de una teoría, aunque no de todas. Sin embargo, estas opciones son posibles partiendo siempre de la base de que es la propia Constitución la que establece la teoría constitucionalmente adecuada y la labor del intérprete es determinar, a través de medios racionales, cuál es esa teoría.

En la orilla opuesta se sitúa Haberle¹³⁶ para quien las teorías materiales de los derechos fundamentales están al servicio de la efectividad de estos, razón por la cual resulta necesario combinar los elementos teóricos con la finalidad de lograr la mayor eficacia de aquellos.

¹³⁵ BÖCKENFÖRDE..., pág. 67-71.

¹³⁶ Citado por OSUNA PATIÑO..., *Tutela y amparo...* pág. 208.

Como las amenazas a la libertad van cambiando con el tiempo, se hace indispensable encontrar respuestas adecuadas a dichas amenazas; respuestas que no sólo provienen del legislador o el constituyente, sino también de la ciencia jurídica. El Estado, para lograr el objetivo de optimizar la protección de los derechos fundamentales, requiere de una constante renovación de las bases científicas que los sustentan. Esta comprensión abierta de los derechos fundamentales permite hacer frente a nuevas situaciones de peligro para garantizar su vigencia¹³⁷.

Esta última opinión es la que compartimos. En efecto, no es posible sostener que exista solo una teoría material de los derechos fundamentales que venga impuesta por la Constitución; ni tampoco que el intérprete esté obligado a decantarse por una de tales teorías con exclusión de las restantes.

Lo que sucede es que, dada la textura abierta de los textos constitucionales y el hecho de que en algunas ocasiones son producto de la confluencia de distintas corrientes de pensamiento (como sucede con las constituciones española y colombiana) reflejando el pluralismo existente en una sociedad; en una misma Constitución se pueden encontrar elementos o instituciones que sean manifestación de más de uno de los criterios materiales.

1.1.1. La teoría liberal de los derechos fundamentales

En el Estado liberal de derecho la Constitución es la materialización del contrato social que da origen al Estado una vez los hombres dejan el estado de naturaleza. Este Estado será el encargado de asegurar la convivencia pacífica entre los asociados y garantizará el reconocimiento y disfrute de unos derechos que, dentro de esta concepción, se entienden inherentes a la condición humana y por tanto, preexistentes al Estado mismo. El Estado no crea u otorga estos derechos sino que reconoce su existencia y los garantiza.

Así las cosas, de acuerdo con la concepción de los derechos fundamentales propia del Estado liberal burgués, estos son derechos que le corresponden al hombre libre, libertad que viene dada por su condición humana y que es anterior y superior al Estado.

Estos derechos no son otros que derechos de libertad del individuo frente al Estado que se establecen para proteger dicha libertad de la injerencia y del poder estatal. Al tratarse de derechos preestatales, el ámbito de competencia estatal en la esfera de libertad de la persona es en principio limitado.

¹³⁷ Citado por OSUNA PATIÑO..., *Tutela y amparo...* pág. 208.

Los derechos fundamentales vienen a ser entonces “la concreción jurídica de la libertad”¹³⁸, entendiéndose esta como libertad a secas, es decir, no se trata del ejercicio de una libertad para determinados fines; por tanto, el uso que las personas hagan de la libertad así como los motivos que les inspiren, no pueden ser objeto de valoración jurídica por parte del Estado.

El titular de estos derechos es la persona individualmente considerada y se pueden hacer valer únicamente frente al Estado quien se convierte en el sujeto pasivo obligado a respetarlos. El Estado debe interferir lo menos posible en el ámbito de libertad de las personas y su actuación se contrae básicamente a una posición de abstención. En ningún caso es el encargado de garantizar su realización efectiva, este aspecto se deja en manos de la iniciativa individual¹³⁹.

Lo anterior es consecuencia del carácter defensivo que ostentan los derechos fundamentales en el Estado liberal burgués. Estos se convierten en un instrumento para garantizar la libertad de las personas. La libertad es por tanto, un fin en sí misma.

Así las cosas, el catálogo de derechos fundamentales en el Estado liberal burgués incluiría la libertad individual, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la propiedad privada, el debido proceso, el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, igualdad ante la ley, entre otros¹⁴⁰.

1.1.2. La teoría democrática de los derechos fundamentales

Para la teoría democrática, los derechos fundamentales ya no se conciben normas que fundamentan la separación entre el Estado y los ciudadanos, sino que aquellos se convierten en instrumentos de participación en la conformación del poder político. De esta forma, los derechos fundamentales cumplen una función principalmente político-democrática que consiste en asegurar a los ciudadanos su participación en el proceso de toma de decisiones y conformación del poder.

Según esta concepción, a los derechos fundamentales se les asigna una función pública y política que es la que los legitima y los dota de contenido, convirtiéndose en normas que fundamentan las competencias del titular para participar en los asuntos públicos y el

¹³⁸ *Ibíd*em, pág. 212.

¹³⁹ BÖCKENFÖRDE..., pág. 51.

¹⁴⁰ OSUNA PATIÑO, *Apuntes sobre...* pág. 14.

proceso político. De esta manera, la libertad ya no encuentra justificación en sí misma sino que se convierte en instrumento para facilitar este proceso¹⁴¹.

Como consecuencia de lo anterior, el catálogo de derechos fundamentales incluye los derechos de participación política, (derecho al sufragio tanto activo como pasivo, derecho a formar asociaciones y partidos políticos, etc.) siendo posible entonces establecer una primacía de los derechos que tiendan a proteger un fin público frente a aquellos de corte exclusivamente individual¹⁴².

1.1.3. Los derechos fundamentales en la teoría de Estado social de derecho

El punto de partida de esta teoría son las falencias detectadas en el individualismo propio del Estado liberal y que tornaban insuficiente la comprensión de los derechos fundamentales a la luz de la teoría liberal-burguesa¹⁴³. Estas falencias consistían en que para un gran número de personas no se daban los presupuestos materiales para la concreción de las garantías jurídicas de la libertad, o lo que es lo mismo, la libertad era más formal que real.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho pretende superar estos obstáculos al no concebir al hombre como individuo aislado, sino por el contrario, como miembro de una sociedad en la que todos deben ser igualmente libres. El Estado debe procurar los medios para que dicha libertad sea real, de manera que los derechos fundamentales constituirán pretensiones de prestación social frente al Estado¹⁴⁴.

Corolario de lo anterior es que, a diferencia de lo que sucedía en el Estado liberal, para la teoría del Estado social de derecho la libertad deja de ser formal para convertirse en una libertad real o material. El Estado deja su papel abstencionista en el ámbito de libertad del individuo y se convierte en el encargado de tomar medidas para que esta libertad e igualdad sean reales y efectivas.

En todo caso debe dejarse en claro que el Estado social de derecho no comporta una negación de los valores liberales, sino que considera que individuo, Estado y sociedad, no

¹⁴¹ BÖCKENFÖRDE..., pág. 61.

¹⁴² OSUNA PATIÑO..., *Apuntes sobre...*, pág. 15.

¹⁴³ LANDA, César. <Teorías de los derechos fundamentales>. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*. Enero-junio 2002, núm. 6, pág. 67.

¹⁴⁴ BÖCKENFÖRDE..., pág. 64.

son conceptos o instituciones contrapuestas y aisladas, sino términos que requieren los unos de los otros para su correcta realización¹⁴⁵.

El catálogo de derechos fundamentales incluye derechos de contenido económico, social o cultural. Se trata de derechos prestacionales que requieren la intervención estatal para garantizar la efectividad de los mismos. Por esta razón, los derechos fundamentales dejan de concebirse desde un aspecto puramente jurídico, ya que adquieren un matiz económico y su realización queda condicionada por la disponibilidad de recursos por parte del Estado.

En suma, en una misma Constitución pueden tener lugar las diferentes teorías materiales de los derechos fundamentales, teorías que si bien tienen una importancia singular en tanto se erigen como mecanismo para identificar los derechos fundamentales y método de interpretación de estos; no son suficientes por sí mismas para determinar el elenco de derechos fundamentales, sino que es necesario acudir a una serie de criterios formales de identificación.

1.2. Las propiedades formales de los derechos fundamentales

Los criterios formales de identificación de los derechos fundamentales hacen abstracción del componente ideológico presente en las teorías materiales y permiten su concreción a partir del estudio de los elementos formales del ordenamiento jurídico, principalmente, de su forma de positivación.

Es decir, las propiedades formales se refieren a que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho y en este sentido se puede hablar de cuatro propiedades¹⁴⁶: i) que la disposición de derecho fundamental esté contenida en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, ii) que dicha disposición forme parte del texto constitucional, iii) que aunque no forme parte del texto constitucional, si lo haga de otra fuente del derecho siempre que la propia constitución haga un reenvío a dicha fuente y iv) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez de una norma o posición de derecho fundamental¹⁴⁷.

¹⁴⁵ OSUNA PATIÑO..., *Tutela y amparo...* pág. 224.

¹⁴⁶ Las referencias y citas de este acápite han sido extraídas principalmente, salvo indicación expresa de otra fuente, de BERNAL PULIDO, Carlos. <El carácter fundamental de los derechos fundamentales> EN: CLÉRICO, Laura et.al. (coord.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Editorial Comares, 2011, pág. 91-110.

¹⁴⁷ BERNAL PULIDO, *El carácter fundamental...* pág. 91-103. El autor parte del concepto de derechos fundamentales propuesto por Alexy, entendiendo por tal un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental.

Cada una de estas condiciones puede mirarse desde tres ángulos: como condición necesaria y suficiente para la fundamentalidad del derecho, como condición sólo necesaria o sólo suficiente. Veamos cada una de ellas.

1.2.1. La pertenencia al capítulo de derechos fundamentales en la Constitución

Si atendemos a esta concepción de derechos fundamentales, encontramos que este carácter lo ostentarían únicamente los derechos subjetivos que hayan sido incluidos dentro del capítulo sobre derechos fundamentales de una Constitución.

De acuerdo con esto, si la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución se entendiera como condición suficiente y necesaria para que un derecho sea fundamental, debería tenerse como ciertas estas dos afirmaciones: i) todos los derechos contenidos en el capítulo de derechos fundamentales son fundamentales (condición suficiente) y, ii) sólo los derechos contenidos en el capítulo de derechos fundamentales son fundamentales (condición necesaria).

De acuerdo con esta concepción, los derechos fundamentales tienen un elemento particular que consiste en que cada sociedad determina que derechos considera fundamentales y sólo estos derechos son los que el constituyente incluye con tal carácter en el texto constitucional. De esta manera, no hay lugar a indagar por derechos subjetivos que puedan considerarse fundamentales por fuera de este capítulo.

Así las cosas, la interpretación *sedes materiae* que va implícita en esta concepción, parte de la racionalidad del constituyente quien divide los derechos subjetivos que consagra la Constitución en diferentes capítulos, de manera que en cada capítulo sólo queden incluidos los derechos que compartan una propiedad en común. Esta propiedad en nuestro caso no es otra que el carácter fundamental de tales derechos. Se entiende también que en este capítulo quedan incluidos todos los derechos que compartan dicha propiedad.

No obstante, frente a los anteriores argumentos se plantean varias objeciones. En primer lugar no todas las constituciones tienen un capítulo denominado “derechos fundamentales” y sin embargo, tales derechos existen y son protegidos por el ordenamiento¹⁴⁸.

¹⁴⁸ BERNAL PULIDO, *El carácter fundamental...* pág. 96. El autor cita como ejemplo la Constitución mexicana; sin embargo, en virtud de la reforma introducida mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, el capítulo I del Título I de la Constitución mexicana pasó a denominarse “De los derechos humanos y sus garantías”.

En segundo lugar, pueden existir derechos subjetivos con carácter fundamental que se encuentran por fuera del capítulo así denominado. En esta línea, el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se regula la acción de tutela en Colombia, contempla esta posibilidad al señalar que en aquellos casos en que “una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

En tercer lugar, en el concepto de derechos fundamentales está presente un elemento universal, además del particular, que permite identificar los derechos fundamentales con prescindencia de las denominaciones o fórmulas lingüísticas utilizadas en cada una de las constituciones. En virtud de este carácter universal, siempre están presentes la prohibición de discriminación o vulneración de las libertades individuales.

Estas mismas razones se alzan en contra de considerar la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales como condición solo necesaria o solo suficiente. En efecto, algunos derechos incluidos en estos capítulos no son fundamentales como el derecho a la paz que aparece recogido en el artículo 22 de la Constitución Colombiana. De igual forma, hay otros que si se consideran fundamentales aun cuando se encuentran por fuera de dicho capítulo.

1.2.2. La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional

De acuerdo con esta concepción, todos los derechos subjetivos que se encuentren en el texto de la Constitución, son derechos fundamentales; pudiendo entenderse también como condición suficiente y necesaria, sólo necesaria o sólo suficiente.

Si se considera condición necesaria y suficiente o sólo necesaria, se debe aceptar que sólo los derechos incluidos en el texto constitucional son derechos fundamentales. Algunos argumentos se elevan en contra de esta consideración.

En primer lugar y como ocurre con la propiedad anterior, este entendimiento de los derechos fundamentales, aunque pone de presente su carácter particular, desconoce su naturaleza universal como quedó expuesto.

En segundo lugar, sostener que sólo los derechos reconocidos en una Constitución son fundamentales, implica desconocer que existen disposiciones que no se encuentran recogidas por un texto constitucional pero que establecen derechos de este tipo. Tal es el

caso del artículo 94 de la Constitución colombiana que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Por último, esta concepción no permitiría explicar por qué hay algunos derechos fundamentales que no tienen relación con el texto constitucional, pero a los que la jurisprudencia ha reconocido como tales; como sucede con el reconocimiento del derecho a la intimidad como fundamental por parte de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos¹⁴⁹.

De otro lado, tampoco puede considerarse que la inclusión dentro de la Constitución de un derecho subjetivo sea una condición suficiente que afirme el carácter fundamental de tal derecho, ya que no todos los derechos reconocidos por una Constitución son derechos fundamentales.

Así por ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia previsto en el artículo 30.2 CE, no es un derecho fundamental a pesar de que su protección se puede invocar por la vía del recurso de amparo¹⁵⁰.

1.2.3. La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional o al bloque de constitucionalidad

En algunos ordenamientos jurídicos se consideran fundamentales derechos que son reconocidos en disposiciones que pertenecen al bloque de constitucionalidad, es decir, a ese conjunto de disposiciones que sin pertenecer formalmente al texto constitucional, se encuentran en el mismo nivel jerárquico de la Constitución y sirven como parámetro de validez de la normativa inferior.

No obstante, esta propiedad tampoco se puede considerar condición suficiente o necesaria para que un derecho pueda ser catalogado como fundamental, ya que no todos los derechos previstos en el bloque de constitucionalidad son derechos fundamentales.

Adicionalmente, el concepto de bloque de constitucionalidad no ha sido recogido de manera uniforme en los países en que dicha institución existe. En Colombia por ejemplo, tiene el sentido que se dejó expuesto atrás; es decir, que está constituido por otros documentos

¹⁴⁹ *Ibidem*, pág. 98.

¹⁵⁰ STC 160/1987 de 27 de octubre [RTC 1987, 160].

que no hacen parte del texto constitucional pero que se integran a este y por tanto adquieren rango constitucional.

En España en cambio, el bloque de constitucionalidad está integrado por el conjunto de normas que determinan las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, v.g. los Estatutos de Autonomía, y a cuyo respeto quedan obligadas las demás leyes.

Es por lo anterior que esta propiedad tampoco sirve para determinar por sí misma el carácter fundamental de los derechos fundamentales.

1.2.4. El reconocimiento del carácter fundamental por parte de la jurisdicción constitucional.

La jurisprudencia constitucional puede catalogar una norma o posición jurídica como norma o posición de derecho fundamental de dos maneras. En primer lugar, la jurisprudencia puede adscribir interpretativamente normas y posiciones jurídicas a disposiciones de derecho fundamental; es decir, puede determinar que una norma o posición jurídica debe considerarse como norma o posición de derecho fundamental porque se encuentra dentro del ámbito semántico de una disposición de derecho fundamental.

Una concreción de lo anterior se encuentra en la jurisprudencia del TC que considera que el derecho de libertad sindical previsto en el artículo 28.1 CE, no queda circunscrito a la facultad de fundar sindicatos o de afiliarse a los mismos, sino que también incluye otras cuestiones tales como la facultad de participar en la elección de los órganos de representación sindical¹⁵¹.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional puede atribuir carácter fundamental a normas o posiciones jurídicas que no pertenecen al campo semántico de una disposición de derecho fundamental. Esto tiene lugar cuando se reconocen derechos fundamentales no escritos por parte de la jurisdicción constitucional, como sucede en el caso colombiano por habilitación del artículo 94 de la Constitución antes mencionado.

Aunque esta última propiedad no es condición necesaria del carácter fundamental de un derecho, si es condición suficiente cuando, además de esta, se halle presente alguna de las propiedades materiales.

En definitiva, un derecho es fundamental cuando en él se cumple por lo menos una de las propiedades formales; es decir, que para que el derecho de que se trate sea considerado

¹⁵¹ OSUNA PATIÑO..., *Tutela y amparo...*, pág. 143.

fundamental, es condición necesaria que se satisfaga por lo menos una de las propiedades formales¹⁵².

2. Las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, además de su tradicional concepción como derechos subjetivos de libertad frente al Estado, se conciben también como un orden objetivo de valores que informan todo el ordenamiento. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales se erigían como derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado que les garantizaban un ámbito de libertad que se encontraba a salvo de la injerencia estatal.

En este sentido, los derechos fundamentales eran derechos subjetivos cuyo destinatario era únicamente el Estado, de manera que la relación que de ellos surgía era de carácter bilateral: las prerrogativas que ellos otorgaban a los ciudadanos únicamente se podían hacer valer frente al Estado.

Frente a esta concepción subjetiva de los derechos fundamentales, surge también su dimensión objetiva, según la cual aquellos reflejan “unos valores que son asumidos en el sistema jurídico de una comunidad y que se insertan con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico”¹⁵³.

La noción del carácter objetivo de los derechos fundamentales tuvo su origen y fue desarrollada en Alemania por el Tribunal Constitucional Federal (TCF) como consecuencia de la necesidad de encontrar una nueva fundamentación del Derecho tras el derrumbamiento del nacionalsocialismo y el fracaso del positivismo jurídico¹⁵⁴.

En efecto, el desastre provocado por los regímenes totalitarios del siglo pasado en Europa, pusieron en entredicho los pilares sobre los cuales se fundamentaba el sistema jurídico. De este modo, el legislador dejó de ser el garante de los derechos de la ciudadanía para convertirse en una amenaza para la libertad de los ciudadanos, convirtiendo a las normas jurídicas en legitimadoras de las atrocidades cometidas¹⁵⁵.

¹⁵² BERNAL PULIDO..., *El carácter fundamental...*, pág. 103.

¹⁵³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y constitución*. Madrid: Civitas, 1988, pág. 57.

¹⁵⁴ BÖCKENFÖRDE..., pág. 105.

¹⁵⁵ TOLE MARTÍNEZ, Julián. <La Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia>. *Revista Derecho del Estado*. Junio de 2004, núm. 16, pág. 106.

Surge entonces la discusión acerca del verdadero alcance de los derechos fundamentales, que dejan de ser entendidos como simples derechos de defensa frente al Estado al incorporarles un contenido axiológico¹⁵⁶, convirtiéndose así en instrumentos de legitimación del orden jurídico.

Este proceso se adelantó de la mano del Tribunal Constitucional Federal tomando como base el artículo 1.3 de la Ley Fundamental (LF) que establece la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y su consagración como derechos directamente aplicables. Por tanto, el desarrollo del carácter objetivo de los derechos fundamentales no se da por una recualificación que de los mismos haga el texto de la Ley Fundamental, sino por una reinterpretación hecha por el Tribunal Constitucional Federal. Es decir, el contenido de los derechos fundamentales no se transforma, sino que se amplía para incluir una nueva cualificación como sistema objetivo de valores.

En este punto es significativo el conocido como fallo Lüth del 15 de enero de 1958, en el que el Tribunal Constitucional Federal sostuvo que

"...la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores [...] ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia, reciben de él directrices e impulso".

Es así como los derechos fundamentales en su dimensión objetiva se erigen como un orden axiológico o un sistema de valores que irradian la totalidad del ordenamiento jurídico desde una doble perspectiva: no sólo el conjunto de derechos fundamentales conforman este orden objetivo de valores; sino que cada disposición de derecho fundamental en particular, se constituye como norma objetiva de principio¹⁵⁷.

Los derechos fundamentales adquieren entonces una estructura dual: como los tradicionales derechos subjetivos frente al poder público y como normas objetivas que expresan un orden axiológico de validez universal que tienen influencia en todos los ámbitos del derecho.

¹⁵⁶ JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 67.

¹⁵⁷ BÖCKENFÖRDE..., pág. 106-109.

En todo caso, la existencia de las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales no implica que estas sean incompatibles entre sí de modo que una se superponga a la otra, aunque tampoco se pueda afirmar que sean completamente independientes. Lo que sucede es que entre las dos facetas existe una relación de “complemento recíproco” en la medida en que los derechos, en su faceta objetiva, constituyen mandatos de optimización dirigidos al legislador, y una vez que este da cumplimiento a tales mandatos, se amplía el aspecto subjetivo jurídicamente exigible del derecho¹⁵⁸.

2.1. Consecuencias del desarrollo la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el efecto de irradiación y el deber de protección

Ahora bien, el desarrollo de esta faceta objetiva ha traído por lo menos tres consecuencias de singular importancia para la dogmática de los derechos fundamentales¹⁵⁹: el efecto de irradiación, el deber de protección y el efecto horizontal de los derechos fundamentales, cuestión esta última a la que nos referiremos en el siguiente apartado de este capítulo.

En términos generales el efecto de irradiación se refiere a la penetración de los derechos fundamentales en las distintas ramas del derecho, es decir, está relacionado con la denominada *vis expansiva* de los derechos fundamentales.

Esta irradiación refleja el carácter universal de los derechos fundamentales en el sentido de que influyen materialmente en todas las esferas del orden jurídico. En este orden de ideas, las disposiciones de derecho fundamental no se limitan a regular las relaciones Estado-ciudadano, sino que su radio de acción se incrementa hasta el punto de imponer su carácter fundamental al Estado y a la sociedad en general¹⁶⁰.

El efecto de irradiación no implica la absorción por parte del Derecho Constitucional de los restantes sectores del ordenamiento de suerte que se pueda predicar la desaparición de los mismos; lo que sucede es que el Derecho Civil, Penal, Laboral, etc., se ven influidos y condicionados por este sistema de valores que constituye la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Se puede decir entonces que estos ámbitos del Derecho quedan “conformados constitucionalmente”¹⁶¹ como consecuencia de esta faceta objetiva.

¹⁵⁸ OSUNA PATIÑO..., *Tutela y amparo*.... pág. 89.

¹⁵⁹ JULIO ESTRADA..., *La eficacia*..., pág. 72.

¹⁶⁰ TOLE MARTÍNEZ..., pág. 109.

¹⁶¹ BÖCKENFÖRDE..., pág. 111.

Ahora bien, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales no se limita a los aspectos acabados de mencionar, sino que tiene una doble manifestación: además de la influencia que ejerce sobre la totalidad del ordenamiento, el carácter objetivo de los derechos fundamentales condiciona la actividad de producción normativa, cualquiera que sea la fuente de la que provenga, en el sentido de que no puede emitir leyes que contradigan o desconozcan el orden axiológico que representan las normas de derecho fundamental.

También condiciona la actividad del juez y del ejecutivo en sus respectivos ámbitos de competencia, especialmente la del juez quien al aplicar e interpretar el derecho, debe hacerlo de manera que dicha aplicación e interpretación sean acordes con los derechos fundamentales.

Por su parte, el deber de protección está referido al comportamiento de los órganos estatales frente a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, bien sea por particulares o por el Estado mismo. El contenido normativo de los derechos fundamentales, impone a los poderes públicos la obligación de dar efectividad a tales derechos, obligación que se predica no sólo del legislador, sino de la administración y los jueces.

En estos casos, la típica función de defensa de los derechos fundamentales aparece insuficiente ya que la abstención del Estado no resulta adecuada para hacer frente a las violaciones de estos derechos; por el contrario, se hace necesaria una actuación positiva del Estado para evitar que la amenaza se concrete o para que cese la vulneración del derecho fundamental¹⁶².

Aunque no exento de críticas¹⁶³, se ha reconocido que el deber de protección estatal de los derechos fundamentales implica el correlativo derecho de protección en cabeza de los ciudadanos. Es decir, al existir una obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales frente a cualquier amenaza, a dicha obligación se corresponde un derecho subjetivo del individuo de demandar dicha protección¹⁶⁴.

En este sentido, el contenido del deber de protección comprende las acciones tendientes a contrarrestar las injerencias no deseadas en los derechos fundamentales; sin que se pueda

¹⁶² JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 76.

¹⁶³ Cfr. JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 74-83.

¹⁶⁴ TOLE MARTÍNEZ..., pág. 114. Acerca del fundamento de la subjetivación del deber de protección, cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 398 y ss.

determinar la existencia de una única vía eficaz de protección derivada del contenido de la obligación.

Así las cosas, aunque esta obligación incumbe a todos los poderes públicos, en principio es el legislador el primer llamado a garantizar la eficacia de los derechos fundamentales a través de su regulación mediante ley, lo que significa que es mediante la producción de normas jurídicas la forma en que principalmente se logra dicho cometido. Sin embargo, el papel de los jueces y en especial de la justicia constitucional es determinante para la consecución de este fin.

En efecto, como ya ha sido mencionado, sobre los jueces recae la obligación de interpretación del derecho conforme a la Constitución, lo que constituye un instrumento inicial de protección de los derechos fundamentales en sede judicial. Por su parte, la justicia constitucional, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, retira del ordenamiento jurídico las disposiciones legales que desconozcan los derechos fundamentales.

De esta manera, los Tribunales constitucionales adquieren una importancia singular en lo que al deber de protección se refiere, ya que se erigen en la instancia que controla la observancia de este deber, no sólo por parte de los demás jueces, sino también del legislador.

2.2. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional colombiana

Desde sus inicios el Tribunal Constitucional ha recogido en su jurisprudencia la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Es así como en la STC 25/1981, señaló que, además de su función como derechos subjetivos, los derechos fundamentales se constituían en “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución...”¹⁶⁵.

En concordancia con lo anterior, en virtud de su dimensión objetiva, los derechos fundamentales son la expresión jurídica de un conjunto de valores que proyectan sus

¹⁶⁵ STC 25/1981 de 14 de julio, [RTC 1981, 25].

efectos al conjunto de la organización jurídica y política por decisión del constituyente; lo que a su vez los convierte en componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico.

El lugar que ocupan estos derechos en el orden constitucional, impone a los poderes públicos la obligación de garantizar su efectividad; obligación que es especialmente relevante para el legislador, quien debe reconocer las posiciones subjetivas necesarias para materializar ese orden de valores que ha instituido la Constitución a través de los derechos fundamentales¹⁶⁶.

Es por lo anterior que “como consecuencia de este «doble carácter de los derechos fundamentales [...], pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos”¹⁶⁷.

Sin embargo, no deja de lado el Tribunal Constitucional que el deber de protección que emana de la faceta objetiva de los derechos fundamentales, incumbe también al poder judicial como se desprende del artículo 53.2 CE, en tanto se refiere a la tutela de los derechos y libertades ante los tribunales ordinarios.

Ahora bien, la cuestión adquiere cierta complejidad en lo relacionado con el contenido del deber de protección cuando la violación del derecho fundamental es imputable en principio a la actuación de un particular. En estos casos, y dado que la posibilidad de recurrir en amparo está circunscrita a los actos y resoluciones de los poderes públicos (artículo 41.2 LOTC), el Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando los jueces no se pronuncian acerca de la violación de un derecho fundamental, habiendo sido alegada en sede judicial, o no protegen el derecho conculcado, dicha violación es imputable a la sentencia que omite tal pronunciamiento o protección¹⁶⁸.

Respecto del alcance del deber de protección en este último caso, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el ATC 382/1996, que por la importancia de los razonamientos

¹⁶⁶ STC 129/1989 de 17 de julio, [RTC 1989, 129].

¹⁶⁷ ATC 382/1996 de 18 de diciembre, [RTC 1996, 382].

¹⁶⁸ STC 55/1983 de 22 de junio, [RTC 1983, 55].

allí vertidos, nos permitimos transcribir *in extenso* el aparte correspondiente. Sostuvo entonces el Tribunal:

“Siendo ésta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los casos de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares, resulta imprescindible precisar en qué consiste dicho deber de protección a fin de calibrar los límites y posibilidades de la jurisdicción de amparo constitucional en estos supuestos. Pues bien, en una primera aproximación a la cuestión es dable sostener que tal obligación se traduce respecto de los órganos judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales, los cuales, por lo tanto, deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse la controversia entre particulares [...] No se trata, por consiguiente, en esta sede, de revisar cualesquiera errores en que los órganos judiciales puedan incurrir al aplicar la legalidad ordinaria [...] sino, más propiamente, de enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso. Pues, de acuerdo con la recién aludida interacción, cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales. A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983 [[RTC 1983\120](#)], fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, y 41/1984 [[RTC 1984\41](#)], fundamento jurídico 2.º), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias”¹⁶⁹.

Como se desprende del aparte transcrito, la labor del Tribunal Constitucional en sede de amparo no comporta una facultad ilimitada de revisión de la actuación del juez ordinario. Aquella se limitará entonces, a verificar que el derecho fundamental en juego haya sido interpretado correctamente o que no se haya delimitado de forma errónea el ámbito constitucionalmente protegido del derecho.

En lo que respecta a la Corte Constitucional colombiana, encontramos que también desde sus primeras sentencias introdujo la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Así, en la T-596 de 1992 sostuvo:

“Los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos”¹⁷⁰.

Y más recientemente, en la SU-938 de 2010, sobre este mismo punto señalaba que

¹⁶⁹ ATC 382/1996 de 18 de diciembre, [RTC 1996, 382].

¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-596 del 10 de diciembre de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

“en el Estado constitucional los derechos fundamentales tienen un papel con implicaciones que abarcan mucho más que la simple relación subjetiva y bilateral entre el sujeto y el Estado. Los derechos fundamentales se proyectan como normas con estructura principal que, en cuanto determinan los valores sobre los cuales debe edificarse el sistema jurídico, implican mandatos directos a los poderes públicos, que los vinculan en el desarrollo de sus funciones...”¹⁷¹.

Pero la Corte Constitucional ha ido más allá del simple reconocimiento de la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales y le ha asignado consecuencias precisas a dicho reconocimiento, asumiendo un papel activo y por demás importante en lo que al ejercicio del deber de protección se refiere¹⁷².

En este sentido, se pueden destacar tres líneas de actuación de la Corte Constitucional que suponen la protección de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, o si se quiere, tres manifestaciones de la protección que ha brindado el juez constitucional a la faceta objetiva de los derechos fundamentales.

Se trata en primer lugar, de la protección que otorga la Corte frente a un estado de cosas inconstitucional¹⁷³. Esta situación se presenta cuando existe una violación “masiva y generalizada”¹⁷⁴ de varios derechos fundamentales que afecta a un número significativo de personas y frente a la cual, se da una omisión prolongada de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar tales derechos.

En estos casos lo que ha hecho la Corte Constitucional es extender los efectos de la sentencia de tutela, así como la protección brindada, más allá de quienes invocaron el amparo constitucional y en favor de personas indeterminadas que se encuentren en las mismas circunstancias. De igual forma, las órdenes impartidas por la Corte se dirigen a todas las entidades que tengan la facultad de poner fin a la violación de estos derechos.

¹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia SU-938 del 23 de noviembre de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

¹⁷² Sobre este punto, resulta especialmente relevante lo dicho por la Corte en la sentencia T-406 de 1992 acerca del papel del juez en la protección de los derechos fundamentales, cuando a propósito del cambio constitucional de 1991, decía que “dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales [...] Hoy, con la nueva Constitución, **los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela**” (resaltado por fuera de texto) Corte Constitucional, sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

¹⁷³ Sobre el estado de cosas inconstitucional cfr., entre otras, las sentencias SU-090 de 2000, SU-559 de 1997, T-153 de 1998, T-068 de 1998, T-1695 de 2000.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

La justificación de estas medidas radica en que para la efectiva protección de los derechos fundamentales en juego, “resulta precaria la adopción de medidas interpartes, dada la entidad y trascendencia de los hechos trasgresores frente a los cuales las medidas deben tener mayor espectro”¹⁷⁵.

En suma, a través de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional protege los derechos fundamentales más allá de la posición jurídica fundamental de un sujeto, impartiendo órdenes y directrices a distintas entidades del Estado, para que intervengan en la solución de la situación generalizada de violación de tales derechos que resulta contraria a la Constitución.

Una segunda forma de protección de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, resulta de la posibilidad de emitir sentencias de fondo en los casos de “carencia actual de objeto”. Esta situación se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela, los hechos que dan origen a la petición de amparo cesan, desaparecen o se superan, de modo que la orden impartida por el juez de tutela para la protección del derecho invocado, “caería en el vacío por sustracción de materia”¹⁷⁶.

La carencia actual de objeto puede presentarse de dos maneras: i) por hecho superado y ii) por daño consumado. El hecho superado tiene lugar cuando cesa la amenaza o se repara la violación del derecho alegada antes de proferirse la decisión del juez de constitucional. Mientras que el daño consumado se presenta cuando se produce de forma irremediable el daño al derecho fundamental cuya protección se invoca, de manera que resultaría inane cualquier orden dada por el juez constitucional dirigida a conceder el amparo pretendido.

En los casos de carencia actual de objeto por daño consumado, cuando esta situación tiene lugar durante el trámite de revisión de tutela, la Corte Constitucional puede proceder a estudiar los fallos objeto de revisión y conceder el amparo solicitado, aun cuando no se pueda impartir una orden concreta dirigida a la protección de la faceta subjetiva del derecho conculcado. En estos casos lo que protege la Corte Constitucional es la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y para estos efectos puede declarar que existió la violación de los derechos alegada por el peticionario. Y es que para la Corte

“...más allá de las controversias individuales relativas a la realización de los derechos fundamentales como la que ocupa en este caso a la Sala, es necesario recordar que corresponde al Estado desplegar todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones –

¹⁷⁵ *Ibídem.*

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-612 del 2 de septiembre de 2009, MP.: Humberto Sierra Porto.

tanto en el nivel nacional como en el territorial – con el fin de garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica”¹⁷⁷.

Finalmente, otro mecanismo de protección de la faceta objetiva de los derechos fundamentales, también ligada a los supuestos de carencia actual de objeto por daño consumado, es la posibilidad que tiene la Corte Constitucional de dictar órdenes generales dirigidas a distintas entidades estatales cuyo fin no es proteger el derecho del accionante (por las razones que quedaron expuestas), sino evitar futuras vulneraciones de los derechos fundamentales en situaciones análogas.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dentro de las órdenes o decisiones que corresponde tomar al alto tribunal se encuentran:

“(i) Pronunciarse de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone una determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales; (ii) Hacer una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991; (iii) Informar a quien haya promovido el amparo o a sus familiares de las acciones jurídicas a las que pueden acudir para la reparación del daño; (iv) De ser el caso, compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta que generó el daño”¹⁷⁸.

De particular importancia en este tema resulta la sentencia T-576 de 2008, no sólo por las consideraciones vertidas en ella, sino por las decisiones adoptadas por la Corte en aras de la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En esta sentencia la Corte conoció el caso de un niño que murió como consecuencia de las deficiencias que se presentaron en la prestación del servicio de salud.

Los argumentos de la Corte frente a la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que se reproducen *in extenso*, son los siguientes

*“Se dijo, además, que estos derechos [los derechos fundamentales] constituyen la base sobre la cual se construye todo el ordenamiento jurídico, de ahí, que le corresponda al Estado garantizar la debida protección de estos derechos y en consecuencia no sólo **evitar** que se desconozcan sino que – una vez desconocidos – se adopten las medidas para **prevenir** que se vuelvan a vulnerar. La protección de los derechos constitucionales tiene, entonces, una dimensión personal o subjetiva como una dimensión social, colectiva u objetiva. Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad a que da lugar la vulneración de derechos constitucionales tiene un carácter *prima facie* compensatorio y no sancionador pero se extiende más allá de la mera compensación pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo. Lo anterior, en razón del sentido y alcance que le confiere el ordenamiento constitucional colombiano a los derechos constitucionales en tanto fundamentos del orden jurídico en su conjunto. El Estado actúa en calidad de garante de los derechos*

¹⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-199 del 10 de abril de 2013, MP.: Alexei Julio Estrada.

¹⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-963 del 26 de noviembre de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

constitucionales [...] Justo en relación con lo antedicho cobra especial relevancia lo mencionado en las consideraciones de la presente sentencia cuando se recordó que uno de los propósitos de proteger la dimensión objetiva de los derechos consistía no sólo en reaccionar frente a los desconocimientos o vulneraciones de los derechos sino en prevenir que en el futuro los derechos continúen siendo desconocidos. Con ese propósito las autoridades estatales y, en especial, las autoridades judiciales han de adoptar medidas para garantizar la protección de los derechos y para tal fin han de tener en cuenta los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia y deben observar, de igual modo, la interpretación que de los mismos efectúan las entidades competentes”¹⁷⁹ (negritas del texto original).

Para proteger los derechos fundamentales en su faceta objetiva, la Corte ordena la inclusión de una placa en todas las clínicas de la entidad demandada, en la que se consagre la obligación de los prestadores del servicio de salud de dicha entidad, de proteger en todo momento los derechos fundamentales de los niños; la publicación de la sentencia en diarios de circulación nacional, así como la creación de un protocolo de urgencias médicas en sus clínicas¹⁸⁰.

En definitiva, la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales supone la adopción de una serie de medidas por parte del juez constitucional que permitan avanzar hacia la plena vigencia de estos derechos y la restauración del orden constitucional

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-576 del 5 de junio de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

¹⁸⁰ En lo que aquí interesa, en la parte resolutive de esta sentencia la Corte dispuso: “[...] **COMPULSAR COPIAS** a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación, a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia. [...] **ORDENAR** a la E. P. S. SaludCoop que en reconocimiento de su responsabilidad por la no protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia (i) cuelgue una placa de 50 centímetros por 70 centímetros en lugar destacado y visible a la entrada de todas las Clínicas de SaludCoop E. P. S. en Colombia en las que resalte de manera clara y expresa la obligación en cabeza de las personas que prestan atención en salud a nombre de SaludCoop E. P. S. de proteger en todo momento los derechos constitucionales fundamentales de las niñas y de los niños y, especialmente, sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad; (ii) cree un sistema para financiar una beca anual por el lapso de diez años destinada a beneficiar a alguno (a) de los/las mejores profesionales egresados (as) de las Facultades de Medicina del País interesado (a) en efectuar estudios de investigación en temas relacionados con urgencias infantiles en Centros Universitarios Acreditados Institucionalmente con el fin de que, una vez finalizados los estudios, estos (as) profesionales presten sus servicios en las clínicas de SaludCoop E. P. S. **SEXTO.- ORDENAR** a SaludCoop E. P. S. que dentro del término de seis meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia establezca un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas en sus Clínicas encaminado a fijar prioridades así como a exigir efectividad, calidad y rapidez en la atención e instruya respecto del mismo a todo su personal administrativo y médico. **SEPTIMO.- ORDENAR** a SaludCoop E. P. S. que publique dentro del término perentorio de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia, al menos una vez en dos diarios de amplia circulación nacional, el texto contenido en el **fundamento jurídico 77** así como la **parte resolutive de la presente sentencia**. **OCTAVO.- INSTAR** al Defensor del Pueblo para que efectúe el debido seguimiento, respecto del estricto cumplimiento de este fallo y remita a la Corte Constitucional un informe completo sobre el particular (negritas del original)”.

trastocado con el acto vulnerador más allá de los intereses iusfundamentales del peticionario.

3. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Como ha quedado expuesto, los derechos fundamentales tradicionalmente han sido entendidos como límites al poder o como derechos de defensa que van dirigidos principalmente al Estado quien debe abstenerse de cualquier injerencia indebida en la esfera de libertad de los individuos.

A esta concepción de los derechos fundamentales, propia del Estado liberal, contribuyó la teoría de los derechos públicos subjetivos, desarrollada principalmente por Jellinek, y que sirvió de base durante mucho tiempo para sustentar el carácter de los derechos fundamentales y su oponibilidad principalmente al Estado.

Aunque sin desconocer que los derechos fundamentales mantienen su faceta subjetiva, esto es, que se trata de derechos subjetivos y cuyo destinatario es ante todo el Estado, la dogmática de los derechos fundamentales ha evolucionado y ha reconocido, junto con su tradicional faceta subjetiva, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Esta dimensión objetiva, como tuvimos oportunidad de exponerlo en el apartado anterior, concibe los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores cuyo ámbito de actuación va más allá de las pretensiones individuales de los ciudadanos. En este sentido, una de las consecuencias del desarrollo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es precisamente su aplicación a las relaciones privadas o la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung* en la terminología alemana, en donde hunde sus raíces).

En este apartado estudiaremos los aspectos generales de la doctrina de la *drittwirkung* en tanto su reconocimiento se constituye en presupuesto indispensable y punto de partida de la presente investigación.

Ciertamente, sólo a partir del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones particulares –incluido, de más está decirlo, el contrato de trabajo– es que se puede acudir al estudio de la forma en que estos derechos penetran las relaciones laborales y por consiguiente, la forma en que se protegen y reparan las violaciones a los mismos.

En todo caso, el estudio que haremos aquí se limitará a señalar algunas cuestiones de la *drittwirkung* que se consideran esenciales para el posterior desarrollo de la investigación, ya que la amplitud y complejidad de la materia desborda con creces el objeto de este trabajo¹⁸¹.

La discusión acerca de la posibilidad de que los derechos fundamentales desplegaran su eficacia en las relaciones privadas, tiene origen en la doctrina alemana encontrando eco prontamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Y aunque se pueden encontrar algunos antecedentes durante la vigencia de la Constitución de Weimar, es con el desarrollo constitucional de la segunda posguerra que puede hablarse de la *drittwirkung* con los efectos y alcances que hoy tiene¹⁸².

Uno de los primeros casos en los que se discutió la cuestión a nivel doctrinal, fue el surgido a raíz de lo estatuido en el artículo 3.2 de la Ley Fundamental que consagra la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. El debate suscitado a partir de aquí, fue el de sí en virtud de esta disposición, se podía proclamar la igualdad salarial entre hombres y mujeres que desempeñaran el mismo trabajo. El asunto fue resuelto por el Tribunal Federal del Trabajo en favor de la aplicación directa del precepto fundamental de la igualdad¹⁸³. Posteriormente, en el ya mencionado fallo Lüth, el Tribunal Constitucional Federal daría aplicación judicial a la doctrina de la *drittwirkung*.

La resistencia inicial a que los derechos fundamentales ejercieran su influencia en las relaciones entre particulares, se debía principalmente a que sus contradictores veían en ello el aniquilamiento de uno de los pilares sobre los que se había construido el derecho privado: la autonomía de la voluntad.

Se sostuvo, pues, que la doctrina de la *drittwirkung* entrañaba una contradicción insalvable en la medida en que el ejercicio de la autonomía privada era a su vez el ejercicio de un ámbito de libertad, lo que suponía que dicha libertad se vería desconocida como

¹⁸¹ Para un estudio a profundidad acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, remitimos a las obras de JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000 y BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹⁸² JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 93. El autor señala el artículo 118 de la Constitución de Weimar que permitía aplicar la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales y económicas, así como el 159 que garantizaba la libertad de asociación frente a restricciones de índole privada.

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 95-96.

consecuencia del aniquilamiento de la autonomía privada que supondría el hecho de aceptarse la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas¹⁸⁴.

De otra parte, las relaciones entre particulares que tienen lugar al amparo del Derecho Privado, se entienden como la máxima expresión de la igualdad jurídica entre las partes contratantes, igualdad que a su vez constituye una manifestación de la libertad que expresa el principio de la autonomía privada.

No obstante, esta igualdad es más formal que real, de manera que la superación de esa convicción igualitaria es lo que ha permitido el ejercicio de los derechos fundamentales al interior de estas relaciones.

La igualdad de las partes se ve cada vez más desvirtuada por los grandes grupos económicos o sociales que ejercen un poder *de facto* similar al del Estado y que en esta medida ocupan un lugar de privilegio frente al ciudadano, convirtiéndose así en sujetos potencialmente capaces de vulnerar los derechos fundamentales de las personas¹⁸⁵.

Adicionalmente, el pretendido carácter absoluto de la autonomía privada que defienden los detractores de la *drittwirkung* es más aparente que real, ya que dicha autonomía tradicionalmente ha estado sujeta, al interior del propio derecho privado, al respeto de normas imperativas que implican su sujeción al orden público y las buenas costumbres¹⁸⁶.

También se ha acudido a un argumento histórico para rechazar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En este sentido, se ha dicho que los derechos fundamentales nacieron y tienen su razón de ser en el ámbito de las relaciones entre el individuo y el Estado, ya que aquellos se concibieron como límites al poder¹⁸⁷.

Esta concepción de los derechos fundamentales llevó a los críticos de la *drittwirkung* a sostener que si lo pretendido era la imitación del poder estatal frente a los ciudadanos, no tiene sentido extender tales derechos a las relaciones entre particulares, donde las partes actúan en igualdad de condiciones.

¹⁸⁴ PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 205-209.

¹⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ..., *Lecciones...*, pág. 339-340.

¹⁸⁶ JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 118.

¹⁸⁷ PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 206.

Frente al anterior argumento se pueden hacer valer las mismas consideraciones expuestas anteriormente respecto del verdadero alcance de la igualdad en las relaciones privadas y de cómo algunos particulares ejercen un poder de hecho que desvirtúa dicha igualdad.

Más allá de las voces contrarias, se levantan también la de los partidarios de esta eficacia quienes muestran los argumentos a favor extraídos del propio texto de la Constitución. Así y por citar sólo uno de ellos, Peces-Barba¹⁸⁸ sostiene que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales encuentra sustento en i) el artículo 1.1 CE que no restringe los valores superiores al ámbito del Derecho Público, sino que estos irradian todo el ordenamiento jurídico; ii) el artículo 9.1 CE que consagra la sujeción a la Constitución tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos, quedando por tanto estos últimos vinculados a los derechos fundamentales; iii) el artículo 10.1 CE que al referirse a los derechos que son inherentes a la dignidad de la persona como fundamentos del orden político y de la paz social, lo que hace es convertirlos en informadores de las relaciones sociales, entre las que se encuentran evidentemente las relaciones entre los particulares.

También hay quienes sostienen, frente a aquellos que dicen que no hay base textual en la Constitución española que permita afirmar categóricamente que los derechos fundamentales proyectan su eficacia frente a particulares, que precisamente la cuestión debe plantearse en los términos contrarios, esto es, que no existe disposición alguna en la Constitución que conlleve a negar terminantemente la *drittwirkung*¹⁸⁹.

Así, para Prieto Sanchís, de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE acerca de la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, no se puede colegir que se excluya su aplicación a las relaciones entre particulares, ya que dicho artículo regula los modos de producción normativa de los derechos fundamentales y, en ese sentido, resulta apenas lógico que sólo haga alusión a los poderes públicos.

¹⁸⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ..., *Lecciones...*, pág. 344. En todo caso, el autor prefiere hablar de validez antes que de eficacia para referirse al aspecto sustancial de la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares. Ciertamente, sostiene que lo que la doctrina denomina eficacia horizontal, en realidad hace referencia a los ámbitos personal y material de validez de estos derechos, esto es, los titulares de los mismos y las relaciones jurídicas a las que se aplican. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones privadas es una cuestión de validez, mientras que la eficacia hace referencia al aspecto procesal, es decir, a la procedencia o no del recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales (PECES-BARBA MARTÍNEZ..., *Lecciones...*, pág. 333-334).

¹⁸⁹ BILBAO UBILLOS..., *La eficacia...*, pág. 350 y PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 210.

Lo cierto es que en el ordenamiento español es admitida la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como tendremos oportunidad de exponerlo más adelante a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Idéntica situación se predica del ordenamiento jurídico colombiano, en donde su consagración expresa en la vigente Constitución, ha evitado los debates doctrinales y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la *drittwirkung*.

3.1. La eficacia mediata e inmediata de los derechos fundamentales

A pesar de que la cuestión no ha sido pacífica en la doctrina y aunque aún se alzan voces en contra de la *drittwirkung*¹⁹⁰, hoy existe prácticamente un consenso general en favor del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Así las cosas, la discusión se ha trasladado a la forma en que dicha eficacia se despliega en las relaciones *inter privatos* o a la intensidad de la misma¹⁹¹.

Se habla entonces de una eficacia indirecta o mediata y de una eficacia directa o inmediata. Para la teoría de la eficacia mediata, la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, se logra mediante la intervención de los poderes públicos; es decir, que para que los derechos fundamentales tengan operatividad en las relaciones entre particulares, siempre se requerirá la actuación de un poder público.

Aunque partidario de la eficacia directa, para Bilbao Ubillos¹⁹² esta intervención puede provenir tanto del juez como del legislador, trasladándose entonces la discusión a determinar cuál de las dos vías debe tener preferencia sobre la otra.

En este sentido, sostiene que el legislador tiene un papel preferente en la acomodación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares. Sin embargo, considera que

¹⁹⁰ Una de estas voces parece ser la de Díez-Picazo quien encuentra que la postura en contra de la eficacia horizontal, “parte de presupuestos intelectuales más refinados” y además “conduce a resultados más coherentes”. En esta línea, defiende que la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales es incompatible con la autonomía privada y por ende con el concepto de libertad. De otra parte, continúa Díez-Picazo, no se puede sostener que todos los derechos fundamentales tengan lugar en las relaciones entre particulares, lo que obligaría a distinguir entre derechos y situaciones; dando lugar a una dificultad insalvable ya que no existen criterios racionales y objetivos para decidir cuándo debe predicarse la eficacia horizontal y cuando no. Finalmente, sostiene que el legislador puede extender la esfera de aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, pero en este caso se trataría de derechos con rango legal, frente a los cuales el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para crearlos, modificarlos o suprimirlos. (DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2013, pág. 144-145).

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 468.

¹⁹² BILBAO UBILLOS..., *La eficacia...*, pág. 283-302.

esta mediación legislativa no puede considerarse como indispensable para que los derechos fundamentales proyecten su eficacia en el terreno particular, ya que si el reconocimiento del derecho depende de la voluntad del legislador, no se trataría de un derecho fundamental.

En la orilla contraria se sitúa Julio Estrada¹⁹³ quien, no sólo es partidario de la eficacia directa de los derechos fundamentales, sino que rechaza la posibilidad de intervención del legislador como manifestación de la eficacia mediata, ya que lo que en realidad sucede, es la vinculación del legislador a los derechos fundamentales.

Así mismo, sostiene que la *drittwirkung* por acción del legislador no es más que una negación de la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales, ya que al ser necesaria la intervención legal mediante normas de derecho privado para predicar dicha eficacia, estaríamos en presencia de la sujeción de los particulares a la ley y no a la Constitución¹⁹⁴.

De esta manera, de aceptarse la eficacia mediata, esta tendría lugar por la intervención del juez quien sería el encargado de introducir los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente, según la concepción de Dürig¹⁹⁵.

Por otra parte, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales supone su aplicación directa a las relaciones entre particulares sin necesidad de intervención o mediación alguna por parte de los poderes públicos. Se trata de la opción que en mayor medida garantiza la vigencia de los derechos fundamentales y que supone un mayor respeto del valor normativo de la Constitución.

No exenta de críticas la teoría de la eficacia directa, las mismas se reconducen al aniquilamiento del principio de autonomía privada y por tanto de la libertad negocial, como de forma general se arguye en contra de la *drittwirkung*, razón por la cual, frente a ellas nos remitimos a lo dicho anteriormente.

En lo que respecta a la doctrina del Tribunal Constitucional, hay que decir que en la jurisprudencia de este Tribunal no se pueden encontrar elementos que de forma categórica permitan afirmar su adscripción a una de las dos teorías sobre la *drittwirkung*, esto es, la

¹⁹³ JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 115.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pág. 115

¹⁹⁵ *Ibidem*, pág. 115.

eficacia mediata o inmediata. Por el contrario, se pueden encontrar pronunciamientos en una y otra dirección.

Así, es común encontrar sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente en cuestiones laborales, que sin mencionar expresamente una eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros, es claro que se adhieren a esta teoría. En esta dirección se inscribe la STC 88/1985 que entre otras cosas, constituye una de las sentencias hito en lo que al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del trabajador se refiere. En aquella ocasión sostuvo el Tribunal que

“La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a), y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”¹⁹⁶

De otra parte, en la STC 6/1988 el Tribunal Constitucional vierte consideraciones que bien pueden ser interpretadas como una defensa de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones laborales al afirmar que

“...las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales –las de lealtad, confianza y buena fe– pueden ser objeto de examen por este Tribunal –y no sólo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación–, cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental”¹⁹⁷.

Más allá de la discusión acerca de si la eficacia que despliegan los derechos fundamentales en las relaciones particulares es directa o indirecta, lo que nos interesa resaltar aquí es que el reconocimiento de la *drittwirkung* no genera el más mínimo asomo de duda en lo que a las relaciones laborales se refiere; cuestión a la que ya nos hemos referido y sobre la que regresaremos más adelante, previo estudio de los aspectos procesales que se derivan de la *drittwirkung*.

¹⁹⁶ STC 88/1985 de 19 de julio [RTC 1985, 88].

¹⁹⁷ STC 6/1988 de 21 de enero [RTC 1988, 6].

3.2. La cuestión procesal

La falta de una estipulación expresa acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, ha contribuido en la discusión, no sólo de la forma en que estos derechos ejercen su influencia en las relaciones entre particulares (eficacia directa o indirecta), sino en la procedencia misma de dicha eficacia.

Así mismo, una dificultad adicional que contribuye a oscurecer el panorama entre defensores y detractores de la *drittwirkung* y que ha sido puesta de presente por la doctrina¹⁹⁸, es la confusión que en ocasiones existe acerca de los aspectos procesales y sustanciales de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En efecto, la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, presenta dos aristas que son independientes entre sí y que por tanto deben analizarse por separado. En primer lugar, la cuestión sustancial acerca de si los derechos fundamentales despliegan su eficacia en las relaciones privadas (aspecto que ya fue estudiado) y, en segundo término, lo relacionado con la procedencia o no de los mecanismos constitucionales de protección de derechos fundamentales en este tipo de relaciones.

En este sentido, se incurre en un error al sostener que los derechos fundamentales no tienen vigencia en las relaciones *inter privatos* sólo porque el recurso de amparo está vedado para este tipo de relaciones y circunscrito a las actuaciones de los poderes públicos; como se sostuvo en gran parte de la doctrina española en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978¹⁹⁹.

Tal aseveración equivale a sostener que un derecho sólo es fundamental si su protección se puede obtener mediante el recurso de amparo, lo que implica confundir la fundamentalidad del derecho con las consecuencias que de ella se derivan. Igual sucede con la doctrina de la *drittwirkung*. Una cosa es que los derechos fundamentales tengan plena vigencia en las relaciones privadas y otra muy distinta es la vía procesal para la protección de estos derechos en estas circunstancias.

¹⁹⁸ Cfr. JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 151 y ss, PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 210 y ss, PECES-BARBA MARTÍNEZ..., *Lecciones...*, pág. 333 y ss, y DíEZ-PICAZO..., *Sistema...*, pág. 140 y ss.

¹⁹⁹ Cfr. JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 151-164.

La redacción del artículo 41.2 LOTC no contribuye precisamente a esclarecer el asunto. En efecto, quienes sostienen la improcedencia del recurso de amparo frente a particulares²⁰⁰, toman como fundamento este artículo ya que en él se restringe su ámbito de aplicación a los actos y omisiones que provengan de “los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

En todo caso, los defensores de esta tesis coinciden en que se trata de un escollo de carácter legal y no constitucional. Es decir, de las previsiones de los artículos 53.2 y 161.1.b CE, se desprende que el constituyente defirió al legislador la facultad de regular la forma y los casos en que procede el recurso de amparo. En virtud de este margen de configuración otorgado, en el artículo 41.2 LOTC se decidió restringir su procedencia a las violaciones a los derechos fundamentales que tuvieran su origen en actos u omisiones de los poderes públicos.

También sostienen, en orden a no desconocer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que el recurso de amparo no es la única vía judicial para la protección de estos derechos, ya que existen los procedimientos especiales de protección que se adelantan ante la jurisdicción ordinaria por habilitación del artículo 53.2 CE; como es el caso del previsto en el artículo 177 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Debe aceptarse, entonces, que las previsiones del artículo 41.2 LOTC constituyen un verdadero obstáculo en orden a obtener la protección de los derechos fundamentales en las relaciones particulares por la vía del recurso de amparo; sin que esto signifique, como quedó dicho, que esta improcedencia equivalga a una negación de la eficacia de los derechos fundamentales en este tipo de relaciones.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha sorteado este inconveniente y ha entrado a conocer de la violación de los derechos fundamentales que tiene su origen en el tráfico privado. Y lo ha hecho a través del artículo 44 LOTC que regula la procedencia del recurso de amparo frente a sentencias judiciales.

Con fundamento en este artículo, el TC ha utilizado la doctrina de la “imputación judicial”, según la cual, cuándo en un proceso que se adelante ante los jueces ordinarios, se pretenda la protección de un derecho fundamental que ha sido vulnerado por un particular y el juez

²⁰⁰ Se adhieren a esta posición PECES-BARBA MARTÍNEZ..., *Lecciones...*, pág. 348-351 y DíEZ-PICAZO..., *Sistema...*, pág. 141.

no otorgue la protección deprecada, pasa a ser el órgano judicial quien desconoce el derecho fundamental alegado y por tanto, procede su protección por vía de amparo ex artículo 44 LOTC. Así, en la STC 55/1983, sostuvo:

“Entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si, pues, al no haber dado respuesta la sentencia impugnada a lo que la acción del demandante planteaba, el órgano que la dictó incurrió sin más, como vimos, en violación del artículo 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1)”²⁰¹.

Ahora bien, nótese que en todo caso, según el artículo 44 LOTC, este mecanismo sólo es procedente cuando la lesión del derecho fundamental que se alega, tiene su origen “inmediato y directo” en la actuación del juez ordinario, señalando además que dicha vulneración debe darse con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso y sobre los cuales no le es dado al Tribunal Constitucional pronunciarse.

Lo anterior significa que no es clara la forma en que se puede imputar al órgano judicial la violación del derecho fundamental de forma inmediata y directa como lo exige la LOTC si la lesión tuvo su origen en la actuación de un particular. La pretendida omisión del juez ordinario en la protección del derecho fundamental, constituirá a lo sumo, una vulneración mediata de los derechos fundamentales del demandante, de manera que dicha actuación escapa del control por vía de amparo como se desprende del artículo 44 LOTC.

Algunos autores²⁰² dan cuenta de esta inconsistencia sosteniendo que precisamente por tratarse de una dificultad insalvable, el Tribunal Constitucional omite en muchas ocasiones el pronunciamiento acerca del fundamento de la procedencia del amparo cuando la lesión le es imputable a un particular. De igual forma, sostienen que la doctrina de la imputación judicial, aunque garantista, no deja de resultar artificiosa ya que no justifica de forma contundente el argumento que sirve de base para imputar la lesión a los jueces ordinarios.

Sea como fuere, lo cierto es que para el Tribunal Constitucional si es posible recurrir en amparo las violaciones a los derechos fundamentales que tengan lugar en las relaciones particulares, haciendo uso del artículo 44 LOTC, esto es, siempre que dicha vulneración

²⁰¹ STC 55/1983 de 22 de junio [RTC 1983, 55].

²⁰² Cfr. JULIO ESTRADA..., *La eficacia...*, pág. 179, PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 217, BILBAO UBILLOS..., *La eficacia...*, pág. 283-302 y DíEZ-PICAZO..., *Sistema...*, pág. 142.

pueda ser imputable a una autoridad judicial que se ha abstenido de brindar la protección en el proceso correspondiente.

3.3. La Drittwirkung en el ordenamiento colombiano

Como ya habíamos adelantado, el ordenamiento jurídico colombiano ha sido ajeno a las discusiones acerca de si los derechos fundamentales pueden ejercerse en el marco de las relaciones jurídicas entre particulares y de si dicho ejercicio, en caso de que sea posible, se hace de forma directa o indirecta.

Lo anterior es así porque la cuestión fue decidida de forma expresa por el constituyente de 1991, que al establecer el mecanismo de protección de los derechos fundamentales –la acción de tutela-, dispuso que la ley regularía su procedencia frente a particulares en tres casos: i) cuando estuvieren encargados de la prestación de un servicio público, ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo y iii) cuando el solicitante se halle, respecto del particular, en estado de indefensión o subordinación²⁰³.

De esta manera y aunque, como ya hemos advertido, la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales engloba dos aspectos que son independientes entre sí –la cuestión sustancial y la procesal-, la introducción de la *drittwirkung* en el ordenamiento jurídico colombiano se dio de forma expresa y a raíz de la regulación del aspecto procesal.

Esta situación ha determinado que en el debate jurídico colombiano se eche de menos la discusión acerca de si la eficacia es directa o indirecta: simplemente el constituyente decidió que los derechos fundamentales despliegan su eficacia de forma directa en las relaciones entre particulares y, para garantizarlos, estableció la procedencia de la acción de tutela, aunque restringida a los casos mencionados.

²⁰³ Artículo 86 C.P.: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Pues bien, la situación del trabajador encaja perfectamente en el segundo de los supuestos anotados, esto es, cuando el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación respecto de la persona contra quien dirige la tutela. En estos casos la Corte ha entendido que para efectos de la procedencia de la acción de tutela, se entiende que la terminación del contrato de trabajo no desvirtúa la existencia de la subordinación cuando los hechos que originan la petición de amparo tienen su origen en el contrato.

“Esta Corporación considera que si un trabajador se encuentra en una posición de subordinación con respecto a su empleador, así este último sea un particular, la acción de tutela debe proceder en busca de la protección de los derechos fundamentales vulnerados, en razón al carácter dominante que ejerce el patrono y que agrava el estado de indefensión en que se encuentra su trabajador. De esta manera, se tiene que cuando un obrero depende de su empleador por el vínculo laboral que existe entre los dos, la terminación del contrato de trabajo no implica por sí sola que el estado de subordinación ha desaparecido, máxime cuando la situación que motiva la interposición de una acción de tutela tiene su origen en un aspecto que es consecuencia directa del contrato laboral que se terminó”²⁰⁴.

3.4. La *Drittwirkung* y el contrato de trabajo

Uno de los argumentos que le han servido a los detractores de la eficacia directa de los derechos fundamentales para oponerse a ella, puede ser útil para sustentar su procedencia en el ámbito del contrato de trabajo. En efecto, se sostenía que la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares destruiría el principio de la autonomía privada, fundamento del Derecho Civil y pilar de las relaciones que surgen a su amparo.

Pues bien, este argumento no es oponible a las relaciones de trabajo ya que, precisamente, uno de los rasgos distintivos del Derecho Laboral es la casi nula presencia de la autonomía de la voluntad en la ordenación del contrato de trabajo. Esta disciplina nació al margen de dicho principio y especialmente bajo el afán de tutela del trabajador frente a los efectos perversos de la aplicación de instituciones, que como la autonomía de la voluntad, suponían a los contratantes en igualdad de condiciones con absoluto desconocimiento de la realidad imperante.

Esta estructura desigual, que resulta consustancial al contrato de trabajo, implicó una revisión de los principios y categorías contractuales civiles que dieron lugar al nacimiento del Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento con prescindencia de dichos principios²⁰⁵.

²⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia T-214 del 28 de marzo de 2011, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual> EN: VILLA GIL, Luis Enrique de la; LÓPEZ

Así las cosas, el desconocimiento de la autonomía privada no solo no se puede oponer como argumento en contra de la *drittwirkung* en el contrato de trabajo, sino que se puede afirmar sin temor a equívocos, que las mismas razones o circunstancias expuestas y que dieron lugar al nacimiento del derecho laboral, sirven hoy para justificar la plena aplicación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

A partir de aquí, la cuestión estriba en determinar la forma como se ejercen esos derechos en la relación laboral de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal constitucional²⁰⁶, teniendo en cuenta la tensión que de suyo genera la aplicación de los derechos fundamentales frente al poder de dirección empresarial.

Sea lo primero decir que los derechos fundamentales actúan como elemento racionalizador de los poderes empresariales que no podrán ejercerse de forma omnímoda, sino en consonancia con las garantías fundamentales de los trabajadores a las que se encontrarán sometidos como consecuencia del reconocimiento de la *drittwirkung*. Es por esto que la doctrina *iuslaboralista* habla de la modulación de las obligaciones contractuales impuesta por los derechos fundamentales del trabajador²⁰⁷.

Si tradicionalmente se ha hablado de la sujeción de los trabajadores a los poderes del empresario por cuenta de la subordinación propia del contrato de trabajo, ahora se pregona la sujeción de tales poderes al respeto de las garantías fundamentales. En palabras del profesor Rodríguez-Piñero, “la interiorización de los derechos fundamentales integra el contrato de trabajo y modula y racionaliza el ejercicio de los poderes empresariales”²⁰⁸.

Pero la relación entre derechos fundamentales y poderes empresariales es una relación bilateral en el sentido de que, no sólo la garantía de los derechos fundamentales del trabajador condiciona el ejercicio de los poderes del empresario; sino que estos últimos, a su vez, condicionan el ejercicio de tales derechos en el contrato de trabajo. Es decir, así como los poderes de control y dirección del empresario se encuentran limitados por el respeto de los derechos fundamentales del trabajador; el alcance de estos derechos cuando

CUMBRE, Lourdes (dirs.). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003, pág. 111.

²⁰⁶ En este apartado sólo haremos referencia al ordenamiento español debido las circunstancias anotadas anteriormente respecto al reconocimiento expreso de la eficacia horizontal en el ordenamiento jurídico colombiano.

²⁰⁷ En este sentido ver REY GAUNTER, Salvador del. <Contrato de trabajo y derechos..., RODRÍGUEZ-PIÑERO, <La integración de los derechos..., ORTÍZ LALLANA, Carmen. <Derechos fundamentales... y RIVERO LAMAS, Juan. <Derechos fundamentales y contrato...

²⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO..., <La integración de los derechos..., pág. 217.

son ejercidos en el marco de una relación de trabajo queda limitado por los poderes empresariales.

No debe olvidarse que los poderes de dirección y control del empresario encuentran sustento constitucional en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución española, y aunque según el texto constitucional no se trata de un derecho fundamental²⁰⁹, dicha libertad sí impone restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador.

Para el Tribunal Constitucional “*la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE*”²¹⁰.

De igual forma, el Tribunal Constitucional ha señalado otro límite de los derechos fundamentales: el principio general de la buena fe. En efecto, ha dicho que la buena fe, de estricta observancia en la ejecución del contrato de trabajo, limita el alcance de los derechos fundamentales cuando son ejercidos por los trabajadores en desarrollo de un vínculo de esta naturaleza. En esta línea, algunas actuaciones que realizadas bajo el amparo de un derecho constitucional pueden resultar legítimas, no lo son cuando las mismas se ejercen dentro del marco del cumplimiento de obligaciones contractuales en el contrato de trabajo²¹¹.

En concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, gran parte de la doctrina ve también en la buena fe un límite al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Esta consideración parte de entender que los derechos fundamentales integran el contenido del contrato y no operan simplemente como límite externo, de manera que al

²⁰⁹ Como señala Sagardoy Bengoechea, el TC ha limitado el carácter de derechos fundamentales a los previstos en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la CE por ser estos sobre los que opera la reserva de ley orgánica a la que se refiere el artículo 81.1 CE. Sin embargo, junto con algún sector de la doctrina, defiende el carácter fundamental de la libertad de empresa porque participa de los rasgos definitorios de estos derechos: gozar de tutela judicial y estar el legislador obligado al respeto de su contenido esencial. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; GIL Y GIL, José Luis. <Los derechos constitucionales del empresario> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 363.

²¹⁰ STC 196/2004 de 15 de noviembre [RTC 2004,196].

²¹¹ STC 126/2003 de 30 de junio [RTC 2003, 126].

ser “interiorizados” por el contrato, deben ejercerse en consonancia con los principios y obligaciones que surgen de aquel, entre ellos, la buena fe.

Se ha dicho entonces que la existencia del poder de dirección empresarial no exceptúa el reconocimiento de los derechos fundamentales, lo que hace es “adaptar, flexibilizar o modalizar” su contenido y alcance en estos casos²¹². Y esto es así porque, tratándose de relaciones particulares, se acepta que existan “condicionamientos impuestos por normas infraconstitucionales y por la regulación de intereses que se ha llevado a cabo mediante el contrato”²¹³.

Sin embargo este papel de la buena fe como limitador de los derechos fundamentales de los trabajadores ha sido criticado por un sector de la doctrina. Ciertamente, se ha dicho que los derechos fundamentales no admiten más limitaciones que las que vienen impuestas o se derivan del texto constitucional, y dado que la buena fe no tiene referencia ni explícita ni implícita en la Constitución española, no puede sostenerse que la misma se erija como límite de los derechos fundamentales. Aceptar lo contrario sería negar de tajo el valor normativo de la Constitución²¹⁴.

Posteriormente, y sin abandonar la jurisprudencia sobre el valor de la buena fe, el Tribunal Constitucional empezó a utilizar el criterio de la proporcionalidad para enjuiciar las limitaciones a los derechos fundamentales del trabajador. En este sentido, aunque ha sido constante al señalar que los derechos fundamentales de los trabajadores se encuentran limitados cuando su ejercicio tiene lugar en la relación de trabajo, también ha dicho que la limitación, para que sea legítima, debe superar el juicio de proporcionalidad.

De acuerdo entonces con la jurisprudencia constitucional, para que la restricción al derecho fundamental del trabajador se considere ajustada a la Constitución, deben estar satisfechos los siguientes requisitos: i) que sea adecuada para alcanzar el fin propuesto (juicio de idoneidad), ii) que resulte necesaria por no existir otra medida menos restrictiva pero con igual eficacia (juicio de necesidad) y, iii) que se adecúe al llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la medida sea “ponderada o equilibrada, por derivarse de

²¹² SEMPERE NAVARRO, Antonio V. <Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 277.

²¹³ RIVERO LAMAS..., <*Derechos fundamentales y contrato...*, pág. 508.

²¹⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. <Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español>. *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso. 2011, Núm. 36, pág. 141-164.

ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”²¹⁵.

De igual forma se debe tener en cuenta que, por la misma naturaleza de las relaciones de trabajo, el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, en el mayor de los casos, chocará con los derechos constitucionales del empresario. Al no existir un rango o jerarquía entre los derechos constitucionales, esta colisión deberá resolverse mediante la aplicación de la técnica de ponderación de derechos.

En el contrato de trabajo, estando de por medio la restricción a un derecho fundamental del trabajador por parte del empresario, el papel de la ponderación es “examinar, de un lado, la limitación sufrida, y, de otro, la adecuación (necesidad) y proporcionalidad de la medida empresarial restrictiva del ejercicio del derecho fundamental del trabajador a la naturaleza del trabajo realizado y a la satisfacción de los intereses protegidos por la libertad de empresa u otros derechos fundamentales del empresario”²¹⁶.

En definitiva, la aplicación del principio de proporcionalidad y la técnica de la ponderación, garantiza que las restricciones a los derechos fundamentales sea la estrictamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, evitando de esta manera un sacrificio excesivo de los derechos reconocidos en la Constitución a los trabajadores.

4. Los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano

La Constitución colombiana de 1991, a diferencia de la española y de la interpretación que sobre este punto se le ha dado, no establece una lista cerrada de derechos fundamentales, es decir, no adopta un sistema *numerus clausus* en esta materia, a pesar de la existencia del Capítulo I del Título II C.P. que se denomina: “de los derechos fundamentales”.

En efecto, una lectura inicial de la estructura del Título II de la C.P., cuya división parece acoger la concepción generacional de los derechos, llevaría a pensar que sólo los contenidos en el capítulo I son derechos fundamentales por ser precisamente esta la denominación de dicho capítulo.

²¹⁵ STC 186/2000 de 10 de julio [RTC 2000, 186], reiterando lo dicho en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66]; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55]; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207] y, 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37].

²¹⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia. <La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe >. *Relaciones laborales*. 2004, núm. 1, pág. 147.

Sin embargo, una conclusión contraria se desprende de diversos artículos de la Constitución, de algunos del decreto que regula el ejercicio de la acción de tutela y de la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional que desde sus inicios rechazó la idea de un listado taxativo de derechos fundamentales contenido en la Constitución de 1991.

Ciertamente, el artículo 94 C.P. al que ya hemos hecho mención, señala que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, también nos da indicaciones en este sentido al señalar que cuando “una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

De la sola lectura de las dos disposiciones transcritas se puede descartar la idea de una lista cerrada y excluyente de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto viene a ser corroborado por la Corte Constitucional en numerosas sentencias en las que ha determinado cuáles derechos tienen el carácter de fundamental en la Constitución colombiana, estableciendo para ello varios criterios entre los que se puede contar la íntima conexión con la dignidad humana que se desprende del artículo 94 como lo expondremos a continuación.

La limitación de los derechos fundamentales a los enlistados en el capítulo I fue tempranamente rechazada por la Corte Constitucional. Así, en la sentencia T-002 de 1992, la Corte habló de una serie de criterios principales y subsidiarios de determinación de los derechos fundamentales.

Los criterios principales a los que se refirió la Corte fueron dos: i) que se tratara de un derecho esencial a la persona humana (criterio material) y ii) que existiera un reconocimiento expreso en la Constitución del respectivo derecho como un derecho fundamental (criterio formal)²¹⁷.

²¹⁷ Para la Corte este requisito se predica únicamente de los derechos enumerados en el artículo 44 C.P. como derechos fundamentales de los niños.

Los auxiliares por su parte, eran i) los tratados internacionales sobre derechos humanos que operan como criterio interpretativo de los derechos fundamentales (artículo 93 C.P.), ii) la inclusión como derechos de aplicación inmediata en el artículo 85 C.P., iii) los derechos que poseen un “plus” de garantía para su modificación y iv) la determinación de los derechos fundamentales por su ubicación y denominación.

Aunque la Corte de forma temprana dejó de reiterar expresamente la doctrina de los criterios principales y auxiliares, lo que sí quedó establecido con esta sentencia y fue reiterado posteriormente en diversas ocasiones, fue el alcance y el valor dentro del ordenamiento de la interpretación *a rúbrica* (por el título) y *sedes materiae* (por la ubicación) para la identificación de los derechos fundamentales.

Para la Corte Constitucional, la ubicación y titulación de las normas constitucionales – incluidas evidentemente las de derecho fundamental- sólo contienen un valor indicativo que puede servir de “información subsidiaria” al intérprete, ya que la división del texto de la Constitución en artículos y capítulos, fue obra de una comisión codificadora encargada de dicha tarea y por tanto no refleja la voluntad del constituyente²¹⁸.

En otras palabras, del estudio de las actas de la Asamblea Constituyente no se infiere que haya sido la intención de esta última limitar los derechos fundamentales a los establecidos en el capítulo I del título II de la Constitución porque esta división no fue votada y aprobada por dicha Asamblea.

Una vez descartada la posibilidad por parte de la Corte Constitucional de determinar el catálogo de derechos fundamentales a partir de la ubicación de los mismos en el texto de la Constitución, la propia Corte ha establecido una serie de criterios que permitan determinar la fundamentalidad de un derecho, de manera que para dilucidar esta cuestión hay que recurrir principalmente a la jurisprudencia constitucional.

Uno de los principales criterios de ampliación del catálogo de derechos fundamentales que ha sostenido la Corte desde sus inicios es el de la conexidad. Según esta doctrina, un derecho que en principio no es fundamental, puede ser considerado como tal cuando está en íntima relación con otro derecho que sí lo es o con principios y valores constitucionales, de manera que la afectación del primero, implique un desconocimiento del(los) segundo(s).

²¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-002 del 8 de mayo de 1992, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Este argumento se inicia con la sentencia T-406 de 1992, en el que la Corte Constitucional señala que existen tres requisitos esenciales que sirven para determinar si un derecho participa del carácter fundamental. Tales requisitos son i): la conexión directa del derecho con los principios constitucionales, en tanto los derechos fundamentales son emanación directa de tales principios, ii) la eficacia directa, es decir, que pueda ser aplicado sin mediación o intervención normativa y, iii) el contenido esencial, esto es, el núcleo básico no susceptible de interpretación o sometido a las dinámicas propias de las coyunturas políticas.

Y respecto de la conexión con un derecho fundamental dijo que “algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección”²¹⁹.

En sentencias posteriores la Corte se centró en la reiteración del argumento de la conexidad, no sucediendo lo mismo con los otros dos criterios, sin que esto haya significado una rectificación de los mismos.

Así, en la sentencia T-491 de 1992, la Corte dio una definición de lo que son los derechos fundamentales por conexidad, entendiendo por tales “aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”²²⁰.

Por regla general, la Corte Constitucional utilizaba el argumento de la conexidad para proteger derechos económicos, sociales y culturales (DESC) o derechos de naturaleza colectiva, tipología que en principio escapa del objeto protegido por la acción de tutela por no tratarse de derechos fundamentales de aplicación directa, según la clasificación adoptada de forma temprana por la Corte²²¹.

De esta manera, la ampliación del abanico de derechos fundamentales por medio de la conexidad, implica que se pueda obtener su protección por medio de la acción de tutela,

²¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

²²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-491 del 13 de agosto de 1992, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²²¹ Corte Constitucional, sentencia T-506 del 21 de agosto de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón. En esta sentencia, la Corte realizó la distinción entre derechos de aplicación directa que serían los derechos de libertad e igualdad formal y los derechos de aplicación indirecta que serían aquellos que se protegen por medio de la teoría de la conexidad.

mecanismo que como hemos anotado se encuentra reservado a la protección de derechos fundamentales.

También hay que señalar que la utilización de la teoría de la conexidad obedece en parte al hecho de que la Corte Constitucional desde sus inicios adoptó la tradicional clasificación generacional de los derechos. Así, distinguió entre los derechos civiles y políticos o derechos de primera generación; los derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación y los derechos de tercera generación o aquellos que “persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente”²²².

Los verdaderos derechos fundamentales eran, pues, los denominados derechos de primera generación, ya que el carácter marcadamente prestacional de los de segunda generación, y consecuentemente, la indeterminación de su contenido y la dificultad de establecer pretensiones subjetivas en cabeza de sus titulares, obstaculizaban su consideración como derechos fundamentales y por ende su protección por la vía de la acción de tutela²²³.

No obstante, esta clasificación de los derechos fundamentales por generaciones fue abandonada por la Corte Constitucional al encontrar que se trata de una concepción imprecisa puesto que sólo sirve para explicar los derechos como producto histórico, pero no dice nada en lo relativo a la forma en que deben ser satisfechos.

En efecto, el principal obstáculo que se argüía para negar el carácter fundamental de los DESC era su alto contenido prestacional en tanto que su disfrute dependerá de la adopción y ejecución de políticas públicas sujetas a la disposición de los recursos disponibles. Frente a esto la Corte sostuvo que tal argumento sólo puede referirse a la forma en que este tipo de derechos se hacen efectivos en la práctica y no a su carácter fundamental, que en últimas se predica de su vinculación con la dignidad humana²²⁴.

De acuerdo con lo anterior, en épocas más recientes la Corte Constitucional ha considerado que todos los derechos reconocidos en la Constitución son fundamentales y que el contenido prestacional de los derechos determinará su protección mediante la acción de tutela, más no su fundamentalidad. Es decir, que “la necesidad del desarrollo político,

²²² Corte Constitucional, sentencia T-008 del 18 de mayo de 1992, MP.: Fabio Morón Díaz.

²²³ Corte Constitucional, sentencia T-1041 del 5 de diciembre de 2006, MP.: Humberto Sierra Porto.

²²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-585 del 12 de junio de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

reglamentario y técnico *no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela*²²⁵.

Así, el contenido prestacional de los derechos no puede seguir siendo una barrera para su consideración como derechos fundamentales, ya que ambas categorías de derecho (civiles y políticos por una parte y sociales y culturales por la otra) implican una abstención estatal y la obligación de desarrollar una serie de medidas y actividades de índole prestacional que permitan lograr la efectiva realización de los derechos.

En otras palabras, si todos los derechos tienen una carga prestacional, sería un contrasentido que dicha carga se erigiera en obstáculo para la fundamentalidad de unos derechos (los económicos, sociales y culturales) y no de otros (los civiles y políticos).

A partir de aquí la Corte comienza a abandonar el criterio de la conexidad²²⁶ para justificar la protección por vía de tutela de los DESC, puesto que si todos los derechos son fundamentales, sin importar la generación a la que se adscriban, resulta innecesario acudir a la teoría de la conexidad para justificar su fundamentalidad.

En suma, para la Corte Constitucional tanto los denominados derechos de primera generación, como los de segunda, son derechos fundamentales, careciendo de sentido entonces tal distinción a efectos de predicar su carácter fundamental.

Además de los anteriores argumentos, la Corte ha acudido a criterios más generales para justificar la calificación de un derecho como fundamental: su relación con la dignidad humana. Ya desde sus primeros pronunciamientos hacía referencia a la dignidad de la

²²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-023 del 22 de enero de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

²²⁶ En todo caso la Corte mantiene la doctrina de la conexidad para la protección de los derechos colectivos en la forma en que ha quedado expuesta, es decir, cuando la vulneración de un derecho colectivo implique la violación de un derecho fundamental propiamente dicho por la íntima conexión entre ambos. En estos supuestos, la vulneración o amenaza del derecho fundamental debe ser real ya que en últimas, la orden del juez va dirigida a “*buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza*” (Corte Constitucional, sentencia T-517 de 2011, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Por esta razón es que Osuna Patiño sostiene que el argumento de la conexidad, tratándose de derechos colectivos, no es en realidad un mecanismo de ampliación del catálogo de derechos fundamentales o una forma de descartar una delimitación *numerus clausus* del mismo, sino que se trata de una forma utilizada por la Corte para salvar un obstáculo formal que le impide proteger este tipo de derechos, realizando para el efecto un esfuerzo por encontrar pretensiones particulares en situaciones que en principio sólo afectarían intereses colectivos. (OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparo...* pág. 196-201).

persona como criterio material de identificación de los derechos fundamentales²²⁷, pero ha sido en épocas más recientes en que dicho argumento ha sido consolidado.

En este orden de ideas, todo derecho constitucional que este funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana y a su vez sea traducible en un derecho subjetivo, es un derecho fundamental. Ahora bien, la circunstancia de que el derecho de que se trate esté dirigido al logro de la dignidad de la persona no es una cuestión que esté definida a priori, sino que se establece a través de los consensos existentes sobre la relación entre el derecho y la dignidad humana²²⁸.

Lo anterior quiere decir que un derecho puede ser catalogado como fundamental cuando i) se relaciona funcionalmente con la realización de la dignidad humana, ii) puede traducirse o concretarse en derechos subjetivos y, iii) existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional sobre su fundamentalidad²²⁹. Así las cosas, la dignidad humana constituye el criterio central identificador de los derechos fundamentales²³⁰.

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³¹, los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano i) no se pueden identificar a partir de su ubicación en el texto constitucional; ii) pueden adquirir tal carácter aplicando la doctrina de la conexidad; iii) pueden ser derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales sin que a estos efectos sea relevante su clasificación como derechos de primera o segunda generación y; iv) es fundamental cualquier derecho que pueda concretarse en una pretensión subjetiva y este dirigido a la realización de la dignidad humana, siempre que exista consenso dogmático, jurisprudencial o de derecho internacional sobre su fundamentalidad.

5. Los derechos fundamentales en el ordenamiento español

El debate doctrinal²³² acerca de cuáles son los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 ha girado básicamente en torno a dos posturas: quienes sostienen que el catálogo

²²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-419 del 17 de junio de 1992, MP.: Simón Rodríguez Rodríguez.

²²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003, MP.: Eduardo Montealegre Lynett.

²²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-235 del 31 de marzo de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-428 del 8 de junio de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa.

²³¹ Como sostuvo la Corte en la sentencia T-028 de 1994, un derecho es fundamental si así está consagrado en la Constitución, los tratados internacionales o si es definido como tal por la propia Corte Constitucional (sentencia T-028 del 31 de enero de 1994, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa),

²³² La cuestión ha sido avivada indudablemente por la confusa denominación que precede a cada uno de los capítulos y secciones en que se divide el Título I de la Constitución. La utilización sin un

de derechos fundamentales se contrae a los establecidos en la sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución y, quienes por el contrario creen que por fuera de dicha sección se pueden encontrar derechos que también son fundamentales²³³.

De este segundo criterio participa Cruz Villalón²³⁴, quien distingue entre un concepto amplio de derechos fundamentales y uno restringido. La concepción restringida sólo tiene lugar a efectos de la previsión del artículo 81.1 CE, y serían entonces únicamente los previstos en la sección primera del Capítulo II. Es decir, para efectos de la reserva de ley orgánica y exclusivamente en estos casos, sólo son derechos fundamentales los de la sección primera.

En un sentido más amplio y en los demás casos que no estén relacionados con el tema de la reserva de ley orgánica, el abanico de derechos fundamentales rebasa el catálogo de la sección primera, para incluir todos los previstos en el Capítulo II del Título I CE. En los derechos consagrados en dicho Capítulo, encuentra el autor lo que para él son los rasgos definitorios de la fundamentalidad de un derecho: la posibilidad de su tutela judicial y la indisponibilidad por parte del legislador de su contenido esencial.

De un criterio parecido participa Jiménez Campo, quien sostiene que todos los derechos del Capítulo II, esto es, tanto los de la sección primera como los de la sección segunda, son derechos fundamentales ya que su contenido esencial es resistente a la acción legislativa. En otras palabras, en el ordenamiento constitucional español la fundamentalidad de los derechos deriva de la obligación de respeto al contenido esencial de los mismos por parte

criterio claro del sustantivo derechos y el calificativo fundamentales a lo largo del Título I, no facilita la labor de concreción.

²³³ Aunque la mayoría de quienes participan de esta tesis coinciden en que los derechos fundamentales que se encuentran por fuera de la sección primera son los de la sección segunda, otros autores sostienen que todos los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución son fundamentales. En este sentido, en opinión de Freixes Sanjuán, las siguientes razones avalan esta tesis: i) en el derecho comparado se usa una denominación genérica para designar a los derechos reconocidos por una Constitución, ii) en el derecho comparado una cosa son los derechos fundamentales y otra sus garantías, sin que sea necesario que todos los derechos gocen de las mismas garantías para su protección, iii) el término “derechos fundamentales” se utiliza en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en la LF para aludir al conjunto de derechos en ellos reconocidos, sin importar el nivel de protección y, iv) el substrato dogmático de los derechos fundamentales reside en su fundamentalidad, es decir, en considerar que los derechos constitucionalizados son aquellos que precisamente por su importancia han sido recogidos en el texto constitucional (FREIXES SANJUÁN, Teresa. *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*. Barcelona: PPU, 1992, pág. 101.

²³⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro. <Formación y evolución de los derechos fundamentales>. *Revista española de derecho constitucional*. Enero-abril de 1989, núm. 9, pág. 35-62.

del legislador, y dicho respeto sólo se impone a los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I CE²³⁵.

Otros autores van más allá en la labor de determinación de los derechos fundamentales en la Constitución española. Así, para Prieto Sanchís es errado determinar la existencia de derechos fundamentales a partir de la existencia o no de algunas connotaciones jurídicas o técnicas de protección -la presencia de una constitución o recurso de amparo por ejemplo-. Pero una vez precisada su existencia, el concepto jurídico de derechos fundamentales si debe hacerse a la luz de las prescripciones del derecho positivo: las técnicas de reconocimiento y protección de los derechos²³⁶.

Así las cosas, los derechos fundamentales son ante todo derechos constitucionales de manera que todos los derechos reconocidos por la Constitución, son fundamentales, independientemente de la forma en que aparezcan rubricados, de si se pueden proteger por medio del recurso de amparo o de si sobre ellos recae la reserva de ley orgánica.

Cuestión distinta es el grado de fundamentalidad de tales derechos. Ciertamente, el carácter fundamental de los derechos no puede plantearse en términos absolutos o de todo o nada en el sentido de que sea una característica que se tenga o no; por el contrario, se trata de una cuestión de grados relativa a la resistencia o fortaleza de los derechos y por consiguiente, habrá derechos más fundamentales que otros en tanto el ordenamiento haya previsto para ellos un nivel de resistencia más elevado.

En este orden de ideas, de la Constitución de 1978 se derivan tres grados o niveles de resistencia: el primero compuesto por los derechos del Capítulo II cuyo contenido esencial está obligado a respetar el legislador; el segundo integrado por las normas del Capítulo I respecto de las cuales, si bien no se dice nada en el artículo 53 CE, tampoco tienen el bajo nivel de protección de los derechos del Capítulo III y que a su vez constituyen el tercer nivel, ya que estos sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción en la forma en que las leyes lo dispongan.

²³⁵ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, pág. 17-27.

²³⁶ Según el autor, el concepto jurídico de derechos fundamentales debe elaborarse en dos etapas: en primer lugar, constatar si el sistema es una concreción jurídica de los valores de la dignidad, libertad e igualdad y en segundo término, dilucidar el alcance y significado de estos derechos en un concreto ordenamiento jurídico. El primer paso conlleva a constatar la existencia de derechos fundamentales y el segundo, a elaborar el concepto jurídico de los mismos a partir del estudio del derecho positivo: las técnicas de reconocimiento y protección de los derechos. (PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 95-103).

Dentro del primer nivel es posible además distinguir los de la sección primera que son los que cuentan con el mayor grado de resistencia o fortaleza, en tanto que sólo pueden ser desarrollados mediante ley orgánica y además, junto con las disposiciones del artículo 14 y 30.2 CE, pueden ser protegidos mediante el recurso de amparo²³⁷.

Por su parte, Bastida Freijedo se muestra en contra de restringir el catálogo de derechos fundamentales a los previstos en la tantas veces mencionada sección primera, ya que en su concepto la fundamentalidad de un derecho no está determinada por su ubicación formal en la constitución, sino por la indisponibilidad de su contenido esencial por parte del legislador y la autodisposición por parte de su titular.

Estas dos serían en su criterio los rasgos básicos de identificación de un derecho fundamental y dichas características están presentes en los derechos enunciados en los Capítulos I y II del Título I. Coincide además con lo expuesto por Prieto Sanchís acerca del carácter gradual de la fundamentalidad de los derechos: unos derechos serán más fundamentales que otros en función de su mayor o menor garantía normativa en favor de su titular y frente al legislador²³⁸.

En el lado opuesto, esto es, quienes consideran que los derechos fundamentales son únicamente los de la sección primera del capítulo II, encontramos a Martín-Retortillo. En su opinión, una serie de circunstancias que se encuentran presentes en los derechos de la sección primera avalan esta conclusión, reconociendo no obstante, que no todo lo que allí se contiene son derechos fundamentales.

Las cuestiones a las que se refiere Martín-Retortillo son: i) el hecho de que el capítulo segundo esté compuesto de dos secciones y sólo una de ellas se refiera a los derechos fundamentales, ii) la especial tutela jurisdiccional prevista para estos derechos en el artículo 53 CE, iii) la reserva de ley orgánica que recae sobre estos derechos, iv) la aplicación del procedimiento de reforma constitucional reforzado previsto en el artículo 168 CE y, v) que la rúbrica de la sección primera sea “de los derechos fundamentales y de libertades públicas”.

A las anteriores consideraciones le suma un argumento “sustantivo” o “de peso” que permitiría reforzar tal conclusión: con independencia de que pueda discutirse si en la

²³⁷ PRIETO SANCHÍS..., *Estudios...*, pág. 95-103.

²³⁸ BASTIDA FREIJEDO..., pág. 41.

sección primera sobre o falte algún derecho fundamental, lo cierto es que en ella se encuentran incluidos los más relevantes o significativos para la sociedad²³⁹.

Por su parte, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido pacífica y uniforme en la materia²⁴⁰, prevalecen los pronunciamientos en los que considera que los derechos fundamentales son los de la sección primera por ser aquellos sobre los que recae la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 CE, más los reconocidos en el artículo 14 CE porque son los únicos susceptibles de protección por medio del recurso de amparo.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional, en la mayoría de los casos, reserva el uso de la expresión derechos fundamentales a los mencionados anteriormente, refiriéndose a los demás como derechos constitucionales²⁴¹. Es decir, parecería que el TC distingue entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, siendo los primeros únicamente los de la sección primera más el artículo 14 CE, mientras que los restantes serían derechos constitucionales.

No obstante, en otras sentencias el Tribunal Constitucional deja de lado esta distinción y equipara los conceptos de derechos constitucionales y derechos fundamentales, asignándole tal carácter a todos los del Capítulo II. Tal es el caso de la STC 247/2007 cuyos apartes se transcriben a continuación:

“...En cuanto a los derechos constitucionales propiamente dichos, esto es, aquéllos que la Constitución recoge en su título I, capítulo II, que, por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales, es claro que aquélla establece un principio de igualdad sustancial que no puede confundirse con un principio de uniformidad [...] la Constitución ha querido que, con independencia de su desarrollo por el legislador, estos derechos constitucionales tengan una aplicabilidad inmediata o directa de acuerdo con el contenido expresado por su propio enunciado constitucional, vinculando a todos los poderes públicos sin excepción. Y debe hacerse notar, específicamente, que los derechos constitucionales no sólo se imponen al legislador, sino que son resistentes al mismo, de manera que si aquél legislara contra dicho contenido esencial, el producto —la ley— podrá ser declarado inconstitucional, pues los derechos constitucionales también se caracterizan por su justiciabilidad inmediata”²⁴².

Quiere ello decir que el Tribunal Constitucional no condiciona la fundamentalidad del derecho a la posibilidad de protección por la vía del recurso de amparo, sino que predica

²³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER..., *Derechos fundamentales...* pág. 75-77.

²⁴⁰ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pág. 249 y FREIXES SANJUÁN..., *Constitución y derechos...*, pág. 102.

²⁴¹ Cfr. STC 38/2011 de 28 de marzo [RTC 2011, 38], STC 140/1995 de 28 de septiembre [RTC 1995, 140] y STC 64/1991 de 22 de marzo [RTC 1991, 64].

²⁴² STC 247/2007, de 12 de diciembre [RTC 2007, 247].

dicha cualidad de todos los del Capítulo II en tanto son de aplicación inmediata y sobre todo, porque vinculan al legislador en el respeto de su contenido esencial. En esta sentencia el Tribunal Constitucional no tiene en cuenta la procedencia o no del recurso de amparo a efectos de predicar la fundamentalidad de los derechos.

En este sentido se expresa la mayoría de la doctrina española²⁴³ al día de hoy: los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español son todos los contenidos en el Capítulo II del Título I CE, sin que la restricción del recurso de amparo a los de la sección primera, sea determinante para establecer la fundamentalidad de los derechos previstos en la sección segunda.

²⁴³ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*; PRIETO SANCHÍS, *Estudios...*; CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa...*; PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones...*; DíEZ-PICAZO, *Sistema...*; y RUBIO LLORENTE, Francisco. <Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España>. *Claves de razón práctica*. 1997, núm. 75, pág. 2-10.

CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS LABORALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el capítulo anterior hemos indagado acerca del concepto de derechos fundamentales que se ofrece desde la doctrina y la jurisprudencia, así como los criterios de identificación empleados por los tribunales constitucionales español y colombiano en los respectivos ordenamientos; con lo que se han dejado sentadas las bases sobre lo que entendemos por derechos fundamentales para efectos de la presente investigación.

En el presente capítulo pretendemos llevar a cabo la misma labor, pero esta vez teniendo como referente el ordenamiento jurídico internacional. Es decir, indagaremos acerca de i) cuáles son esos derechos que son concreción de la libertad, igualdad y dignidad humanas; ii) que se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales y; iii) que tienen plena vigencia y por tanto deben ser respetados en el marco de una relación de trabajo.

Algunos de estos derechos hacen parte del Derecho Laboral Internacional por estar consagrados en disposiciones de Derecho del Trabajo o en normas de origen internacional que regulan materias propias de esta rama del derecho que es definida como “*that part of labour law which has an international source... [and] covers the substantive rules of law which have been established at the international level...*”²⁴⁴.

Estas reglas sustantivas son las denominadas Normas Internacionales del Trabajo (NIT), es decir, “normas jurídicas generales, impersonales y abstractas de derecho internacional público, de índole predominantemente laboral, de origen convencional o consuetudinario, generalmente contenidas en tratados o acuerdos internacionales vinculantes, que, una vez incorporadas al ordenamiento interno estatal, crean directamente derechos subjetivos o comprometen internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos”²⁴⁵.

La principal fuente de producción normativa en el ámbito internacional, en cuanto a cuestiones de trabajo se refiere, es decir, la principal fuente de elaboración de NIT, es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que por tratarse de un órgano especializado, se constituye en el primer y más importante referente dentro del Derecho Laboral Internacional.

²⁴⁴ VALTICOS, Nicolás; VON POTOBOSKY, Geraldo. *International labour law*. Second revised edition. Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995, pág. 17.

²⁴⁵ MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 2005, pág. 19.

No obstante, el catálogo de fuentes es mucho más amplio. Existen instrumentos cuyo objeto de regulación es en principio ajeno al Derecho del Trabajo, que son adoptados en el seno de organismos cuyo ámbito de actuación también es ajeno al trabajo; sin embargo, regulan aspectos que constituyen un verdadero Derecho Internacional del Trabajo.

En otras palabras, se trata de instrumentos internacionales cuya materia principal de regulación no es el trabajo humano sino que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), pero que aun así, incluyen algunas disposiciones de Derecho del Trabajo, lo que los convierte también en fuentes del Derecho Laboral Internacional.

En este segundo grupo de NIT, encontramos, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Debemos precisar sin embargo, que para los efectos de este trabajo, entendemos que este grupo de instrumentos participan de una naturaleza mixta: hacen parte de forma principal y ante todo, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; pero también, y en la forma indicada anteriormente, del Derecho Laboral Internacional.

Así las cosas, como tuvimos oportunidad de exponerlo, tanto en el ordenamiento colombiano como en el español, las NIT se integran al orden jurídico interno aunque con diferentes consecuencias y con distinta intensidad. En Colombia, dependiendo de la materia que regulen, tendrán el mismo rango de una ley ordinaria o harán parte del bloque de constitucionalidad, y por tanto, tendrán un nivel de resistencia superior y un mayor rango en el sistema de fuentes. En España, las NIT tienen rango supralegal (artículo 96.1 CE) pero están subordinadas, naturalmente, a la Constitución.

De lo anterior se desprende con claridad que el conjunto de disposiciones sustantivas a aplicar por el juez del trabajo en la resolución de controversias, está compuesto por las fuentes internas (llámese ley, convenio colectivo, reglamento, etc.) y por las normas internacionales del trabajo cuya obligatoriedad se deriva de las normas constitucionales que ordenan su incorporación en el ordenamiento jurídico interno.

En las próximas líneas nos ocuparemos entonces del estudio de las normas internacionales del trabajo en tanto guarden relación con el objeto de esta investigación. Es decir, centraremos nuestra atención en las normas de la OIT relativas a los Principios y Derechos

Fundamentales en el Trabajo y en los tratados internacionales sobre derechos humanos que reconozcan derechos laborales.

1. Acerca de la consideración de los derechos laborales como derechos humanos

Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de los derechos laborales reconocidos en instrumentos internacionales; particularmente lo relativo a su consideración o no como derechos humanos. Mientras que algunos niegan rotundamente esta condición, otros defienden que los derechos laborales participan también de esta naturaleza.

El estudio a fondo de esta discusión en principio escapa al objeto de esta tesis, razón por la cual no ahondaremos en ella. Nos limitaremos a señalar algunos de los argumentos de quienes reconocen a los derechos laborales como derechos humanos y que resultan pertinentes para nuestra investigación.

La razón por la que deseamos el análisis a fondo de este debate doctrinal es que, independientemente de la posición que se asuma, esto es, de que se acepte o no que los derechos laborales reconocidos en los tratados internacionales son también derechos humanos; lo cierto es que algunos de estos derechos están reconocidos en instrumentos de derechos humanos y por tanto, gozan de la protección en ellos establecida para este tipo de derechos.

Adicionalmente, la hipótesis de esta investigación está referida principalmente a la violación de los denominados derechos laborales inespecíficos, que como tuvimos oportunidad de exponerlo, son los derechos fundamentales cuya titularidad pertenece a los ciudadanos en general y cuyo ejercicio tiene cabida en las relaciones de trabajo.

Tratándose de derechos humanos tienen cabida iguales consideraciones. Nos ocuparemos principalmente de aquellos que no tienen un contenido estrictamente laboral, v. gr., la libertad de expresión o la no discriminación, y que hacen parte del ordenamiento interno por disposición constitucional, constituyéndose en fuente aplicable por el juez nacional.

En cuanto a los derechos típicamente laborales, los instrumentos sobre derechos humanos a los que nos referiremos posteriormente, reconocen algunos que por norma general se identifican con los previstos como fundamentales en las constituciones de los ordenamientos de referencia. De manera que su inclusión en tales instrumentos, los hace partícipes de sus mecanismos de protección.

Los anteriores argumentos son suficientes para dejar de lado el debate acerca de la consideración de los derechos laborales como derechos humanos; sin embargo, nos referiremos brevemente a algunas posiciones a favor de dicha consideración. Así, entre quienes defienden que los derechos laborales son derechos humanos, se pueden identificar por lo menos, tres criterios con los que fundamentar dicha posición²⁴⁶.

En primer lugar un criterio positivista según el cual son derechos humanos siempre que hayan sido reconocidos como tales en un instrumento sobre derechos humanos.

Un criterio denominado instrumental, que tiene en cuenta si el Estado, las organizaciones civiles o los tribunales internacionales promueven los derechos laborales en el entendido que son derechos humanos. Si las estrategias de promoción de estos derechos como derechos humanos son exitosas, entonces los derechos laborales son derechos humanos.

El tercero es un criterio normativo en el que se tiene en cuenta el concepto de derechos humanos y a partir del estudio de la definición, se determina si algunos derechos laborales participan de ella.

1.1. Criterio positivista

Para quienes defienden esta posición, la respuesta a la pregunta acerca de si los derechos laborales son derechos humanos es positiva siempre que se encuentre un sustento legal, es decir, siempre que exista un tratado sobre derechos humanos que recoja derechos laborales y los considere como tales. En este sentido se acude a los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que incluyen derechos laborales en sus catálogos, empezando por la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH).

De igual forma, la consideración o no como derechos humanos atiende a los distintos niveles de protección que se brinda a los derechos laborales como consecuencia de la tradicional división de aquellos entre derechos civiles y políticos por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales por otra.

Así, se tiene en cuenta que tanto en el sistema universal como en los regionales se hace esta distinción. En cuanto al primero, los derechos civiles y políticos se recogen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la segunda categoría de derechos se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo

²⁴⁶ Las referencias a estos criterios son tomadas en su totalidad de MANTOUVALOU, Virginia. <Are labour rights, human rights?>. *European Labour law journal*. 2012, Volumen 3, núm. 2, pág. 151-172.

mismo sucede a nivel de los dos principales sistemas regionales de protección de derechos humanos: el europeo y el americano.

Pero no sólo en el reconocimiento de estos derechos se hace patente la división entre una y otra categoría, dicha diferenciación alcanza también a la protección y supervisión de los mismos. Así, los derechos económicos, sociales y culturales tienen un nivel de protección y supervisión más débil del que se le otorga a los derechos civiles y políticos. Mientras que los derechos reconocidos en el PIDCP pueden ser objeto de peticiones individuales frente a las amenazas o vulneraciones, los del PIDESC solo son susceptibles de procedimientos de control. Las mismas consideraciones se pueden hacer a nivel regional.

Las críticas que recibe la visión positivista, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores acerca de la diferenciación entre una y otra categoría de derechos, es que no quedaría claro cuáles derechos laborales serían considerados derechos humanos: ¿sólo los incluidos en el PIDCP, o los del PIDESC o ambos?

En clave de la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo, surgen interrogantes similares. ¿Por qué la declaración de 1998 solo escogió 4 derechos para considerarlos derechos humanos? ¿Significa que los derechos que quedaron por fuera de la Declaración no son derechos humanos?

Aquí es donde radica la dificultad para considerar este criterio como el único válido para la consideración de los derechos laborales como derechos humanos. En efecto, los tratados y demás instrumentos de derechos humanos requieren de consenso y compromiso político en su adopción. Quiere ello decir que en ocasiones se dejan de lado algunas cuestiones porque no hubo acuerdo entre los signatarios; de manera que la decisión de incluir o no un derecho dentro del catálogo de derechos humanos es, en muchas ocasiones, una decisión política o de conveniencia²⁴⁷.

Por tanto, la respuesta a la pregunta de si los derechos laborales son derechos humanos, de acuerdo con el criterio positivista, dependerá de la decisión que en ese sentido tomen los redactores de un tratado en particular, pudiendo variar dicha consideración de un país a otro o de una región a otra; razones que ponen de manifiesto la inconveniencia de este criterio como el único a tener en cuenta para resolver la cuestión.

²⁴⁷ Los procesos de elaboración del Convenio europeo de derechos humanos y de la Carta Social europea dan cuenta de ello, como quedará expuesto en el apartado correspondiente.

1.2. Criterio instrumental

El derecho positivo es el punto de partida para los que defienden el criterio instrumental. Sus defensores examinan si los derechos laborales son derechos humanos de conformidad con los instrumentos internacionales y además teniendo en cuenta si los Estados, los tribunales internacionales o las organizaciones civiles como sindicatos u ONG los promueven como tales.

Es decir, si las estrategias de promoción y consideración de los derechos laborales como derechos humanos que llevan a cabo estas instituciones son exitosas, entonces podrá decirse que los derechos laborales son derechos humanos. De esta manera, el estudio de este criterio pasa por un análisis del papel que juegan dichas instituciones en este sentido.

Así, quienes toman partido por una u otra postura, esto es, por si los derechos laborales son o no derechos humanos, se basan en la posición que sobre esta cuestión tengan los tribunales. Algunos ejemplos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sirven para ilustrar el punto.

Como el CEDH recoge en su inmensa mayoría derechos civiles y políticos, el TEDH en una serie de casos resueltos en los años setenta fue reacio a fallar favorablemente demandas de los trabajadores en las que se alegaba violación del Convenio. Así, en el caso *Schmidt y Dahlström contra Suecia*²⁴⁸, consideró que el derecho de huelga era tan solo una de las posibles acciones colectivas que permitía el artículo 11 CEDH a los trabajadores para defender sus intereses profesionales, de manera que al no estar consagrado expresamente en el Convenio, el Estado podía establecer restricciones a su ejercicio.

En el caso *Sindicato nacional de la policía belga contra Bélgica*²⁴⁹, el Tribunal señaló que el derecho a la consulta no es un derecho inherente a la libertad sindical ya que aquel no resulta imprescindible para el eficaz ejercicio de este último. De esta manera, el artículo 11.1 del Convenio no garantiza a los sindicatos el derecho a ser consultados por el Estado en las cuestiones que atañen con sus intereses profesionales.

²⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Schmidt y Dahlström contra Suecia. Sentencia del 6 de febrero de 1976.

²⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Sindicato nacional de la policía belga contra Bélgica. Sentencia del 27 de octubre de 1975.

En épocas recientes la jurisprudencia del TEDH ha sido más receptiva a las reclamaciones de los trabajadores, lo que ha permitido el cambio de postura de algún sector de la doctrina en el sentido de admitir que los derechos laborales son derechos humanos.

En el caso *Siliadin contra Francia*²⁵⁰, el tribunal sostuvo que los casos de violación del artículo 4 CEDH (esclavitud, servidumbre y trabajo forzado) imponen a los estados la obligación de dictar leyes que castiguen penalmente a los responsables. Por su parte, en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*²⁵¹, el tribunal fue más allá al declarar, en primer lugar, que el tráfico de personas con fines de explotación sexual quedaba comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 CEDH y, en segundo lugar, que la sola existencia de una legislación contra el tráfico de personas no era una medida suficiente para cumplir con las previsiones del artículo 4 mencionado, sino que los Estados debían garantizar la efectiva aplicación de dichas leyes.

Por último, en el caso *Demir y Baykara contra Turquía*²⁵² el TEDH modificó su jurisprudencia y sostuvo que el derecho a la negociación colectiva es uno de los elementos esenciales de la libertad sindical, de manera que la libertad del Estado para decidir las medidas a adoptar para garantizar este derecho, se ve restringida por la necesidad de incluir los aspectos que el TEDH ha considerado consustanciales al mismo.

En definitiva, la lógica con la que opera el criterio instrumental convierte la cuestión debatida en una cuestión empírica: si las reclamaciones ante tribunales en las que se alega que los derechos laborales son derechos humanos tienen éxito, entonces lo son; en caso contrario no. De manera que si los tribunales internacionales no tratan los derechos laborales como derechos humanos, lo que deben indagar es si desde el punto de vista normativo lo son o no.

1.3. Criterio normativo

Este criterio indaga sobre el concepto de derechos humanos para establecer si los derechos laborales participan o no de esta categoría. Es decir, atendiendo a las características que

²⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin contra Francia*. Sentencia del 26 de julio de 2005.

²⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*. Sentencia del 7 de enero de 2010.

²⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Demir y Baykara contra Turquía*. Sentencia del 12 de noviembre de 2008.

definen los derechos humanos, se establece si los derechos laborales o algunos de ellos comparten dichas características.

Así, algunos de los que niegan el carácter de derechos humanos de los derechos laborales se basan en que estos no encajan en la definición de aquellos y que carecen de las características que los identifican. Una de estas características es la universalidad por poner sólo un ejemplo. En efecto, se dice que los derechos laborales al estar restringidos a cierto grupo de personas (los trabajadores), no pueden reputarse como derechos universales y por tanto como derechos humanos.

Sin embargo, la universalidad en este caso no debe ser entendida en el sentido de que los derechos deben ser de titularidad de todas las personas dentro de una sociedad o de todos los seres humanos. Es decir, la cuestión de que un derecho esté condicionado a un estatus en particular –el de trabajador–, no significa que no sea un derecho universal y por tanto un derecho humano²⁵³.

La universalidad hace referencia a la posibilidad de disfrutar del derecho en cuestión siempre que alguien se encuentre en la posición descrita en la norma que lo consagre, sin discriminación alguna en su aplicación; o en otras palabras, el ejercicio del derecho puede estar condicionado a la consecución de determinados requisitos o a la posesión de cierto estatus²⁵⁴.

Según este criterio entonces, aunque no pueda decirse que todos los derechos laborales sean derechos humanos, si es cierto que algunos de ellos lo son por compartir las características que los definen.

2. Los derechos fundamentales en el seno de la OIT

Una contribución sin duda importante en la consolidación y promoción de los derechos humanos en el mundo del trabajo es la que lleva a cabo la Organización Internacional del Trabajo, precisamente por su condición de órgano especializado en la materia con alcance universal.

Al interior de la OIT se puso de presente la necesidad de respeto de la dignidad humana de los trabajadores desde antes que se hiciera lo mismo con carácter general en el seno de la ONU. Las siguientes líneas las dedicaremos a exponer la evolución de la regulación de los

²⁵³ MANTOUVALOU..., <Are labour rights..., pág. 168.

²⁵⁴ PRIETO SANCHÍS..., *Estudios sobre...*, pág. 80-81.

derechos humanos laborales en el seno de la OIT y la importancia actual de los derechos fundamentales en el trabajo.

2.1. Antecedentes del Derecho Internacional del trabajo

La creación y promoción de unos estándares mínimos de protección para los trabajadores ha sido una constante preocupación de la comunidad internacional desde mediados del siglo XIX. Ya en ese momento se hablaba de la necesidad de establecer unas normas internacionales contentivas de unos derechos laborales mínimos para los trabajadores, que los países se vieran en la obligación de cumplir.

La idea que subyacía detrás de este planteamiento, por demás muy vigente hoy en día a propósito del comercio internacional y los tratados de libre comercio, era la necesidad de evitar prácticas de competencia desleal entre países mediante la regulación de las condiciones de trabajo en términos inferiores a sus competidores comerciales²⁵⁵. Se consideraba que de poco serviría una legislación nacional sobre el trabajo, si la misma no iba acompañada de estándares internacionales.

En otras palabras, aunque es evidente que la precaria situación de los trabajadores de la época motivó las voces que se alzaban a favor de la reglamentación internacional, no puede soslayarse el hecho de que detrás de estas ideas se encontraba también el afán de preservar el aparato productivo del Estado, evitando que se pudieran obtener ventajas comerciales como consecuencia de bajos niveles de protección de los trabajadores.

Fue entonces como tuvieron lugar las primeras iniciativas de creación de unos estándares laborales a nivel internacional que se empezaron a concretar con la conferencia intergubernamental de Berlín de 1890, convocada por Alemania con el fin de explorar la posibilidad de adoptar una legislación laboral internacional. Esta fue la primera vez que se discutió el tema de forma oficial²⁵⁶.

Con este antecedente, se llevaron a cabo sendos Congresos Internacionales sobre Derecho del Trabajo en Bruselas (1897) y París (1900), naciendo en este último la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores y la Oficina Internacional del Trabajo como su órgano secretarial.

²⁵⁵ VALTICOS...; VON POTOBOSKY..., *International...*, pág. 17.

²⁵⁶ BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G.; VON POTOBOSKY, Geraldo; SWEPSTON, Lee. *The International Labor Organization: The international standards system and basic human rights*. Boulder-Colorado: Westview press, 1996, pág. 3-5.

En el seno de esta asociación, se dictaron los primeros convenios internacionales del trabajo durante las dos primeras conferencias internacionales que tuvieron lugar en la ciudad de Berna en 1905 y 1906. Estos convenios versaron sobre la prohibición del uso de fósforo blanco en la fabricación de cerillas y el trabajo nocturno de las mujeres en la industria.

Para 1912, la asociación propuso la celebración de otra conferencia con el fin de adoptar dos convenios más sobre la prohibición del trabajo nocturno de jóvenes en la industria y el establecimiento de una jornada máxima diaria de 10 horas para mujeres y niños. Sin embargo, a pesar de los avances que se dieron en este sentido, el estallido de la primera guerra mundial impidió que se cumpliera el objetivo.

Aun así, durante la guerra, organizaciones sindicales de algunos países, tanto combatientes como neutrales, se reunieron con el fin de acordar un mecanismo que permitiera la creación de una legislación internacional del trabajo, coincidiendo en la necesidad de incluir en un eventual tratado de paz, cláusulas que garantizaran unos derechos fundamentales mínimos para los trabajadores y la participación de representantes de estos en las conversaciones de paz²⁵⁷.

Estos planteamientos fueron recogidos en la conferencia de paz que finalizó con la firma del Tratado de Versalles y la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919. Fue así como en la sección XIII del tratado de paz, se establecieron los pilares de la nueva organización y sus objetivos, los cuales quedaron inequívocamente trazados en el preámbulo de la Constitución de la OIT.

En ella se reconoce i) que solo la justicia social puede garantizar una paz estable y duradera, ii) que existen condiciones de trabajo que se traducen en injusticia, miseria y privaciones para un gran número de personas, generando un descontento tal que pone en peligro la paz y la armonía universales y, iii) que la no adopción por parte de cualquier nación de un régimen del trabajo verdaderamente humano, pone en riesgo el deseo de los otros países de mejorar las condiciones de sus trabajadores.

Estos tres fueron los objetivos iniciales de la OIT, los cuales, como es apenas natural, estaban muy ligados a la contribución al mantenimiento de la paz mundial mediante la mejora de las condiciones de trabajo a través de la creación de estándares internacionales.

²⁵⁷ *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*. 4ª ed. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1998, pág. 4-6.

En consonancia con lo anterior, en el mismo preámbulo se estableció una lista de cuestiones que demandaban la intervención urgente de la recién creada organización, entre ellas la jornada de trabajo, igualdad salarial y libertad sindical.

De manera que puede afirmarse que los objetivos iniciales de la OIT pueden ser vistos desde una triple dimensión²⁵⁸: i) una dimensión humanitaria, puesta de manifiesto en la voluntad de mejorar las paupérrimas condiciones de trabajo heredadas de la revolución industrial; ii) una dimensión política, al condicionar la consecución de una paz estable al logro de la justicia social y; iii) una dimensión económica, al entender el trabajo como un factor de competitividad entre los Estados.

La Declaración de Filadelfia de 1944 y su posterior incorporación a la Constitución de la OIT, supuso una ampliación y en cierta medida una actualización también de los objetivos de la organización. El nuevo campo de acción establecido en la declaración, tomaba en cuenta las relaciones entre el trabajo y las cuestiones económicas, sociales y financieras, expresando los nuevos objetivos en términos de aspiraciones y valores humanos.

En este sentido, se afirma en la declaración que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”, y por tanto, cualquier medida de carácter económico o financiero, ya sea nacional o internacional, sólo es aceptable en la medida en que ayude a lograr este objetivo y no a entorpecerlo.

Pero quizás el salto más importante en esta evolución lo constituye la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. En ella se resalta la importancia de un grupo de derechos considerados como fundamentales en el seno de la comunidad internacional y se pone de manifiesto el compromiso de la OIT con el respeto de los derechos humanos mediante la promoción y garantía de los derechos socio-laborales fundamentales.

²⁵⁸ BONET PÉREZ, Jordi. *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente jurídico-político universal*. Barcelona: Atelier, 2007, pág. 100.

2.2. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo: la Declaración de la OIT de 1998

La Declaración de 1998 constituye en sí misma un esfuerzo de la OIT en orden a la protección de los derechos humanos en el ámbito laboral, mediante la promoción de los convenios que los reconocen y que ostentan el carácter de fundamentales. Es una manifestación de la estrecha relación que existe entre la Normas internacionales del trabajo dictadas en el seno de la OIT y los derechos humanos²⁵⁹.

Como su nombre lo indica, la Declaración de 1998 sólo tiene un alcance declarativo y promocional de unos principios y derechos que son considerados fundamentales en el seno de la OIT. Quiere esto decir que esta declaración no crea o eleva a la categoría de fundamentales unos derechos previamente establecidos, sino que reafirma el carácter fundamental que ya tenían conforme a la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia.

Dicho de otra forma, la Declaración de 1998 pretende subrayar la importancia de los derechos socio-laborales fundamentales destacando y reafirmando su fundamento constitucional, es decir, el hecho de que se trata de derechos que encuentran su origen en principios contenidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia²⁶⁰.

Lo anterior se desprende del propio texto de la Declaración que en su punto primero recuerda a los Estados miembros su compromiso con los principios y derechos enunciados en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia; compromiso que a su vez se deriva de la libre incorporación de aquellos a la organización. Así mismo, continúa la Declaración, dichos principios se han traducido en derechos y obligaciones específicas contenidos en los convenios fundamentales que los han desarrollado.

Por su parte, el carácter promocional de la Declaración se refleja en el mecanismo de seguimiento en ella contenido, que señala como uno de sus objetivos alentar los esfuerzos de los miembros de la organización tendientes a promover los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la Declaración de Filadelfia.

Ahora bien, la naturaleza promocional de la Declaración de 1998 no comporta la ausencia de efectos jurídicos de los compromisos estatales que en ella se enuncian. Es cierto que

²⁵⁹ VALTICOS, Nicolás. <Normas internacionales del trabajo. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?>. *Revista Internacional del Trabajo*. 1998, Volumen 117, núm. 2, pág. 154.

²⁶⁰ BONET PÉREZ..., *Mundialización...*, pág. 170.

uno de sus principales objetivos es lograr el máximo de ratificaciones de los convenios fundamentales por parte de los Estados miembros, de manera que se asegure su aplicación en sus respectivos territorios y en particular, la sujeción de aquellos a los mecanismos de control y seguimiento de tales convenios²⁶¹.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el fundamento jurídico de los derechos socio-laborales fundamentales no se encuentra en la propia declaración y que el soporte normativo de los mismos viene dado por su consagración en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, los Estados miembros están obligados a poner en práctica los principios generales en los que se soportan, ya que tales principios representan la concreción de unos valores que han aceptado al adherirse a la organización²⁶².

En otras palabras, en la medida en que la Declaración de 1998 lo que hace es reafirmar el carácter fundamental de unos derechos que se encuentran recogidos en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia, la vinculación de los Estados miembros a dicha Constitución comporta la obligación de promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales con independencia de la ratificación o no de los convenios que los recogen²⁶³.

Esta obligación respecto de los derechos socio-laborales fundamentales no puede entenderse como una simple obligación de comportamiento de los Estados, en el sentido de que la misma se agota en el hecho de trabajar hacia la realización de los objetivos de los convenios con independencia de los resultados.

Por el contrario, y resaltando una vez más que la fuente de dichas obligaciones es constitucional, el compromiso adquirido por los Estados miembros debe estar orientado a garantizar la real efectividad de los principios y derechos contenidos en los convenios fundamentales, ya que no otra cosa se colige del texto de la Declaración al señalar que la sola pertenencia a la Organización, obliga a los Estados a realizar y hacer respetar los derechos reconocidos en la Constitución²⁶⁴.

²⁶¹ CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, pág. 187.

²⁶² BONET PÉREZ, Jordi. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, pág. 50-53.

²⁶³ KELLERSON, Hilary. <La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro>. *Revista Internacional del Trabajo*. 1998, Volumen 117, núm. 2, pág. 245.

²⁶⁴ BONET PÉREZ..., *Mundialización...*, pág. 171-172.

En suma, aunque la Declaración de 1998 no supone la imposición de nuevas obligaciones a los Estados miembros, especialmente en lo relativo al cumplimiento de las previsiones contenidas en los convenios fundamentales para aquellos Estados que no los hayan ratificado, tampoco puede invocarse el carácter promocional de aquella con el fin de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones frente a los principios y derechos fundamentales en el trabajo que se derivan de la pertenencia a la OIT²⁶⁵.

2.3. El contenido de los derechos socio-laborales fundamentales

De conformidad con la Declaración de 1998, los derechos fundamentales en el trabajo son cuatro y se encuentran recogidos en los convenios fundamentales que los desarrollan:

- i) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- ii) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- iii) La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- iv) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Como ya se ha mencionado, el fundamento jurídico de estos derechos no se deriva de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, sino que la fundamentalidad de los mismos se sustenta en los principios reconocidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia.

A pesar de que la anterior afirmación se desprende con claridad del propio texto de la Declaración, lo que no resulta tan diáfano es el sustento jurídico de la misma. Es decir, la Declaración de 1998 señala que los derechos fundamentales que en ella se enuncian, se derivan del texto de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia, razón por la cual, señala así mismo la vinculación de los Estados miembros respecto de tales principios, aun cuando no hayan ratificado los convenios que los desarrollan.

No obstante, ni en la Constitución de la OIT, ni en la Declaración de Filadelfia hay referencia expresa a los mencionados principios, excepción hecha de la libertad de asociación y de la libertad sindical. Los demás derechos han sido inferidos del texto constitucional por parte de la Organización con distintos argumentos²⁶⁶.

²⁶⁵ BONET PÉREZ..., *Principios...*, pág. 53.

²⁶⁶ Argumentos dados por la Comisión de cuestiones jurídicas y normas internacionales del trabajo-LILS a propósito del fortalecimiento de los procedimientos de control de la OIT. Citados por BONET PÉREZ..., *Mundialización...*, pág. 174.

Así, respecto de la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, su inclusión como derecho socio-laboral fundamental deriva del hecho de ser una práctica contraria a la libertad y dignidad en el trabajo, lo que a su vez resulta contrario a la Declaración de Filadelfia en tanto esta considera que el trabajo no es una mercancía. Así mismo, el trabajo forzoso resulta atentatorio del derecho que tienen todos los seres humanos de “perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad”.

En lo referente a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, sirvieron de base los mismos argumentos anteriores con especial referencia a la igualdad de oportunidades de que trata el punto II-a) a propósito del derecho a perseguir el bienestar material, sumado a la consagración expresa del principio de salario igual por un trabajo de igual valor, al que se le otorgó particular relevancia en la fundamentación de la eliminación de la discriminación en el empleo como derecho socio-laboral fundamental.

Finalmente, sobre la abolición efectiva del trabajo infantil, aunque su deducción del texto de la Constitución y la Declaración de Filadelfia puede resultar jurídicamente más discutible, existe consenso en la OIT acerca de su fundamentalidad -hecho que se refleja en su inclusión final en la Declaración de 1998-, teniendo en cuenta las referencias acerca de la necesidad de protección de los niños que se hace en la Constitución y la obligación de fomentar la protección de la infancia establecida en la Declaración de Filadelfia.

3. Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

El sistema interamericano de derechos humanos tiene como asiento institucional a la Organización de Estados Americanos (OEA), creada en 1948 como organismo de integración de los países del continente cuyo objeto es lograr la paz, la justicia y la solidaridad entre los estados que lo conforman.

Aunque la función principal de la OEA no es la promoción de los derechos humanos; el cumplimiento del objetivo descrito compromete a la organización con la consolidación de “un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”²⁶⁷, compromiso que se tradujo en la paulatina creación de un sistema de protección de derechos humanos.

²⁶⁷ Preámbulo de la Carta de la OEA.

Diversos instrumentos internacionales conforman el cuerpo normativo del sistema, siendo los principales la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Adicionalmente, existen otros que están dirigidos a la protección de grupos específicos como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otros.

3.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)

El proceso de creación del SIDH inicia con la expedición del instrumento que se considera su punto de partida²⁶⁸: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre suscrita en el marco de la Conferencia de Bogotá en abril de 1948.

Si bien esta Declaración no se adoptó mediante la forma de un tratado, si es considerada por la jurisprudencia regional como fuente de obligaciones para los Estados miembros de la OEA. En este sentido se pronunció la CortelDH en la opinión consultiva (en adelante también OC) OC-10 de 14 de julio de 1989, en la que señaló que la Declaración Americana sí está llamada a producir efectos jurídicos.

En este pronunciamiento sostuvo, que aunque de las actas de la Novena Conferencia Internacional Americana se desprendía que no era intención de los Estados firmantes darle forma de tratado a la Declaración; lo cierto era que su valor jurídico debía establecerse a partir de las circunstancias actuales (las existentes al momento de dictarse la OC), habida cuenta de la evolución que había experimentado el sistema interamericano desde 1948.

Más adelante señala que la Declaración Americana se constituye en el principal instrumento sobre derechos humanos en relación a los Estados miembros de la OEA que no sean parte de la CADH y por ende en generadora de obligaciones internacionales para los mismos. Lo anterior se desprende, en palabras de la CortelDH, de los artículos 112 y 150 de la Carta de la OEA y 1° del estatuto de la CIDH; así como en los artículos 1.2.b) y 20 del estatuto de

²⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. <El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)> EN: GÓMEZ ISA, Felipe (dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pág. 550.

la comisión, que señala la competencia de esta respecto de los derechos humanos previstos en la DADDH²⁶⁹.

Finalmente, respecto de los Estados parte en la CADH, sostiene que si bien es la propia convención la fuente concreta de sus obligaciones en lo relacionado con la protección de los derechos humanos, no por ello se pueden desconocer las cargas que para ellos derivan de la DADDH por el solo hecho de su pertenencia a la organización.

3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH tiene sus antecedentes en la Quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959. De ahí se impulsó una vieja idea de elaboración de una convención sobre derechos humanos, habiéndose elaborado un proyecto en este sentido por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. En 1967 se retoma la idea y se encarga a la CIDH la elaboración del proyecto de convención que fue aprobado por los Estados miembros de la OEA en la Conferencia interamericana especializada de San José de Costa Rica en 1969²⁷⁰.

La CADH consagra un listado de derechos que ella misma considera como “derechos esenciales del hombre” y que según su preámbulo tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Este listado solamente incluye derechos civiles y políticos, ya que se consideró que con la reforma a la Carta de la OEA de 1967, se habían incluido en ella disposiciones más amplias sobre derechos económicos, sociales y culturales de manera que estos quedaron excluidos de la convención, siendo su única mención lo previsto en el artículo 26 acerca de la obligación de los estados de adoptar la medidas necesarias para lograr la progresiva efectividad de los DESC contenidos en la Carta de la OEA.

En todo caso se incluyeron algunos derechos de contenido laboral en la CADH como la libertad de asociación sindical (artículo 16.1), la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (artículo 6,1); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (artículos 6.2 y 6.3). De igual forma, aparecen otros que tienen su repercusión en el contrato de trabajo (derechos laborales inespecíficos) como el derecho a la integridad moral (artículo 5.1),

²⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-10 del 14 de julio de 1989, párrafos 40, 41 y 45.

²⁷⁰ Documentos básicos de derechos humanos en el sistema interamericano. Introducción. <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/3.INTRODUCCION.pdf>> [Consulta: 3 de junio de 2014]. Pág. 3.

derecho a la honra y protección de la dignidad (artículo 11.1), derecho a la intimidad (artículo 11.2), derecho a la libertad de expresión (artículo 13.1) y a la igualdad (artículo 24).

3.2.1. Las obligaciones generales del artículo 1.1 CADH

La CortelDH ha sostenido desde sus inicios que del artículo 1.1²⁷¹ de la CADH se derivan dos obligaciones generales para los Estados parte de trascendental importancia: las obligaciones de garantía y respeto de los derechos reconocidos en la Convención. Para la CortelDH, este artículo constituye el fundamento general de la protección de los demás derechos reconocidos en la Convención, de manera que la lesión de cualquiera de estos derechos, implica necesariamente la vulneración del artículo 1.1 CADH²⁷².

3.2.1.1. Deber de respeto

La obligación de respeto implica el deber “del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”²⁷³, ya que tales derechos son inherentes a la dignidad humana y por tanto, superiores al Estado²⁷⁴.

En este sentido, la CortelDH ha sostenido que “la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”²⁷⁵.

²⁷¹ Artículo 1.1 CADH: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 162.

²⁷³ Definición de Gros Espiell, citado por FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María. <La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano>. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2012, núm. 2, año 10, pág. 151.

²⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 165.

²⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-6 del 9 de mayo 1986, párrafo 21.

3.2.1.2. Deber de garantía

La obligación de garantía por su parte, consiste en el deber de los Estados de asegurar el ejercicio de los derechos consagrados en la convención a todas las personas sujetas a su jurisdicción. Para la CorteIDH esta obligación “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁷⁶.

Por tanto, no es suficiente con que el Estado se abstenga de violar los derechos reconocidos en la Convención, sino que es menester adoptar medidas positivas de protección de los mismos, cuya concreción dependerá de las particulares necesidades de protección del sujeto determinadas por sus circunstancias personales o la condición particular en la que se encuentre²⁷⁷.

De esta obligación general de garantía se desprenden a su vez, los deberes de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos humanos, así como el deber de reparación. La CorteIDH ha sostenido que los Estados tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para prevenir la violación de los derechos humanos en su territorio, así como la de usar todos los medios a su alcance para llevar a cabo investigaciones serias que conduzcan a identificar a los responsables e imponerles un castigo²⁷⁸.

Aunque para la CorteIDH se trata de una obligación de medio y no de resultado que no se entiende incumplida por el hecho de que la investigación no produzca resultados satisfactorios, tampoco puede entenderse como una mera formalidad que se inicia esperando de antemano su fracaso. Por el contrario, el Estado debe asumirla como un deber jurídico propio cuyos avances no dependan de la actividad procesal de la víctima²⁷⁹.

3.2.1.3. Deber de reparar

De conformidad con extensa jurisprudencia de la CorteIDH, toda violación de los derechos reconocidos por la CADH, genera la responsabilidad internacional del Estado y la consiguiente obligación de reparar. Para la CorteIDH “es un principio de derecho

²⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 166.

²⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (campo algodón) contra México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 243.

²⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 290.

²⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 177.

internacional, que la violación de una obligación internacional que produce daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”²⁸⁰.

El fundamento de esta reparación se encuentra en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la CADH que señala que cuando se compruebe la violación de algún derecho o libertad recogido en la Convención, la CortelDH dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho, que se reparen las consecuencias de la vulneración y que se pague una justa indemnización.

El deber de reparación comprende entonces el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación adecuada de los daños producidos²⁸¹. En otras palabras, las reparaciones “son las medidas a través de las cuales se pretenden hacer desaparecer, de manera adecuada, los efectos de las violaciones cometidas”²⁸², cuya naturaleza y monto dependerá del daño ocasionado. A partir de estas consideraciones la CortelDH ha desarrollado una prolija jurisprudencia en materia de reparaciones que se ha convertido en referente mundial en la protección de los derechos humanos. Sobre este punto profundizaremos en el siguiente capítulo.

3.3. Protocolo de San Salvador

Hasta la expedición del Protocolo de San Salvador en 1988, en el sistema interamericano existía un déficit en cuanto a la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales. En la CADH solo se mencionaron en el artículo 26 ya comentado relativo a su desarrollo progresivo.

En 1982 la Asamblea General de la OEA toma la decisión de encomendar la elaboración de un Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Es así como, entre 1986 y 1988, un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, presentó el proyecto final con base en algunos anteproyectos previos que habían sido presentados y discutidos al interior de la organización²⁸³.

²⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vargas Areco contra Paraguay. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 139.

²⁸¹ ORTIZ PALACIOS, Iván David. *Lecciones básicas sobre derecho internacional laboral y de la seguridad social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, pág. 142.

²⁸² PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. <Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional>. *American University international law review*. 2007, volumen 23, núm. 1, pág. 9.

²⁸³ CANÇADO TRINDADE... <El sistema interamericano...>, pág. 570.

El Protocolo de San Salvador comienza por reconocer en su preámbulo la indivisibilidad de los derechos humanos al considerar la estrecha relación que existe entre los DESC y los derechos civiles y políticos, en tanto que “las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble”.

No obstante este reconocimiento y aunque el Protocolo de San Salvador contiene una amplia regulación en materia de DESC, lo cierto es que en lo concerniente a su protección las deficiencias persisten. En este sentido, los mecanismos de control se limitan a la obligación de los Estados de presentar informes a la CIDH acerca de la situación de los DESC en sus respectivos territorios y limita la posibilidad de presentar peticiones individuales ante la CIDH a la vulneración de los derechos de libertad sindical (artículo 8.1) y educación (artículo 13)²⁸⁴.

Entre los derechos que reconoce el Protocolo de San Salvador están el derecho al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, a la libertad sindical, a la huelga y a la seguridad social.

3.4. Otros instrumentos del SIDH

Además de los anteriores que pueden ser considerados los principales instrumentos del SIDH y el núcleo de su sistema normativo, existen otros que también forman parte de dicho sistema y que eventualmente despliegan sus efectos en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Se trata principalmente de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

En el caso de la Convención de Belem do Para²⁸⁵, el artículo 2.b considera como uno de los casos de violencia contra la mujer, el acoso sexual del que pueda ser víctima en el lugar de trabajo. Adicionalmente, varias de sus disposiciones vienen a reforzar o a reiterar

²⁸⁴ TEIJO GARCÍA, Carlos. <Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano> EN: CARDONA LLORENS, Jorge et. al. (edits.). *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 1308-1309.

²⁸⁵ En la sentencia C-776 del 29 de septiembre de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional incluyó a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el bloque de constitucionalidad *lato sensu* (artículo 93.2 C.P.).

derechos que de manera general se consagran en los instrumentos bases del SIDH, es decir, el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador.

Así sucede con el derecho a la integridad física y moral (artículo 4.b), al respeto de su dignidad como persona (artículo 4.e), a la igualdad (artículo 4.f), a la libertad de asociación (artículo 4.h), a la igualdad de acceso a las funciones públicas (artículo 4.j) y el derecho a no ser discriminada (artículo 6.a).

En lo concerniente a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el artículo 3.1.a) estipula que los estados partes se comprometen a adoptar medidas tendientes a eliminar la discriminación de personas con discapacidad en el empleo y en general, en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades.

La relevancia de esta convención en el ámbito de las relaciones laborales, ha sido puesta de presente por la Corte Constitucional colombiana quien en repetidas ocasiones ha declarado que la misma forma parte del bloque de constitucionalidad en materia laboral, incluyéndola por tanto en el conjunto de normas aplicables para la resolución de los casos o usándola como parámetro en el control abstracto de constitucionalidad.

Así, en la sentencia T-684A de 2011²⁸⁶, la Corte Constitucional señaló que la obligación del Estado de propender por la integración en el mercado laboral de las personas con discapacidad, derivaba no sólo del texto de la Constitución, sino de los instrumentos que hacían parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos la Convención contra la discriminación de las personas con discapacidad.

Para la Corte Constitucional la suscripción de esta convención obliga al Estado colombiano no solo a la adopción de medidas que concreten la mencionada integración, sino que debe velar también porque tales medidas sean efectivamente aplicadas por las instituciones del Estado que tengan la oportunidad de hacerlo.

²⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, MP.: Mauricio González Cuervo. En esta sentencia la Corte estudia una acción de tutela interpuesta por un grupo de trabajadores discapacitados en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (entidad de naturaleza pública), ante la negativa de esta entidad de aplicar una medida de acción afirmativa prevista en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, consistente en la preferencia, en caso de empate en procesos de licitación con el Estado, de aquellos proponentes que hubieren incluido en sus nóminas al menos el 10% de trabajadores en condición de discapacidad.

En la sentencia T-691 de 2013²⁸⁷ la Corte sostuvo que uno de los fundamentos de la estabilidad laboral reforzada que cobija a los trabajadores con discapacidad, se deriva de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

En la T-063 de 2007²⁸⁸ la Corte tuvo en cuenta la definición de discapacidad prevista en el artículo I.1 de la Convención al momento de resolver el caso planteado. En la T-372 de 2012²⁸⁹ señaló expresamente que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad hace parte del bloque de constitucionalidad. Finalmente, en la C-824 de 2011²⁹⁰, la Corte Constitucional se sirvió de la definición de discapacidad y discriminación contra las personas con discapacidad al estudiar la constitucionalidad de un aparte de la Ley 361 de 1997.

En definitiva, es clara la repercusión que en el ámbito de las relaciones laborales tiene la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; especialmente en lo relativo a la protección contra el despido y a la obligación estatal de adoptar medidas que permitan la integración laboral de la población discapacitada.

4. Los derechos laborales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

Las atrocidades cometidas antes y durante de la segunda guerra mundial pusieron de relieve la necesidad de crear instrumentos que garantizaran el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas y por ende, de asegurar la vigencia de regímenes democráticos como requisito *sine qua non* de la garantía de tales derechos.

En esta línea, después de la segunda mitad de la década de los cuarenta, varios Estados europeos iniciaron procesos de revisión de sus constituciones, con el fin de incluir o asegurar en sus ordenamientos el respeto del Estado de derecho, de los derechos fundamentales y de la democracia²⁹¹.

²⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-691 del 1 de octubre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-063 del 1 de febrero de 2007, MP.: Humberto Sierra Porto.

²⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-372 del 16 de mayo de 2012, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-824 del 2 de noviembre de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁹¹ RIPOL CARULLA, Santiago. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*. Barcelona: Atelier, 2007, pág. 18.

Bajo esta lógica se crea el Consejo de Europa en 1949 como un organismo regional de defensa de los valores democráticos en el continente²⁹² en oposición a los regímenes de Europa oriental. La salvaguarda de la libertad individual, la libertad política y el imperio del derecho como fundamento de toda “auténtica democracia” (preámbulo del estatuto), inspiró el establecimiento de una “unión más estrecha” entre los pueblos que compartían esos ideales.

La finalidad del Consejo de Europa es lograr una “unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” (artículo 1° del estatuto); comprometiéndose los Estados que lo componen a colaborar en la consecución de este fin mediante el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales a las personas que se hallen bajo su jurisdicción (artículo 3° del estatuto).

Dentro de este compromiso con el respeto de los derechos humanos, se elaboran al interior del Consejo de Europa diversos instrumentos internacionales sobre la materia, siendo el primero de ellos, y tal vez el más importante, el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales al que más tarde se le sumaría la Carta Social Europea (CSE)²⁹³.

En este apartado haremos referencia exclusivamente a los instrumentos que emanan del Consejo de Europa que son los que hacen parte del sistema europeo de derechos humanos. En consecuencia, dejaremos de lado cualquier referencia a regulaciones sobre derechos humanos o derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea.

4.1. El Convenio europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales

El CEDH fue adoptado en Roma en 1950 siendo concreción de las previsiones sobre respeto de los derechos humanos contenidas en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa y bajo el innegable influjo de la hasta entonces recién expedida Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo del CEDH).

A pesar de que el CEDH incluye un catálogo reducido de derechos, uno de sus objetivos fue crear un estándar mínimo de derechos humanos frente a los cuales los Estados se

²⁹² CANESSA MONTEJO, *La protección...*, pág. 117.

²⁹³ Además de los mencionados, el Consejo de Europa ha expedido el Código Europeo de Seguridad Social, el Convenio Europeo de Seguridad Social, el Estatuto Europeo del Trabajador Migrante, entre otros.

obligaban a su garantía y protección²⁹⁴. La cuestión inicial fue determinar cuáles derechos integrarían ese estándar mínimo y en este sentido se decidió que la Convención tendría carácter selectivo en la medida en que solo se incluirían algunos de los derechos previstos en la DUDH.

Esto queda evidenciado desde el preámbulo del Convenio donde se señala que el mismo constituye una de las medidas “para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ratificado el “carácter selectivo de la Convención” sosteniendo que esta no tiene como objetivo la protección de los derechos humanos en general, sino únicamente la de algunos de los derechos previstos en la DUDH como bien lo señala el preámbulo de la CEDH²⁹⁵.

La segunda cuestión decidida fue la exclusión de los derechos económicos y sociales del catálogo de libertades a proteger. En los trabajos preparatorios del Convenio se dejó expuesto el asunto al considerar, no obstante reconocer la importancia de estos derechos, que era mejor empezar garantizando la democracia política para luego coordinar las economías con el fin de garantizar también la democracia social²⁹⁶.

Así las cosas, el catálogo de derechos en el texto aprobado en 1950 incluye el derecho a la vida (artículo 2); la prohibición de la tortura (artículo 3); la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4); derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5); derecho a un proceso equitativo (artículo 6); derecho a no ser condenado por una acción que no estuviese previamente prevista como infracción en la ley nacional (artículo 7); derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8); derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9); libertad de expresión (artículo 10); libertad de reunión y asociación (artículo 11); derecho a contraer matrimonio (artículo 12); derecho a un recurso

²⁹⁴ “El Convenio europeo de derechos humanos constituye un tratado internacional que insta a un derecho ideológico que comporta obligaciones de carácter objetivo para los Estados que forman parte de él. Está dirigido a crear un estándar mínimo de los derechos a proteger y garantizar por los Estados, con carácter evolutivo y con el objetivo de establecer un orden público europeo”. BONDIA GARCÍA, David. <El convenio europeo de derechos humanos y los derechos socio-laborales> EN: BONET PÉREZ, Jordi; OLESTI RAYO, Andreu (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens Editorial, 2010, pág. 227.

²⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Golder vs. Reino Unido. Sentencia del 21 de febrero de 1975. Citada por RIPOL CARULLA, *El sistema europeo...* pág. 22.

²⁹⁶ Consideraciones vertidas en el Informe Teitgen, citado por JIMENA QUESADA, Luis. *Sistema europeo de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Colex, 2006, pág. 44.

efectivo (artículo 13); prohibición de discriminación (artículo 14) y prohibición del abuso del derecho (artículo 17).

No obstante esta limitación inicial en cuanto al número de derechos, el Consejo de Europa ha ido ampliando el objeto de protección del CEDH al incluir otros derechos más allá de los inicialmente previstos, mediante la adopción de protocolos adicionales al Convenio. De esta manera se sortearon las dificultades iniciales en lo relativo a la determinación del contenido del Convenio y se buscó brindar una protección más acorde con la prevista en el PIDCP de 1966.

Así pues y por mencionar solo algunos, mediante el protocolo adicional número uno se incluye el respeto a la propiedad, el derecho a la instrucción y el derecho a elecciones libres; los protocolos adicionales número seis y trece prohíben la pena de muerte; el protocolo número siete prohíbe la expulsión arbitraria de extranjeros y reconoce el principio de *non bis in ídem* y el protocolo número doce enuncia una cláusula general de prohibición de discriminación, mejorando la prevista en el artículo 14 del CEDH.

Además de los protocolos adicionales, los derechos enunciados en el CEDH se han visto ampliados por la labor jurisprudencial del TEDH. Así sucedió en el asunto Vogt contra Alemania en el que el Tribunal utilizó el artículo 10 del CEDH sobre libertad de expresión, para reconocer el derecho de la demandante -una funcionaria alemana- de permanecer en su puesto de trabajo²⁹⁷.

Otro tanto ha sucedido con el derecho a la seguridad social, que como anotamos anteriormente a propósito de la naturaleza de los derechos incluidos en el CEDH, no es objeto de protección en el Convenio. Sin embargo, el TEDH ha entrado a proteger este derecho a través del derecho de propiedad recogido en el protocolo adicional número uno y el derecho a un proceso equitativo que según el artículo 6.1 del CEDH, aplica también en los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil²⁹⁸.

Por último, a pesar del limitado ámbito material del CEDH en cuanto a la naturaleza de los derechos protegidos se refiere, se incluyen en el catálogo por lo menos dos que tienen evidentes connotaciones laborales: la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso

²⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Vogt contra Alemania. Sentencia del 26 de septiembre de 1995. Citada por RIPOL CARULLA, *El sistema europeo...* pág. 32.

²⁹⁸ Un estudio más completo sobre el tema en COURTIS, Christian. *La protección del derecho a la seguridad social por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: perspectivas y desafío*. <http://old.socialwatch.org/es/informesTematicos/111.html> [consultado el 8 de julio de 2014].

(Artículo 4) por un lado, y la libertad de reunión y asociación (artículo 11), incluida la libertad sindical, por el otro.

4.2. La Carta Social Europea

Habiendo sido aplazada la cuestión relativa a los derechos económicos y sociales en la discusión del CEDH, se inician en 1953 las negociaciones tendientes a la preparación de un instrumento que recogiera y regulara estos derechos. Las dificultades relativas a la garantía y nivel de protección de los mismos, implicó que solo hasta 1961 se lograra el consenso necesario y fruto de este se adoptara la Carta Social Europea.

Así las cosas, la CSE es el resultado de unas negociaciones en las que se alcanzó un acuerdo entre aquellos que defendían un nivel elevado de protección y los que abogaban por una protección de menores proporciones, dando como resultado un nivel intermedio y flexible para los Estados en cuanto a las obligaciones adquiridas con la ratificación de la Carta²⁹⁹.

Este nivel intermedio consiste en la inclusión de un amplio catálogo de derechos sociales, de los cuales los Estados solo se obligaban frente a unos cuantos que fueron determinados en la Carta y que constituyen el núcleo duro de la misma. Frente a los demás, debían garantizar, a elección del respectivo Estado, un número de derechos no inferior a diez artículos o cuarenta y cinco párrafos.

La evolución constante de las condiciones socio-económicas en Europa ha determinado a su vez la evolución de la normativa referente a los derechos sociales. Así, a la Carta de 1961 se le sumaron el Protocolo adicional de 1988 que incrementa el número de derechos reconocidos, el Protocolo de enmienda de 1991 que reforma el mecanismo de control y el Protocolo adicional de 1991 que instaura el sistema de reclamaciones colectivas.

El punto más alto de este proceso de actualización normativa, se dio con la adopción en 1996 de la Carta Social Europea revisada que recoge en un solo instrumento los derechos garantizados por la Carta y los derechos previstos en el Protocolo adicional de 1988; ampliando además el número de derechos garantizados. Así, la Carta revisada pretende reemplazar progresivamente la CSE adoptada en 1961, teniendo en cuenta “los cambios

²⁹⁹ BONDIA GARCÍA, David. <La carta social europea> EN: BONET PÉREZ, Jordi; OLESTI RAYO, Andreu (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens Editorial, 2010, pág. 245.

sociales fundamentales que se han producido [en Europa] con posterioridad a su adopción” (preámbulo).

Las obligaciones que asumen los Estados en la CSE revisada se determinan de forma similar a como lo hacía su antecesora, con la sola diferencia de que se amplía el número mínimo de derechos a garantizar. De conformidad con el artículo A.1.b, los Estados deben considerarse obligados frente a, por lo menos, seis de los nueve artículos allí enumerados³⁰⁰; debiendo obligarse además por un número adicional de artículos o párrafos de la Parte II a elección de cada Estado, siempre que dicho número no sea inferior a dieciséis artículos o sesenta y tres párrafos.

A pesar de la importancia de los derechos que reconoce, la CSE ha ocupado un papel secundario frente a la Convención Europea de Derechos Humanos precisamente por el singular sistema de ratificación antes descrito y por lo débil de los mecanismos de control instituidos en ella, siendo lo principal la inexistencia de un mecanismo de reclamaciones individuales como si sucede con la CEDH.

5. Otros instrumentos internacionales

Además de las anteriores, existen otros instrumentos internacionales que consagran derechos típicamente laborales o los denominados derechos laborales inespecíficos; instrumentos que en el caso colombiano hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme lo dispone el artículo 93 superior y lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁰¹. Tales instrumentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)³⁰², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

De forma similar a lo que sucede con la CADH, el PIDCP señala las obligaciones a cargo de los Estados parte en relación con los derechos en él reconocidos. El marco general lo

³⁰⁰ El listado de nueve artículos lo componen el derecho al trabajo (artículo 1), derecho sindical (artículo 5), derecho de negociación colectiva (artículo 6), derecho de los niños y adolescentes a protección (artículo 7), derecho a la seguridad social (artículo 12), derecho a la asistencia social y médica (artículo 13), derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica (artículo 16), derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (artículo 19) y el derecho a la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (artículo 20).

³⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-504 del 4 de julio de 2007, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰² La DUDH incluye en su artículo 23, el derecho al trabajo, a la protección contra el desempleo, a una remuneración justa y satisfactoria, a igual salario por trabajo igual y a fundar sindicatos y sindicarse libremente en defensa de sus intereses. El artículo 24 consagra el derecho al descanso, a vacaciones pagadas y a una duración razonada de la jornada de trabajo. Mientras que en el artículo 25 se establece el derecho a la seguridad social.

constituye el artículo 2³⁰³ que establece de forma principal tres obligaciones en cabeza de los Estados.

En primer lugar, la obligación de garantía y respeto del ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto sin discriminación alguna para todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado. En segundo término, la obligación de adoptar las disposiciones de carácter legislativo o de cualquier otra índole que permitan garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el PIDCP. Por último, los Estados se comprometen a garantizar la existencia de un recurso efectivo al que se pueda acudir en caso de violación de estos derechos.

El PIDESC por su parte, aunque contiene la cláusula de no discriminación en cuanto al ejercicio de los derechos enunciados en él, impone a los Estados parte obligaciones diferentes de las que derivan del artículo 2 del PIDCP. Ello se podría explicar, sin querer entrar en la discusión que existe al respecto, por la distinta naturaleza de los derechos reconocidos en uno y otro instrumento, en el sentido de que unos son derechos prestacionales mientras que los otros son derechos civiles y políticos.

El artículo 2.1 del PIDESC obliga a los Estados a adoptar medidas, técnicas o económicas y hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. Aunque esta progresividad algunos la han entendido como la no obligación de aplicación inmediata de las disposiciones del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC) ha sostenido lo contrario.

Para el CDESC el Pacto impone varias obligaciones de efectos inmediatos a los Estados parte, entre ellas la obligación de no discriminación en el ejercicio de los derechos y la de

³⁰³ Artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de aquellos. De igual forma ha sostenido que algunos de los derechos reconocidos en el PIDESC son de aplicación inmediata, como por ejemplo la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, la libertad sindical, el derecho de huelga, entre otros³⁰⁴.

Frente a la aplicación de estos instrumentos en el orden interno, la Corte Constitucional colombiana ha invocado en un sinnúmero de sentencias las normas de la DUDH, el PIDCP y del PIDESC como derecho aplicable a la resolución de casos laborales. Así, en la sentencia T-937 de 2006³⁰⁵, la Corte Constitucional invocó el artículo 2.3 del PIDCP para reforzar su argumento en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales cuando los mismos han sido violados por una autoridad judicial. En este caso se trataba del despido de un trabajador con fuero sindical sin haberse agotado previamente el trámite del proceso especial de levantamiento de fuero.

En la sentencia T-827 de 2004, la Corte Constitucional utilizó el artículo 9 del PIDESC para resolver el caso de un pensionado al que la autoridad administrativa le había ordenado descuentos de su mesada pensional en cuantía superior al 50% de la misma, con el fin de recuperar un dinero que le había sido pagado de más. La Corte se sirvió además de la interpretación que del derecho a la seguridad social ha hecho el CDESC al considerarla un criterio relevante para la resolución del caso, dada su condición de intérprete autorizado del PIDESC³⁰⁶.

Por último, en la T-568 de 1999³⁰⁷, la Corte Constitucional incluyó dentro del bloque de constitucionalidad la Declaración Universal de Derechos Humanos, al resolver el caso de unos trabajadores que habían sido despedidos por participar en una huelga que luego fue declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo.

³⁰⁴ CANESSA MONTEJO, *La protección...*, pág. 70-71.

³⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia T-937 del 16 de noviembre de 2006, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T-827 del 1 de septiembre de 2004, MP.: Rodrigo Uprimny Yepes.

³⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

SEGUNDA PARTE: LA LESION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU REPARACIÓN

CAPÍTULO CUARTO: EL DAÑO GENERADO POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de los derechos fundamentales frente a las lesiones o amenazas que sobre ellos se ciernen, ya sea por parte del Estado o de particulares³⁰⁸, tradicionalmente han encontrado respuesta en el Derecho Público mediante los procedimientos especiales creados *ex constitución* para garantizar su vigencia.

La tutela que de estos derechos se ofrece desde el derecho constitucional es de naturaleza preventiva e inhibitoria: con ella se pretende la cesación de los actos que los amenacen o lesionen y la restitución a su titular del derecho vulnerado mediante órdenes impartidas en este sentido o declaración de nulidad o ineficacia de los actos vulneradores de derechos fundamentales.

Así, la acción de tutela en el caso colombiano faculta al juez para dictar las órdenes necesarias para que la persona responsable de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales actúe o se abstenga de hacerlo, dependiendo de si el atentado proviene de una omisión o de una acción positiva. Todo con el fin de garantizar al afectado el “pleno goce de su derecho y volver al estado anterior a la violación cuando ello fuere posible”³⁰⁹.

Similares consideraciones proceden frente a la protección que a los derechos fundamentales se otorga en el ordenamiento español a través del procedimiento de tutela de estos derechos previsto en la LRJS. En caso de haber lugar al amparo solicitado, el juez declarará la nulidad radical de la actuación violatoria del derecho invocado y restablecerá al recurrente en la integridad de este, para lo cual adoptará las medidas conducentes.

En este sentido, la protección brindada por estos mecanismos constitucionales aparece como idónea en la medida en que permite una intervención expedita frente al acto u omisión

³⁰⁸ Cfr. capítulo II.3.

³⁰⁹ Decreto 2591 de 1991, artículo 23.-“Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenara su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto”.

que lesiona o amenaza el derecho fundamental, garantizando de esta manera la vigencia del mismo a su titular.

No obstante, dado el carácter inhibitorio de la protección que este tipo de procedimientos brinda, la cuestión relativa a los eventuales daños que se irroguen al ciudadano por la vulneración de sus derechos fundamentales, por regla general, no queda comprendida dentro del objeto del procedimiento de amparo constitucional; cuestión que genera varios interrogantes: ¿qué sucede cuando la lesión de estos derechos genera un daño?, ¿Podría decirse que la vulneración de los derechos fundamentales siempre genera un daño que deba ser resarcido?, en caso afirmativo, ¿qué tipo de daños se generan y cuál es el escenario para reclamarlos?

Estas serán algunas de las cuestiones que pretenderemos resolver en el presente capítulo. Para ello nos referiremos al concepto de daño y las características que deben estar presentes para que un daño pueda ser resarcido, a las distintas categorías de daño reconocidas en cada uno de los ordenamientos de referencia y, finalmente, nos ocuparemos en concreto de la cuestión relativa al daño que genera la lesión de los derechos fundamentales y lo referente a las categorías en que encuentra cabida a efectos de su reparación.

1. El daño. Concepto y características

Suele decirse que el daño es el elemento más importante de la responsabilidad, al punto que es la primera indagación que debe hacerse a efectos de determinar si un sujeto es civilmente responsable.

Se trata, entonces, de un requisito indispensable para predicar la responsabilidad de un sujeto, ya que en ausencia de daño, aunque se presente una actuación culposa por parte de un agente o un incumplimiento proveniente de alguna de las partes en un contrato, no habrá lugar a reparación alguna.

Así, por daño se ha entendido *“toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión de un derecho o como alteración de su goce pacífico”*³¹⁰ o, según la

³¹⁰ HENAO, Juan Carlos. <Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2015, Núm. 28, pág. 280. El autor defiende un concepto de daño en el que, además de incluir la lesión definitiva del derecho, entiende que el mismo existe desde que “se altera su goce pacífico y aun antes de que se inicie la consumación de la lesión”.

clásica definición de De Cupis, “*la lesión del interés ajeno*”³¹¹ siempre que dicho interés sea lícito o que se encuentre jurídicamente protegido. En otras palabras, el daño que es jurídicamente relevante, o si se quiere, el daño en sentido jurídico es aquel que recae sobre un interés o una situación que sea protegida por el derecho.

La situación jurídica afectada por el daño debe ser lícita ya que las situaciones o intereses ilícitos no entran en el haber de la persona y por tanto no se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico. Ahora bien, la licitud del interés jurídicamente protegido no deriva exclusivamente de su reconocimiento expreso en la ley, sino que resultará suficiente, a efectos de considerarse daño resarcible, que dicho interés no contraríe el ordenamiento jurídico³¹².

Quiere ello decir que cualquier persona puede reclamar la indemnización del daño que dice haber sufrido presumiéndose la licitud del interés que se dice lesionado³¹³, debiendo entonces aparecer plenamente acreditado en el proceso el carácter ilícito de dicha situación si lo que se quiere es desvirtuar la existencia de un daño en el sentido jurídico de que hemos venido hablando.

Se trata de indagar si la legalidad del título con que se comparece a reclamar la reparación del daño se desvirtúa, sin que sea posible establecer *a priori* situaciones que son consideradas, con carácter general, como no generadoras de daño por no encontrarse protegidas por el derecho³¹⁴.

El daño debe además reunir unas condiciones que deben estar acreditadas para proceder a su reparación, lo que quiere decir que resulta indispensable establecer si concurren las condiciones de existencia del daño como estadio previo a determinar la obligación de repararlo. Es decir, para imponer la obligación de reparar un perjuicio, primero debemos indagar acerca de una serie de requisitos que permiten establecer la verdadera existencia de un daño que deba ser reparado.

³¹¹ CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975, pág. 81.

³¹² NAVEIRA ZARRA, Maita María. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales del Derecho Reunidas, 2006, pág. 49.

³¹³ HENAO, Juan Carlos. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 102.

³¹⁴ *Ibidem*, pág. 102.

Estos requisitos o condiciones de existencia del daño como los ha denominado la doctrina³¹⁵ son el carácter cierto y el carácter personal del daño a los cuales nos referiremos enseguida. No obstante, con carácter previo resulta indispensable hacer una precisión conceptual y es la referida a los términos daño y perjuicio.

1.1. Acerca de la distinción entre daño y perjuicio

En la doctrina hay quienes distinguen entre los conceptos de daño y perjuicio, considerando que el daño es una “alteración material exterior”, es decir, un hecho que puede constatarse: es la lesión en sí misma, la herida, el dolor, la enfermedad, etc.; mientras que el perjuicio son las consecuencias que se derivan del daño, es decir, el menoscabo que sufre quien padece el daño³¹⁶. De conformidad con esta distinción, lo que se indemniza es el perjuicio que proviene del daño.

Otros autores, en cambio, sostienen que con la sola lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial hay un daño, independientemente de que a causa de ella se afecten otros bienes que darían lugar a la producción de nuevos daños. Es decir que, si como consecuencia de la lesión del bien se afectan otros de carácter patrimonial o extrapatrimonial, “habrá tantos nuevos daños como bienes afectados haya”³¹⁷.

La jurisprudencia reciente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado no parece admitir esta diferenciación, por lo menos no en lo que respecta a la lesión de derechos fundamentales, que para efectos de la configuración del daño, atiende a la lesión en sí misma considerada.

Sin perjuicio del análisis detallado que más adelante haremos sobre dicha jurisprudencia, baste con señalar aquí que la Sala Civil de la Corte sostuvo que, tratándose de la vulneración de un derecho fundamental, “el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”, sin que sea necesaria “la presencia de ninguna otra consecuencia” para obtener su reparación³¹⁸.

³¹⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, vol. 1. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961, pág. 299.

³¹⁶ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 76-79 y 87.

³¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª Ed., T. II. Bogotá: Legis, 2007, pág. 328-329.

³¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

En sentido similar se ha pronunciado el Consejo de Estado, que refiriéndose a la afectación del derecho a la honra y al buen nombre, ha señalado que “la vulneración por parte del Estado a alguno de esos derechos fundamentales, debe ser indemnizado”³¹⁹ sin mención alguna a las consecuencias derivadas de dicha lesión.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente trabajo dejaremos de lado los aspectos relativos a la distinción entre daño y perjuicio, por lo que, en consecuencia, utilizaremos indistintamente una u otra denominación para referirnos a la misma cuestión.

1.2. El carácter cierto del daño

La doctrina tradicionalmente ha entendido que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser cierto, esto es, debe haber certeza sobre su existencia; lo que supone que no se puede reparar el daño meramente eventual o hipotético. Así, el daño es cierto cuando “a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”³²⁰.

La certeza del daño se contrapone a su eventualidad, más no a que el daño pueda ser presente o futuro. Es decir, el carácter cierto del daño no es óbice para que se pueda reparar no solo el daño actual, sino también el futuro, siempre que sobre su existencia se tenga cierto grado de certeza.

El carácter cierto del daño, pasado o presente, no comporta mayores problemas en la medida en que se trata de una realidad ya vivida, la labor del juez será comprobar la veracidad de las afirmaciones de quien dice sufrir un daño, pero teniendo siempre presente que dicho daño ya se exteriorizó³²¹.

Lo que puede resultar más o menos problemático es la certeza del daño futuro teniendo en cuenta que en estos casos dicha certeza se establece a partir de probabilidades, sin que pueda exigirse una certeza absoluta que resultaría imposible y prácticamente impediría la reparación de este tipo de daño³²².

³¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 24078, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

³²⁰ TAMAYO JARAMILLO..., pág. 339.

³²¹ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 132.

³²² TAMAYO JARAMILLO..., pág. 340-341.

El carácter cierto del daño futuro depende entonces de que dicho daño aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual³²³. Por lo tanto, la certeza del daño no estriba exclusivamente en que este se ya haya presentado como una realidad palpable para el juez (daño actual o presente), sino que este requisito se ve satisfecho también cuando se tiene la “seguridad de que un daño va a acontecer aunque no se conozca el momento preciso de su materialización”³²⁴. Seguridad que como ya dijimos se plantea en términos de probabilidad y no de certeza absoluta.

La doctrina³²⁵ señala que el carácter cierto del daño comprende dos aspectos que deben encontrarse satisfechos a efectos de su reparación: la certeza respecto de su existencia y la certeza respecto de su cuantía.

La certeza del daño en torno a su existencia se identifica con las cuestiones que hemos venido tratando. Para que se pueda reparar un perjuicio este debe ser cierto, real y que no deje dudas acerca de su existencia. En consecuencia, no se puede indemnizar el daño que aparece como eventual o hipotético, sin que esto se oponga a que se repare el daño futuro en la medida en que sea cierto conforme se ha dicho anteriormente.

Por su parte, el análisis de la certeza acerca de la cuantía del daño se ha hecho tradicionalmente desde la óptica de la posibilidad o no de dictar sentencias con reserva de liquidación o condena en abstracto como se permitía en las codificaciones procesales anteriormente vigentes en España y Colombia, respectivamente. Esta cuestión la dejaremos de lado ya que escapa por completo al objeto de este trabajo. Sobre este tema bastará con señalar que la jurisprudencia colombiana ha abierto la posibilidad de proferir condena cuando existe certeza del daño pero no de su cuantía, estableciendo una serie de presunciones en este sentido.

Así por ejemplo, cuando se prueba que el daño existe pero no se tiene constancia de los ingresos de la víctima a efectos de su liquidación, el Consejo de Estado colombiano ha señalado que se debe tomar como base el salario mínimo legal mensual vigente ya que ninguna persona en edad productiva puede devengar un salario inferior a este. Así, cuando se prueba que la víctima ejercía una actividad lícita por la que recibía unos ingresos pero

³²³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2012, CP.: Marco Antonio Velilla Moreno.

³²⁴ NAVEIRA ZARRA..., pág. 52.

³²⁵ *Ibidem*, pág. 52-60.

no aparece la prueba de su cuantía, se presume que por lo menos recibía un salario mínimo mensual³²⁶.

El profesor Juan Carlos Henao, a propósito del carácter cierto del daño, clasifica este último en perjuicio consolidado y no consolidado, identificando el primero con el perjuicio actual en el que la calificación de su certeza se hace al momento en que el juez debe pronunciarse sobre él. El perjuicio no consolidado por su parte, comprende dos situaciones: el perjuicio no consolidado a partir de una situación existente y el perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente³²⁷.

El perjuicio no consolidado a partir de una situación existente al momento de calificar el daño se corresponde con el daño futuro en el que el juez debe establecer la certeza de su prolongación en el tiempo, teniendo en cuenta que la situación que expresa el daño existe en dicho momento, por ejemplo, la muerte o las lesiones.

El perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente es lo que comúnmente se identifica en la doctrina como la pérdida de una oportunidad, que se presenta cuando el agente, por un hecho suyo, priva a la víctima de la probabilidad de conseguir una ganancia o evitar una pérdida³²⁸. O para usar la expresión más gráfica del profesor Henao, “*si yo hubiera tenido la oportunidad de hacer X, Y se habría presentado; pero como nunca fue así, Y nunca se presentó*”³²⁹.

En estos casos el perjuicio no consiste en la oportunidad que no se materializó (para seguir con el ejemplo, en Y que no se presentó), sino precisamente en la pérdida de dicha oportunidad. Es decir, el juez en este caso no analiza si la víctima hubiese podido acceder o no a la ventaja, el perjuicio lo constituye la pérdida de la probabilidad de acceder a dicha ventaja.

Otra cuestión es la forma en que se cuantifica dicha pérdida a efectos de la liquidación del perjuicio. Nos encontramos nuevamente en un escenario de probabilidades, de manera tal

³²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009, expediente 17376, CP.: Ruth Stella Correa Palacio.

³²⁷ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 132 a 136.

³²⁸ MAZEAUD..., pág. 307.

³²⁹ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 159.

que el resarcimiento se hará de acuerdo con el porcentaje de probabilidad que, frente a la ventaja dejada de obtener, tenía la persona que se ha visto privada de la oportunidad³³⁰.

Tal es el caso de la denominada pérdida de la oportunidad procesal, en la que una persona se ve privada de una acción o recurso judicial por la actuación negligente de su abogado. Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo permite que el juez que conozca de la demanda de responsabilidad, realice “*un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción*”, de manera que la indemnización bien puede ser equivalente al importe del bien o derecho reclamado, cuando surja que hubiese sido razonablemente segura la estimación de la acción frustrada o, la negación de cualquier indemnización cuando del mismo análisis resulte que dicha acción no estaba llamada a prosperar³³¹.

1.3. El carácter personal del daño

Esta característica consiste en que el daño solo puede ser reclamado por quien lo ha padecido, o en palabras de Tamayo Jaramillo, “*que solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a reclamar su reparación*”³³². A esto habría que añadir que no solo la víctima directa del daño puede solicitar su reparación, sino que los terceros perjudicados, sean o no herederos, también se encuentran legitimadas para obtenerla siempre que demuestren la titularidad del bien o interés lesionado.

En otras palabras, un mismo hecho dañino puede afectar los bienes o intereses de una persona que tendrá derecho a reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, pero puede afectar también bienes de terceros, que como consecuencia de ese hecho, sufren también un perjuicio cierto que por supuesto, debe ser resarcido.

Así sucede por ejemplo, cuando los ataques a la integridad física de una persona, bien sea que le ocasione la muerte o no, afectan los bienes o sentimientos de terceros, usualmente los parientes cercanos, quienes podrán reclamar el daño moral que dicho ataque les haya ocasionado o el reembolso de los gastos en que hubiesen incurrido como consecuencia del mismo³³³.

³³⁰ TAMAYO JARAMILLO..., pág. 357-358. Así, explica el autor que si el juez concluye que las probabilidades de éxito eran del 100%, en este porcentaje se debe resarcir a la víctima; si las probabilidades eran del 30% pues será esta la medida del resarcimiento.

³³¹ STS del 5 de junio de 2013 [RJ 2013, 4971].

³³² TAMAYO JARAMILLO..., pág. 421.

³³³ Nos relevamos de hacer mención acerca de la cuestión relativa a la transmisión o no por vía hereditaria de los perjuicios en los casos de muerte instantánea de la víctima directa del daño. Sobre este punto consultar, NAVEIRA ZARRA..., pág. 136 y ss. y TAMAYO JARAMILLO..., pág. 976 y ss.

Aunque en el estudio del carácter personal del daño se suele incluir lo relacionado con la legitimación para reclamar la reparación del daño colectivo, esta cuestión se omitirá al ser por completo ajena al tema de este trabajo³³⁴.

En síntesis, el carácter personal del daño implica que la persona que los reclama debe ser la titular del interés lesionado, interés que como se ha dicho debe ser lícito en los términos antes expuestos, debiendo acreditar tal circunstancia en el proceso.

2. Tipología del daño

La doctrina tradicionalmente ha dividido los daños entre daños patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales atendiendo a la circunstancia de si el hecho dañino lesiona derechos de contenido económico o no; si así es, hablaremos de daños patrimoniales, en caso contrario, esto es, si lesiona derechos que no tienen tal carácter, hablaremos de daños extrapatrimoniales.

La cuestión acerca de la naturaleza económica o no del bien o interés lesionado radica en la posibilidad de que estos sean evaluables en dinero, o en dicho en otros términos, que sean susceptibles de estimación pecuniaria. No obstante, puede suceder que el hecho dañino recaiga principalmente sobre un interés de naturaleza económica y repercutir sobre otro que no la tenga y viceversa; es decir, que el daño afecte de manera principal un bien que no tenga contenido económico y rebotar en otro que si participe de tal naturaleza.

Quiere decir lo anterior que la lesión de un interés no patrimonial puede generar daños patrimoniales, como sucede cuando se afectan los derechos de la personalidad (v. gr. El honor, la intimidad, la integridad personal, etc.), cuya lesión generalmente ocasiona este tipo de daños. Lo mismo puede decirse de la afectación de un bien patrimonial. Así, la destrucción en un incendio de la casa de habitación de una persona, puede afectar sus sentimientos e infligir un gran dolor que obligue a la reparación del daño moral causado.

En cualquier caso, debemos hacer una precisión en lo relativo a la denominación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales. El profesor Juan Carlos Henao rechaza esta clasificación -en su enunciación más no en su contenido- ya que, en su opinión, carece de sentido hablar de daños extrapatrimoniales en la medida en que el patrimonio está compuesto por el conjunto de bienes y obligaciones de una persona y que por bien debe

³³⁴ Sobre este tema cfr. TAMAYO JARAMILLO..., pág. 421-440 y HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 87 a 128.

entenderse “todo derecho subjetivo patrimonial”, de manera que los daños solo pueden afectar el patrimonio³³⁵.

Propone entonces la denominación de daños materiales e inmateriales cuyo contenido coincide con el de la clásica división entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, pero evita la absorción de todos los rubros del daño en uno solo de los extremos de la clasificación tradicional³³⁶.

Nosotros nos referiremos indistintamente a una y otra denominación asignándoles el mismo significado: hablaremos de daños patrimoniales o materiales y de daños extrapatrimoniales o inmateriales. Debemos aclarar en todo caso, que cuando nos refiramos a los daños materiales e inmateriales, lo haremos en el mismo sentido en que lo hace el profesor Henao, esto es, como equivalentes al daño patrimonial y extrapatrimonial, respectivamente.

2.1. Daños patrimoniales o materiales

Como quedó dicho en precedencia, son aquellos que recaen sobre un interés de naturaleza económica, es decir, que son susceptibles de estimación pecuniaria y “sustituibles o intercambiables en el mercado”³³⁷. Tanto en el Código Civil español como en el colombiano, se incluyen como especie de este tipo de daños el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente lo constituyen las erogaciones o los gastos en que tuvo que incurrir la víctima del hecho dañino o el tercero que haya sido perjudicado con el mismo y como consecuencia de este hecho. Por su parte, el lucro cesante está compuesto por las ganancias dejadas de percibir por la víctima directa o los terceros.

El daño emergente es de más fácil estimación por parte del juez ya que se trata de un daño que se ha experimentado y que además se puede probar con cualquier documento que dé cuenta de los gastos en que se ha incurrido. El lucro cesante por el contrario, está sujeto a cierto grado de incertidumbre sin que por ello pierda la característica de daño cierto, que como quedó anotado, es requisito indispensable para su indemnización.

³³⁵ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 192.

³³⁶ Si para el autor no pueden existir daños que no afecten el patrimonio, la denominación de daños patrimoniales abarcaría la totalidad de los rubros o categorías del daño indemnizable. *Ibidem*, pág. 193.

³³⁷ VICENTE DOMINGO, Elena. <El daño> EN: REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. T.I, 5ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, pág. 338.

En cualquier caso, tanto el daño emergente como el lucro cesante, en lo que hace al contrato de trabajo, suele estar previamente fijado por el legislador mediante el establecimiento de unas tablas indemnizatorias en las que se establece de antemano la cuantía del perjuicio sufrido por el trabajador. Así sucede especialmente en los supuestos de terminación injusta del contrato (despido improcedente) en donde la fórmula empleada para el cálculo de la indemnización comprende la reparación, tanto del daño emergente, como del lucro cesante³³⁸.

2.2. Daños extrapatrimoniales o inmateriales

Siguiendo con la clasificación propuesta, los daños extrapatrimoniales o inmateriales son los que recaen sobre bienes o intereses que no tienen naturaleza económica por no ser posible su estimación en dinero. A diferencia de lo que sucede con los daños patrimoniales, cuya clasificación no genera mayores dificultades en la medida en que los rubros que lo integran se encuentran especificados en la ley, el daño inmaterial pocas veces encuentra alusión expresa en el derecho positivo, cuestión que dificulta particularmente lo relativo a la tipología que cobija esta categoría de daño.

La reparación del daño inmaterial fue negada durante mucho tiempo –y fuertemente criticada en sus inicios–, porque se consideraba inmoral el hecho de poner precio al dolor y los sentimientos de las personas³³⁹. De hecho, en los Códigos Civiles decimonónicos ninguna referencia se hace al daño moral, siendo la fuente de su reconocimiento de origen doctrinal y principalmente jurisprudencial. Ello es así porque al momento de la codificación, la discusión acerca de la indemnización por daño moral apenas comenzaba en el ámbito doctrinario³⁴⁰.

Tanto en España como en Colombia fueron los tribunales de casación quienes empezaron a indemnizar el daño moral como categoría distinta del hasta entonces único daño indemnizable: el daño material en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante.

³³⁸ Así lo establece por ejemplo el artículo 64 del CST al disponer que “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente”.

³³⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A.; VEIGA COPO, Abel B. *Derecho de daños*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pág. 147.

³⁴⁰ KOTEICH KHATIB, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 21.

En ambos casos el reconocimiento fue producto de una reinterpretación del Código Civil llevada a cabo por dichos tribunales.

Fue así como el Tribunal Supremo español en la STS de 6 de diciembre de 1912 condenó a un periódico a indemnizar el daño moral causado a una mujer por una publicación que atentaba contra su derecho al honor. Dijo el TS en dicha sentencia que el juzgador de instancia, en su calidad de “intérprete de la ley”, lo que hizo fue “*explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya ‘preexistentes’, que definen el daño en todas sus manifestaciones, para justificar...una indemnización pecuniaria...*”³⁴¹.

En Colombia fue la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1922, más conocida como la sentencia del caso Villaveces, la que habló por primera vez del resarcimiento del daño moral. En aquella ocasión se condenó al municipio de Bogotá a indemnizar el daño moral causado al demandante por la destrucción del mausoleo en el que se encontraban depositados los restos de su esposa.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que como el artículo 2341 del Código Civil ordenaba la reparación de todo daño inferido a una persona, no se podía limitar dicha reparación solo a los daños patrimoniales, ya que “tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente”³⁴².

A partir de los hitos jurisprudenciales reseñados siguió el desarrollo de los daños inmateriales en los ordenamientos españoles y colombiano, que sin embargo, siguieron caminos diferentes en lo relativo a las categorías que se incluyen dentro del concepto de daño inmaterial, razón por la cual, su estudio se hará por separado.

3. La tipología del daño extrapatrimonial en Colombia

El reconocimiento de nuevas categorías de daño inmaterial y su posterior evolución no se ha dado de manera uniforme en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, por el contrario, cada una de estas jurisdicciones ha trazado su propio recorrido en dicha evolución, la que ha tenido lugar al hilo de los avances jurisprudenciales que se han dado al interior de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

³⁴¹ STS del 6 de diciembre de 1912.

³⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de julio de 1922, MP.: Tancredo Nannetti.

La jurisdicción civil fue pionera con el reconocimiento del daño moral en la sentencia antes mencionada; sin embargo, esta sería la única categoría de daño inmaterial reconocida por la Sala de Casación Civil de la Corte durante muchos años, hasta la aparición, en la jurisprudencia de la Corte, del daño a la vida de relación.

En el Consejo de Estado por su parte, se introduce en la década de los 90 el llamado en ese entonces perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, iniciándose así un tortuoso camino, puesto de presente por la doctrina y seguramente aun inacabado, de evolución de la nueva categoría de daño extrapatrimonial que buscaba hacerse un lugar en el campo de la responsabilidad civil.

Esta bifurcación del sendero transitado para el reconocimiento de los daños inmateriales, es la que justifica que su estudio se aborde, no a partir de las categorías introducidas por la jurisprudencia, sino de la evolución que se ha dado, de manera independiente, en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Es decir, señalaremos cuáles son los daños extrapatrimoniales reconocidos por el Consejo de Estado y cuál ha sido la evolución que ha tenido lugar al interior de este tribunal y posteriormente haremos lo propio con los daños reconocidos por la Corte Suprema de Justicia.

3.1. Los daños extrapatrimoniales en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Siguiendo la doctrina sobre reparación del daño moral iniciada por la Corte Suprema de Justicia con el caso Villaveces, el Consejo de Estado venía reconociendo de forma pacífica la reparación de este tipo de perjuicios siendo la única categoría de daño inmaterial indemnizable en la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, a principios de los años 90 empieza a reconocer una categoría de daño extrapatrimonial, diferente del daño moral, que hasta entonces era prácticamente extraño en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1.1. Del perjuicio fisiológico al daño a la vida de relación

El primer antecedente suele encontrarse³⁴³ en la sentencia del 14 de febrero de 1992 al entender que con ella se empezó a abrir el camino para el reconocimiento de un nuevo rubro de daño. En ella el Consejo de Estado, aunque finalmente solo condenó por daño moral, ordenó una indemnización sustancialmente por encima del valor que acostumbraba

³⁴³ GIL BOTERO, Enrique. <El daño a la salud en Colombia. Retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento>. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 2012, Núm. 8, pág. 93.

a reconocer para este tipo de daños, teniendo en cuenta las circunstancias de especial gravedad en que se produjo la lesión. En aquella ocasión sostuvo que

“se habla sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazzutti por lo que en la demanda se denomina ‘daños fisiológicos’, los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo”³⁴⁴.

Más adelante el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió la sentencia del 3 de julio de 1992³⁴⁵, en la que comenzó a hablar del perjuicio fisiológico aludiendo a la privación de los placeres cotidianos de la vida para delimitar su contenido. El fundamento del tribunal para el reconocimiento de esta nueva categoría, fue el artículo 2341 del Código Civil que establece la obligación de reparar los perjuicios que se infieren a la persona o a los bienes de otros, “sin hacer ninguna distinción”, refiriéndose a que dicha obligación no se limitaba a los daños materiales³⁴⁶.

Pero la introducción en firme de este tipo de daño en el Consejo de Estado se dio de la mano de la sentencia del 6 de septiembre de 1993, en la que ordenó la reparación de un nuevo rubro del daño inmaterial que denominó “perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación” y que pretendía indemnizar *“la pérdida de la posibilidad de realizar ‘...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia’...”³⁴⁷.*

Así, el Consejo de Estado en esta sentencia -y en otras posteriores en las que reiteró su doctrina acerca de este tipo de perjuicios-, trató el daño a la vida de relación y el perjuicio fisiológico como sinónimos, es decir, utilizó indistintamente las dos denominaciones para referirse al mismo daño.

La doctrina advirtió prontamente el error en que incurrió el alto tribunal al confundir dos categorías de daño disímiles que además tenían orígenes diferentes³⁴⁸: el perjuicio

³⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 1992, expediente 6477, CP.: Carlos Betancur Jaramillo.

³⁴⁵ Sentencia confirmada por el Consejo de Estado al desatar la apelación de la misma, mediante providencia del 1º de julio de 1993, expediente 7772.

³⁴⁶ M^oCAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 59.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 1993, expediente 7428, CP.: Julio César Uribe Acosta.

³⁴⁸ Un análisis más profundo acerca de la confusión inicial de las dos categorías de perjuicio y los fundamentos de tal confusión en KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 206 a 213.

fisiológico de origen francés y el daño a la vida de relación de origen italiano. El primero referido a la lesión de la integridad psicofísica de la persona y el segundo, a las actividades no productivas de la víctima³⁴⁹.

La confusión que ya había sido advertida se agudiza con la sentencia proferida el 13 de junio de 1997 en la que el Consejo de Estado señala que el perjuicio fisiológico no es un daño con una entidad jurídica propia, sino que participa tanto de la naturaleza de daño patrimonial, como extrapatrimonial y que aquellos pertenecen

*“a una categoría intermedia ubicados en el punto donde confluyen los dos rubros tradicionales, pero participando de ellos, se diferencian en que se encuentran inequívocamente relacionados con el goce de vivir, esto es que además del dolor en sí mismo, alcanzan un grado de intensidad mayor, pues van acompañados de la frustración de realizar una actividad de la cual el lesionado percibía placer físico o espiritual, lo que apareja normalmente sentimiento de angustia, estados de depresión, intranquilidad y pérdida del sueño, entre otras consecuencias”*³⁵⁰.

Se dijo entonces que al darle ese carácter “híbrido” al perjuicio fisiológico, la sentencia en comento no hizo nada distinto a reconocer un daño que encajaba en las categorías existentes. Es decir, por más que el Consejo de Estado haya hablado de la nueva categoría de daño (perjuicio fisiológico), en realidad lo que tuvo en cuenta para liquidar el perjuicio fue el daño emergente y el daño moral en cuantía superior a la acostumbrada, atendiendo la gravedad del perjuicio³⁵¹.

En todo caso, tanto en las sentencias anteriores como en las siguientes que proferiría el Consejo de Estado sobre este punto, el así denominado perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación tenía su origen en una lesión a la integridad corporal que afectaba la capacidad de la víctima para desarrollar actividades que hacían agradable su existencia³⁵².

³⁴⁹ GIL BOTERO..., <El daño a la salud..., pág. 95.

³⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 1997, expediente 12499, CP.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁵¹ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 213-214. Así lo entiende la autora del siguiente aparte de la sentencia referido a la liquidación del perjuicio: “Ahora bien, para la tasación misma de los perjuicios fisiológicos se debe tener en cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a materiales que son, pueden ser resarcidos con el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas, o el costo de la instrucción de un nuevo pasatiempo que sustituya aquél que resulta afectado; y, en cuanto, participan de la naturaleza de los perjuicios morales, esto es el dolor intenso e incalculable que representa la pérdida del goce de vivir, deben indemnizarse con el equivalente en pesos de los gramos de oro fino que el juez estime en consonancia con las circunstancias particulares de cada caso”.

³⁵² NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 81.

Es decir, lo que la jurisprudencia contencioso-administrativa entendió por perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, derivaba siempre de una lesión corporal que se proyectaba en la imposibilidad de la víctima para llevar a cabo actividades placenteras.

El panorama cambia sustancialmente con la sentencia del 19 de julio de 2000³⁵³, en la que el Consejo de Estado abandona en forma definitiva el *nomen iuris* de perjuicio fisiológico sustituyéndolo por el de daño a la vida de relación. Pero el cambio que se produce con esta sentencia no es exclusivamente nominal, sino que las precisiones doctrinales que en ella se hacen, permiten superar en parte la confusión terminológica puesta de presente anteriormente³⁵⁴.

En primer lugar señala que el perjuicio que se pretende indemnizar no lo constituye “la lesión en sí misma”, sino las consecuencias que dicha lesión produce en la vida de relación de quien la sufre. Así las cosas, el perjuicio aludido puede tener lugar, no solo a raíz de una lesión corporal, sino por la afectación de cualquier derecho de la personalidad que tenga la potencialidad de afectar la vida de relación de las personas. Incluso, puede haber lugar a su reparación en supuestos de afectación patrimonial.

En segundo término, de acuerdo con la sentencia en comento, el daño a la vida de relación puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por terceras personas que se puedan ver afectadas con él por tener una relación con la víctima que bien puede ser de parentesco o de amistad. Hasta ese momento, en la medida en que el perjuicio fisiológico procedía de un atentado contra la integridad corporal de la persona, solo podía ser reclamado por quien hubiese sufrido dicho atentado.

Otra de las cuestiones relevantes de la sentencia, es que señala que el daño a la vida de relación no se limita a los casos en que la víctima se ve imposibilitada para desarrollar actividades placenteras que le hacen agradable la existencia; sino que también es procedente cuando la imposibilidad recae sobre actividades rutinarias e incluso, cuando

³⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11842, CP.: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

³⁵⁴ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 224 a 228. Aunque la autora resalta la coherencia argumentativa y conceptual de la sentencia, lamenta que la categoría dejada de lado haya sido el perjuicio fisiológico. En este sentido sostiene que “la intención de quienes introdujeron la categoría era la de ocuparse especialmente de las víctimas de lesiones corporales (perjuicio fisiológico), y no la de introducir categoría distinta de daño extrapatrimonial”. Y continúa diciendo “En los casos de lesión a la integridad psicofísica, entonces, antes que un ‘daño a la vida de relación’ lo que se advierte, según nuestro punto de vista, es un ‘daño a la salud’ o ‘perjuicio fisiológico’, el cual, en aras de la igualdad, debiera indemnizarse con base en parámetros acordes con su naturaleza objetiva”.

tales actividades pueden continuar realizándose pero suponen un esfuerzo excesivo para el perjudicado.

También se dice que el perjuicio a que se refiere el Consejo de Estado en la sentencia que se comenta, equivale al que se conoce en la jurisprudencia administrativa francesa como alteración de las condiciones de existencia, denominación que se rechaza de manera expresa en esta sentencia, al considerar que dicha expresión puede resultar equívoca en tanto cualquier perjuicio, implica en sí mismo, una alteración de las condiciones de vida de quien lo sufre.

Finalmente, frente a la prueba de este tipo de perjuicios se dice, tal como sucede por regla general con cualquier clase de daño, que es obligación de quien los reclama demostrar su existencia en el proceso y que para ello puede acudir a cualquiera de los medios de prueba disponibles, teniendo en cuenta que el hecho de que este perjuicio se proyecte en la esfera externa de la persona facilita su prueba.

Sobre este punto interesa destacar lo relativo a la posibilidad de que dicha prueba sea construida por el juez mediante una presunción de las llamadas judicial o de hombre. En efecto, en la sentencia comentada se dice que, atendiendo a las circunstancias especiales del caso concreto, el juez puede construir presunciones “que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio”.

Aunque el Consejo de Estado no señala con carácter general cuáles serían estas circunstancias que permitirían establecer dichas presunciones, dice que en el caso objeto de estudio, “*su existencia [la de los perjuicios] e incluso su intensidad habrían podido establecerse a partir de la sola demostración de la naturaleza de la lesión física sufrida y las secuelas de la misma, a más de las condiciones en que se desarrollaba, según los testimonios recibidos, su vida familiar y laboral, antes del accidente*”. Es decir, es la existencia de la lesión física y sus secuelas el fundamento de la presunción del daño en ese caso particular.

La afirmación relativa a la posibilidad de establecer presunciones judiciales para probar la existencia del daño, no supone ninguna novedad ya que esta es una de las formas que de antaño admite la jurisprudencia para probar la existencia del daño moral³⁵⁵. De hecho, nótese que el caso en el que se realiza tal aseveración, se corresponde con uno de los

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 31252, CP.: Enrique Gil Botero.

eventos en que la jurisprudencia ha admitido la presunción del daño moral, esto es, una lesión física. Sin embargo, lo que merece la pena destacar es que ahora se admita para probar un perjuicio distinto del daño moral.

En definitiva, el daño a la vida de relación, según la sentencia de 19 de julio de 2000, i) no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que de ella se derivan en la vida de relación de quien lo sufre, ii) puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por personas cercanas a ellas por razones de parentesco o amistad, iii) puede surgir de diferentes hechos y no solo de una lesión corporal, iv) no alude exclusivamente a la imposibilidad de disfrutar de los placeres de la vida, sino también de actividades rutinarias y, v) el juez puede establecer presunciones para determinar su existencia.

Más adelante el Consejo de Estado empieza a hablar de alteración de las condiciones de existencia no obstante haber rechazado expresamente dicha denominación en la sentencia de 2000. Así lo hace en sentencia del 15 de agosto de 2007, donde sostiene que este perjuicio no está constituido por cualquier alteración que se produzca en las condiciones de vida, sino que solo abarca aquellos “cambios bruscos y relevantes en las condiciones de una persona”, como queriendo superar el obstáculo que representaba lo dicho anteriormente para rechazar este perjuicio, en el sentido de que cualquier daño altera las condiciones de vida de quien lo padece.

Para referirse entonces a esta figura, aclara que este daño no se produce “*por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones*”, de manera que para que el daño sea jurídicamente relevante, debe tratarse de un impacto grave, drástico y evidentemente extraordinario sobre las condiciones de existencia de la persona³⁵⁶.

En todo caso, las sentencias que empezaron a hablar de alteración de las condiciones de existencia lo único que hicieron fue variar, nuevamente, el *nomen iuris* del perjuicio³⁵⁷. En esencia se seguía indemnizando el mismo concepto sin que se hubiera introducido precisiones doctrinales o conceptuales relevantes que permitieran hablar de una nueva categoría de daño extrapatrimonial.

³⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, expediente AG 2003-385, CP.: Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵⁷ M'CAUSLAND SÁNCHEZ...pág. 64.

Ya la doctrina había puesto de presente lo nocivo que podría resultar la sucesiva aparición de categorías de daño que terminarían por desnaturalizar la institución de la responsabilidad civil y duplicar la indemnización a que tiene derecho la víctima; máxime si se trataba de ‘megacategorías’ con un grado de indeterminación tan grande en su concepto, que al final se difuminaran los confines de unas y otras³⁵⁸.

3.1.2. El daño a la salud

Por las razones anotadas se produjo un nuevo cambio, aún en proceso de consolidación, con la expedición de las denominadas sentencias gemelas en 2011 que reconocen el daño a la salud. En ellas se pretende hacer claridad acerca de cuáles son las categorías de daño extrapatrimonial reparables en el ámbito contencioso-administrativo; siendo complementadas con las sentencias de unificación de agosto de 2014 a las que nos referiremos más adelante.

Así, el Consejo de Estado empieza a reparar el daño a la salud frente a las anteriores categorías, esto es, el daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, aunque sin abandonarlas totalmente. Este daño se producirá entonces como consecuencia de una afectación a la integridad psicofísica de la persona, lo que significa que “está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano”³⁵⁹.

El daño a la salud se convierte así en el centro sobre el cual se estructura la valoración de los daños a la persona, lo que implica que, siempre que el daño provenga de una lesión a la integridad psicofísica del sujeto, el único daño inmaterial a reparar, diferente del moral, será el daño a la salud.

Ello es así porque este tipo de daño permite reparar el perjuicio sufrido de acuerdo con parámetros más o menos objetivos, lo que se traduce en que al mismo daño le corresponderá la misma indemnización, garantizando de esta forma la plena vigencia de los principios de igualdad y dignidad humana.

³⁵⁸ GIL BOTERO..., <El daño a la salud..., pág. 140. La propia jurisprudencia del Consejo de Estado empezaba a advertir los efectos perniciosos a los que se ha hecho referencia. Así, en las sentencias gemelas, sostuvo que “...el hecho de sistematizar el daño a la salud...garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia” (sentencias de 14 de septiembre de 2011, expedientes 38222 y 19031).

³⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, CP.: Enrique Gil Botero.

Precisamente es esta una de las razones por las que, desde un sector de la doctrina, se venía abogando por la recepción de esta categoría en el ordenamiento colombiano³⁶⁰; se consideraba que el daño a la salud “ganaba objetividad” allá donde otros no la tenían³⁶¹. Y es que en el concepto mismo de daño a la vida de relación ya se puede apreciar la forma inequitativa en que es tasado, en la medida en que repara la repercusión que tiene el daño en la vida social de quien lo padece.

Por el contrario, el daño a la salud puede ser tasado con base en parámetros objetivos que garanticen un “apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad”. En efecto, en las sentencias gemelas de 2011 se dijo que para la reparación del daño a la salud se tienen en cuenta dos componentes: i) uno objetivo que se determina a partir del porcentaje de invalidez decretado y, ii) uno subjetivo que permitirá incrementar el primer valor atendiendo las consecuencias particulares de la persona lesionada.

No obstante, en sentencias de unificación proferidas el 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló los parámetros que debe tener en cuenta el juez para la liquidación del daño a la salud. En estas sentencias ya no se habla de los componentes objetivo y subjetivo, sino que se establece una tabla en la que la indemnización dependerá del porcentaje de gravedad o levedad de la lesión, con un tope de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) que en casos excepcionales será de 400 SMLMV³⁶².

3.1.3. La lesión de bienes constitucionales o convencionales

Finalmente, de la reparación del daño inmaterial en la jurisdicción contencioso-administrativa, interesa destacar lo dicho en las sentencias de unificación de agosto de 2014 ya mencionadas, relativo al daño derivado de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados.

Se trata de una nueva categoría de daño inmaterial que encuentra su antecedente inmediato en las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011 en las que se habló del daño por vulneración de “cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional”. En

³⁶⁰ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 255 a 260.

³⁶¹ GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 6ª Ed. Bogotá: Temis, 2013, pág. 296.

³⁶² No se ahonda en el tema de la configuración y liquidación del daño a la salud por desbordar el objeto de la presente investigación. Para profundizar al respecto, consultar la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, expediente 31172, CP.: Olga Mérida Valle de De la Hoz.

aquella ocasión se dijo que este daño se podía indemnizar a través de las tipologías tradicionales del daño inmaterial o mediante el reconocimiento de daño autónomo “*siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación*”³⁶³.

Las características que el Consejo de Estado le asigna a esta nueva categoría de daño extrapatrimonial son las siguientes³⁶⁴:

- i) En primer lugar y teniendo en cuenta que anteriormente había dejado abierta la posibilidad que fuera reparado a través de las categorías existentes, en esta ocasión señala con claridad que se trata de una nueva categoría de daño inmaterial que deriva de la vulneración de bienes o derechos constitucionales o convencionales, es decir, contenidos en la CADH,
- ii) Para que se configure el daño es necesario que la afectación del bien o derecho sea relevante. Aunque el Consejo de Estado no define que debe entenderse por afectación relevante a efectos de la configuración del daño, entendemos que debe tratarse de hechos que revistan cierta gravedad que menoscaben la dignidad de las víctimas y que ameriten su reparación más allá de la tutela preventiva que otorgan las acciones constitucionales.
- iii) Se trata de un daño autónomo en tanto no está supeditado a la existencia de otros perjuicios, materiales o inmateriales, ni al agotamiento previo de otros requisitos. Tiene entonces unos “presupuestos de configuración propios” que deberán acreditarse en cada caso concreto.
- iv) Por último, la vulneración que da origen a este daño puede ser temporal o definitiva, es decir, que sus efectos pueden mantenerse en el tiempo.

3.2. Los daños extrapatrimoniales en la jurisprudencia civil

La reparación del daño extrapatrimonial en la jurisdicción civil, inicia con la sentencia de 1922 del caso Villaveces en la que se reconoce por primera vez la indemnización por daño moral. Durante mucho tiempo esta fue la única categoría de daño extrapatrimonial reconocida por la Sala Civil de la CSJ, siendo incluso considerado el daño moral como

³⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, CP.: Enrique Gil Botero.

³⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, CP.: Ramiro Pazos Guerrero.

sinónimo de daño extrapatrimonial³⁶⁵. El panorama cambia con la introducción en esta jurisdicción del daño a la vida de relación en sentencia de 2008, tiempo durante el cual se produce una evolución jurisprudencial en torno al concepto de daño moral.

3.2.1. El daño moral

En la década de los 40 se introdujo una clasificación que distinguía entre daño moral objetivado y daño moral subjetivo. Este último a su vez dividido en daño a la parte social del patrimonio moral, cuando eran vulnerados el honor o la reputación de la persona y, daño a la parte afectiva del patrimonio, referido a la afcción de los sentimientos del individuo. El daño moral objetivado se refiere a las repercusiones que genera en el patrimonio de la víctima la lesión de un interés extrapatrimonial³⁶⁶.

Esta clasificación -de la cual algún rezago queda en la jurisprudencia- ha sido criticada por la doctrina³⁶⁷, calificándola incluso de bizantina, ya que no hace ninguna aportación relevante en la configuración del daño moral. Se dice entonces que el denominado daño moral objetivado no es otra cosa que el daño material que se produce con la lesión de un bien de la personalidad, por tanto, como daño patrimonial que es, debe repararse conforme lo que aparezca probado.

En cualquier caso, por daño moral se entiende una afectación de la esfera interna del sujeto que se manifiesta en “*el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos*”³⁶⁸ y que puede derivar tanto de la lesión a un bien patrimonial, como de uno de carácter extrapatrimonial.

3.2.2. El daño a la vida de relación

La reparación de otros daños patrimoniales distintos del moral, empieza a encontrar cabida en la jurisprudencia civil con la sentencia del 4 de abril de 1968. En ella se deja sentado que el daño a la persona -consistente en una lesión a su integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad- puede generar tres tipos de consecuencias: en primer lugar, unas consecuencias patrimoniales; en segundo lugar, puede tener a su vez

³⁶⁵ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. 2ª Ed. Bogotá: Temis, 2013, pág. 290.

³⁶⁶ M'CAUSLAND SÁNCHEZ..., pág. 65.

³⁶⁷ NAVIA ARROYO, Felipe. <Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2007, Núm. 12-13, pág. 296-297.

³⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 18 de septiembre de 2009, MP.: William Namén Vargas.

proyección en la vida de relación del sujeto; y puede, finalmente, repercutir en el equilibrio sentimental de la persona.

Como se observa, en esta sentencia se amplía el abanico de posibilidades al señalar que la lesión de un bien de la personalidad (daño a la persona), además de las consecuencias patrimoniales (daño material) y del daño moral, puede tener repercusiones en la vida de relación del sujeto dañado. Es decir, se reconoce que la persona es titular de unos derechos e intereses no patrimoniales, cuya vulneración debe ser resarcida más allá del daño moral³⁶⁹. No obstante, la doctrina aquí sentada no sería reiterada posteriormente por la Corte sino hasta el año 2008 en la sentencia que empieza a reconocer el daño a la vida de relación.

Sin embargo en la legislación si se hizo eco de este planteamiento, particularmente, como lo señala Navia Arroyo, en el Decreto 1260 de 1970 en lo relativo a la protección del derecho al nombre³⁷⁰. En efecto, el artículo 4 señala que cualquier persona que vea perturbado en su uso, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y pedir la indemnización “de los daños a los bienes de la personalidad y del daño moral que haya sufrido”³⁷¹.

En esta disposición, según el autor, se establece un régimen objetivo de protección de un bien de la personalidad como lo es el nombre, que da lugar a reclamar, no solo el daño moral que su uso abusivo haya causado, sino los daños materiales y aquellos que afecten “la vida de relación de la víctima, es decir, su actividad familiar, social o cultural”. Es en este sentido en que debe interpretarse el artículo cuando señala que se puede demandar la reparación de los daños a los bienes de la personalidad.

Así mismo considera que el artículo 4° en lo relativo a la distinción entre daño moral y daño a otros derechos de la personalidad, debe ser aplicado por analogía a la lesión de otros bienes de esta naturaleza como el derecho a la vida privada, a la imagen o al honor e incluso a los daños corporales³⁷², ya que donde existe una misma razón de hecho, debe existir idéntica razón de derecho.

³⁶⁹ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 200.

³⁷⁰ NAVIA ARROYO..., *Del daño moral...*, pág. 91-94.

³⁷¹ **Decreto 1260 de 1970, artículo 4.** La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebranto por el uso que otra haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido

³⁷² Para el caso de los daños corporales, la Corte Suprema de Justicia aceptó la reparación del daño a la vida de relación en sentencia de mayo de 2008.

El salto definitivo ocurre entonces con la sentencia del 13 de mayo de 2008 en la que se reconoce el daño a la vida de relación como categoría de daño extrapatrimonial independiente del daño moral. En esta sentencia la Corte, luego de mencionar la disparidad de criterios respecto de la autonomía de este tipo de daños que existe en la doctrina italiana de donde es originario, resalta la importancia que tiene la protección a la persona dentro de la responsabilidad civil -con mayor razón en vigencia de la Constitución de 1991-, para concluir la necesidad de acoger el daño a la vida de relación como en su momento lo hizo el Consejo de Estado.

El daño a la vida de relación es una afectación que se produce en la esfera externa de la persona, como consecuencia de una lesión a cualquiera de los derechos de la personalidad, que termina por afectar la denominada “actividad social no patrimonial” del sujeto. Las características de este daño las sintetizó la Corte en este apartado que citamos *in extenso*

“En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas”³⁷³.

³⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008, MP.: César Julio Valencia Copete.

Como puede observarse, el daño que a partir de esta sentencia empieza a reconocer la Sala Civil de la Corte, coincide con la caracterización que del mismo hizo el Consejo de Estado en su momento cuando abandonó la denominación de perjuicio fisiológico. Es decir, se trata de un daño extrapatrimonial que afecta la esfera externa del individuo, que puede ser sufrido no solo por la víctima directa sino también por familiares o amigos y, una de las cuestiones principales, es que no solo proviene de una lesión a la integridad psicofísica, sino que puede originarse por la afectación de cualquier derecho de la personalidad e incluso de derechos fundamentales.

3.2.3. El daño por vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia constitucional

En sentencia del 9 de diciembre de 2013, la Corte, al referirse a los daños extrapatrimoniales, señaló que estos no se reducen al daño moral ya que

*“dentro del conjunto de bienes no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos intereses jurídicos distintos a la aflicción, el dolor, o la tristeza que se produce en la víctima”. Y continúa diciendo que “son especies de perjuicio no patrimonial –además del moral– el daño a la vida de relación y la **lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional**”³⁷⁴ (negrilla por fuera del texto).*

Aunque la Corte resuelve un caso de lesión corporal y no ahonda en el tema de esta nueva categoría que denomina lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional -mencionado a manera de *obiter dictum*-, con esta referencia abre la puerta a un posterior desarrollo de esta figura, de la que, por lo pronto, en la sentencia comentada no dice nada más. Lo único que parece quedar claro es que los bienes a los que se refiere no pueden ser otros que los derechos fundamentales.]

El tema que deja apenas esbozado en la sentencia anterior, lo concreta en la sentencia del 5 de agosto de 2014 en la que se refiere concretamente a este tipo de daño y que, dada la trascendencia de este pronunciamiento, lo tratamos en un apartado diferente. No obstante, dejamos constancia que hasta el momento es la única sentencia de la Corte Suprema que ha desarrollado el tema de forma más o menos amplia. Por esta razón, y teniendo en cuenta los avatares de la jurisprudencia en la materia, trataremos el tema con la cautela que corresponde, considerando que aún es temprano sostener que se trate de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de tipología del daño.

³⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 2013, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

Las formas en que puede presentarse el daño no patrimonial según esta sentencia son

“i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional”

Sea lo primero señalar que, aunque la Corte utiliza una diferente nomenclatura a lo largo de la sentencia, en el fondo se refiere a la misma cuestión: el daño que se genera por la violación de derechos fundamentales. Así, en algunas ocasiones habla de “bienes jurídicos de especial relevancia constitucional” o del “menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional” o de “vulneración de los derechos humanos fundamentales” o, en fin, de “bienes jurídicos de especial protección constitucional”.

Frente a esta cuestión terminológica es importante recalcar que, más allá de la denominación empleada, con esta nueva categoría de daño la Corte pretende resarcir, esencialmente, la lesión de los derechos fundamentales más allá de los denominados derechos de la personalidad, con las consecuencias que esta diferenciación entre unos y otros genera y de la que nos ocuparemos más adelante. Es decir, una lectura cuidadosa de la sentencia nos permite adelantar, que el objeto sobre el que recae este daño, es la lesión a los derechos fundamentales y no solamente a los bienes de la personalidad.

Para la Corte es claro que la vulneración de los derechos fundamentales no encaja dentro de las categorías de daño extrapatrimonial reconocidas hasta ese momento -daño moral y daño a la vida de relación-, razón por la cual no es posible forzar dichas categorías para incluir en ellas *“una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda”*.

El fundamento de esta reparación radica, según la Corte, en el respeto a la garantía de la dignidad humana que se desprende de la Constitución y de numerosos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El influjo de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, particularmente en del Derecho Civil para este caso, impone la protección por la vía civil, de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, el daño al que se viene haciendo referencia solamente tiene lugar cuando se “violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad” de

la persona, por lo que el juez debe determinar “los padecimientos que son dignos de tutela civil” y los que deben quedar por fuera. Para ello, deberá tener en cuenta la gravedad o trascendencia de la lesión, excluyendo aquellas de carácter “insustancial o fútil”, ya que las “simples molestias” no constituyen el objeto de la protección civil de los derechos fundamentales.

Se pretende entonces evitar, que por la vía de la reparación civil, se intente obtener indemnizaciones en casos en los que la lesión del derecho no tiene la entidad suficiente para quedar cobijada por el ámbito del derecho de daños; lo que no conlleva a la desprotección del afectado que para ello cuenta con la acción constitucional de tutela de los derechos fundamentales³⁷⁵.

Finalmente, sostiene la Corte que la reparación de este perjuicio procede al margen de que la lesión genere consecuencias sobre el patrimonio de la persona, sobre sus sentimientos o sobre su vida de relación. Es decir, se puede pedir la indemnización por lesión de un derecho fundamental con independencia de que concurra o no otro perjuicio, incluso en los casos en que el único objetivo del perjudicado es “reivindicar su dignidad”.

No obstante, para evitar el riesgo de duplicidad en la indemnización, la sentencia señala que el juez debe observar si el resarcimiento de este daño “*se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación*”, o si por el contrario, “*es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables*”.

Ejemplifica la Corte esta situación en el supuesto de un daño al buen nombre que coincida con una afectación al patrimonio de la víctima, e incluso con daño moral o daño a la vida

³⁷⁵ Sobre la necesidad de demarcar el ámbito de aplicación de este daño, la Corte sostuvo: “Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas”. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

de relación. En este caso no sería viable la indemnización por daño a los bienes constitucionalmente protegidos, ya que el mismo queda subsumido en aquellos³⁷⁶.

En este aspecto consideramos que la Corte incurre por lo menos en una contradicción al sostener a lo largo de la sentencia la autonomía del daño por lesión de un derecho fundamental, y al mismo tiempo decir que su reparación puede quedar incluida en otros rubros indemnizatorios, siendo esto aún más patente en el supuesto utilizado para ilustrar su posición y en especial con la eventual concurrencia con daños patrimoniales.

Para nosotros es claro que las consecuencias patrimoniales que se puedan derivar de la lesión de un derecho fundamental o de un bien de la personalidad, sigue siendo un daño patrimonial, como lo sostiene la doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que incluso reitera en esta sentencia³⁷⁷. Por tanto no se entiende como, la reparación de dichas consecuencias patrimoniales puede incluir la de la lesión en sí misma del bien.

Es razonable la preocupación por evitar un doble resarcimiento del perjuicio a la víctima y necesarias resultan las medidas que se tomen para evitarlo, máxime cuando se introducen nuevas categorías de daño que ya traen consigo el riesgo de un “desbordamiento”³⁷⁸ de la responsabilidad civil.

No obstante, a pesar de tan loable finalidad, el planteamiento de la Corte genera una dificultad adicional y es establecer cuándo los daños “se presentan como una misma entidad” o tienen “su fuente en circunstancias fácticas diferenciables”, especialmente, se insiste, cuando el contraste tiene lugar entre categorías de daño extrapatrimonial.

³⁷⁶ “Así, por ejemplo, si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar de aquél frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados”. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

³⁷⁷ “Desde luego que el daño se clasifica por las consecuencias que produce y no por las causas que le dieron origen. De ahí que un daño a la esfera interna del sujeto que ‘repercute o se traduce’ en un detrimento patrimonial, es simple y llanamente un perjuicio material o económico, y no existe ninguna razón para confundirlo con el daño a la persona. Lo contrario supondría retornar a la antigua categoría del ‘daño moral objetivado’, superado por la doctrina y la jurisprudencia desde hace varios lustros”. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

³⁷⁸ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 251.

3.3. El daño extrapatrimonial en la jurisprudencia laboral

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte no ha sido ajena a la evolución del daño extrapatrimonial que ha tenido lugar tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa. Sin embargo, y aún a pesar de que tales avances se han dado siguiendo los lineamientos trazados por la Sala Civil o el Consejo de Estado, ha sido realmente desafortunada la forma en que ha sido abordada la cuestión por la Sala Laboral, ya que la recepción de estas nuevas categorías de daño se ha hecho con algunas imprecisiones conceptuales.

En primer lugar hay que señalar que se reconocen tanto el daño moral como el daño a la vida de relación; no obstante sobre esto resulta imperioso hacer dos precisiones: la primera es que al daño a la vida de relación lo denomina indistintamente de esta forma o perjuicio fisiológico, tal como sucedía en la jurisprudencia inicial del Consejo de Estado y sobre la que se advirtió la confusión con que manejaba las dos figuras.

La segunda cuestión es que, infortunadamente, los daños extrapatrimoniales suelen reconocerse sin mayor problema en los casos de accidentes de trabajo, pero en los demás supuestos, salvo algunas excepciones que ya mencionaremos, la Corte sigue siendo reticente a reconocer tales perjuicios.

Respecto del daño moral, la Sala Laboral sigue la distinción entre daño moral subjetivo y daño moral objetivado que introdujo la jurisprudencia civil en los años 40. Sobre esta distinción ha sostenido que

“los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados. Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir”³⁷⁹.

También ha dicho que tratándose de lesiones o muerte del trabajador por accidente de trabajo, el daño moral no requiere prueba³⁸⁰. Consideramos no obstante que se trata de una imprecisión ya que, en tales supuestos, la forma de acreditar el daño es la presunción que de ellos hace el juez una vez se ha probado el hecho base y se han aplicado las máximas de la experiencia.

³⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 16 de octubre de 2013, radicación 42433, MP.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

³⁸⁰ *Ibíd.*

En lo referente al daño a la vida de relación, uno de los primeros antecedentes que encontramos en la jurisdicción laboral lo constituye la sentencia 9674 de 1997, en la que, sin adentrarse en lo concerniente al concepto de esta categoría de daño, la Corte sostiene que es posible englobar en una sola suma la indemnización por daño moral y perjuicio fisiológico, no estando obligado a individualizar los perjuicios que está indemnizando

“los juzgadores en sus decisiones utilizan indistintamente diversas denominaciones relacionadas con perjuicios materiales, tales como “daño emergente y lucro cesante”, o el ‘perjuicio material presente y futuro’, o la ‘indemnización consolidada y futura’ etc, pero no puede predicarse error interpretativo porque los agrupan en su connotación genérica o simplemente porque adopten tal o cual terminología, siempre que naturalmente encuadre dentro de la cabal acepción. Lo propio sucede respecto del resarcimiento del dolor, aspecto que el juzgador en su criterio puede encuadrar independientemente como perjuicio moral o incluyendo otras facetas de aquél”³⁸¹.

Consideramos desafortunada esta sentencia porque la Corte parece confundir los conceptos de daño moral y daño a la vida de relación (perjuicio fisiológico para seguir la terminología usada en la sentencia) al entender que este último también pretende resarcir el dolor causado con el hecho dañino.

Más adelante la Corte empieza a clarificar el tema señalando expresamente que el daño a la vida de relación es un daño de distinta índole al daño moral y que no pretende reparar el dolor sufrido por la víctima, sino que “afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial”³⁸².

En esta sentencia, la Sala Laboral considera el daño a la vida de relación como aquel proveniente de una lesión corporal, siguiendo los derroteros trazados en las sentencias iniciales del Consejo de Estado y que abandonó en la comentada sentencia del 19 de julio de 2000 en la que expresamente señaló que este daño puede provenir de la lesión de cualquiera de los derechos de la personalidad.

La confusión entre perjuicio fisiológico y el daño a la vida de relación se mantiene hasta hoy, como se desprende de diversas sentencias en las que utiliza indistintamente una u otra denominación para referirse al mismo daño. Así por ejemplo, en la sentencia 39867 de 2011 se refiere al perjuicio fisiológico en la parte considerativa y condena por daño a la

³⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 30 de septiembre de 1997, radicación 9674, MP.: José Roberto Herrera Vergara.

³⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 22 de enero de 2008, radicación 30621, MP.: Eduardo López Villegas.

vida de relación. Situación similar se presenta con la sentencia 39631 de 2012 en la que la Corte utiliza la denominación de daño a la vida de relación y cita como apoyo a su argumentación la sentencia 7428 del Consejo de Estado que habla perjuicio fisiológico.

4. La tipología del daño extrapatrimonial en España

4.1. El daño moral

Como ya se mencionó, la introducción de los daños extrapatrimoniales en España también se hizo a través de la jurisprudencia, sin que obrara para ello una modificación legislativa. El cambio fue producto de una reinterpretación del artículo 1902 del Código Civil, en el sentido de que cuando en él se ordena la reparación de los daños causados con el hecho ilícito, no se está restringiendo dicha reparación a los daños patrimoniales.

El Tribunal Supremo ha entendido que *“aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea el artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a partir de la Sentencia de 6 de diciembre de 1912”*³⁸³. Se trata de la famosa sentencia ya comentada en la que se protege el derecho al honor de una mujer ante una imputación deshonrosa hecha en un periódico.

Tiene lugar entonces una evolución jurisprudencial en materia de resarcimiento del daño moral, en la que algunos autores suelen distinguir tres fases³⁸⁴: una primera fase en que se niega la indemnización por este tipo de daños ya que, al no ser valorable, no se puede establecer el monto de la misma; una segunda etapa que inicia con la sentencia de 1912 en la que se empiezan a reparar las consecuencias patrimoniales del daño moral; y una tercera en la que se empieza a reparar el daño moral propiamente dicho, esto es, con independencia de sus consecuencias patrimoniales.

Respecto de este último punto se debe señalar que un sector de la doctrina³⁸⁵ suele hablar del daño moral impropio o daño patrimonial indirecto para referirse a las consecuencias patrimoniales que se derivan de la lesión a uno de los bienes de la personalidad. Por su

³⁸³ STS del 2 de abril de 2004 [RJ/2004/2607].

³⁸⁴ FERRER VICENTE, José María. *La cuestión de los daños morales*, [recurso electrónico]. Valencia: Ediciones Revista General del Derecho, 2005.

³⁸⁵ NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A.; VEIGA COPO, Abel B. *Derecho de daños*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pág. 149; SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª Ed., T. I. Barcelona: Bosch, 2008, pág. 370, quien no alude expresamente a esta categoría, pero si se refiere a que “el daño moral no excluye que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material”.

parte, el Tribunal Supremo ha dejado de lado la doctrina que supedita la existencia del daño moral a un ataque a derechos de esta naturaleza; es decir, que el daño moral puede presentarse tanto en los supuestos de lesión de intereses económicos o patrimoniales, como en los de lesión de los bienes de la personalidad.

Lo dicho por el Tribunal Supremo en la STS de 27 de julio de 2006 ilustra con suficiente claridad esta cuestión, razón por la cual reproducimos *in extenso* lo expuesto por el Tribunal

“Desde esta nueva perspectiva, deben ser calificados como daños morales (...), cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa (...), aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (...), incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual (...) y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración.

Resulta, así, que los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales (...); los que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial (...); y los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral, que son los que aquí interesan, pueden ser de naturaleza patrimonial (llamados a veces daños patrimoniales indirectos o daños morales impropios) y no sólo moral...”³⁸⁶.

Lo relevante entonces para apreciar la existencia del daño moral es que se presente un “sufrimiento o padecimiento psíquico” que pueda generar “impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, la zozobra (SIC), como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (...), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, (...), impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico...”³⁸⁷.

El abanico de situaciones que dan lugar al daño moral es bastante amplio en la jurisprudencia³⁸⁸. Así, en la STS del 9 de febrero de 1988³⁸⁹, se reparó el daño moral que sufría una esposa a causa de la falta de apetencia sexual del marido como consecuencia de un accidente laboral. En la STS de 31 de mayo de 2000³⁹⁰, se reconoció el daño moral sufrido por los demandantes por los retrasos sufridos en la salida de un vuelo. Por último,

³⁸⁶ STS del 27 de julio de 2006 [RJ/2006/6548].

³⁸⁷ STS del 14 de julio de 2006 [RJ/2006/4965].

³⁸⁸ Del daño moral también se han ocupado algunas leyes que regulan cuestiones particulares y en las que se incluye la posibilidad de obtener la reparación de este tipo de daños, como la LO 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁸⁹ STS del 9 de febrero de 1988 [RJ/1988/771].

³⁹⁰ STS del 31 de mayo de 2000 [RJ/2000/5089].

en la SAP de Valencia del 2 de noviembre de 2004³⁹¹, se concedió la indemnización por daño moral a un hombre cuya esposa le había sido infiel y además le había ocultado la verdadera paternidad de tres de sus cuatro hijos.

Desde la doctrina se advierte, en casos como los anteriores o similares, la elasticidad con que se ha tratado el concepto de daño moral a la hora de dotarlo de contenido, convirtiéndolo en una especie de “concepto comodín” en el que tienen cabida un sinnúmero de situaciones que, en principio, no tendrían entidad suficiente para ser consideradas como causantes de un daño moral³⁹².

Este manejo de la figura parece hallar explicación en un afán de proteger a las víctimas mediante una condena por daño moral en aquellos casos en que los daños materiales no lograron probarse “pero se intuye que existen”³⁹³; o los supuestos en los que, considerando la gravedad de la lesión, la condena por daño moral pretende sancionar al causante del daño, otorgándoles así una especie de función punitiva a aquellos³⁹⁴.

4.2. El daño corporal

Además del daño moral, en el ordenamiento español se repara también el daño corporal; sin embargo, debe advertirse que en la doctrina española suelen trabajarse como sinónimos los conceptos de daño extrapatrimonial y daño moral, sin que se entienda existente una relación de género a especie entre ambas categorías. En consecuencia, se habla indistintamente de daño extrapatrimonial y daño moral para referirse al mismo concepto.

Esto dificulta un poco el encaje del daño corporal como una categoría autónoma dentro del concepto de daños extrapatrimoniales, no porque sea considerado un daño patrimonial, sino porque en ocasiones no resulta fácil distinguirlo del daño moral; máxime teniendo en cuenta la diversidad de criterios existentes en la doctrina sobre este punto.

³⁹¹ AC/2004/1994

³⁹² Especialmente crítico se muestra Díez-Picazo quien pone de presente los excesos que se han cometido en casos en los que se ha calificado como daño moral, la incomodidad por el retraso de un vuelo, o por unas vacaciones en el caribe pasadas por la lluvia, o la de unos propietarios que al comprar un apartamento, descubrieron que tenía 12 metros cuadrados menos de lo que decía en la escritura de compraventa. DÍEZ-PICAZO, LUÍS. *El escándalo del daño moral*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, pág. 39 a 57.

³⁹³ VICENTE DOMINGO, *Tratado...*, pág. 359.

³⁹⁴ DÍEZ-PICAZO..., *El escándalo...*, pág. 14.

De Ángel Yágüez³⁹⁵ define los daños morales como aquellos que “son infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica”; y respecto a su indemnización, sostiene que “la valoración de los daños resulta difícil en los de carácter moral..., sólo en relación con los daños que implican perjuicio corporal se han intentado ciertas fórmulas de valoración sobre bases objetivas y uniformes”.

Se incluyen entonces los daños corporales como una especie de los daños morales, en tanto estos últimos, en palabras del autor citado, se producen por la lesión, entre otros bienes, de la salud física o psíquica. Igualmente considera que los daños corporales generan, además de consecuencias patrimoniales, “«otros daños» susceptibles de incluirse en la calificación genérica de perjuicio moral”³⁹⁶.

Naveira Zarra por su parte, critica que se haga distinción entre los daños morales y los daños corporales dentro de la categoría de daños extrapatrimoniales, atendiendo a que las características que determinan su extrapatrimonialidad se encuentran presentes en ambos casos. Es decir, tanto el daño moral como el daño corporal participan de unos caracteres que los definen como daño extrapatrimonial, de manera que “presentando idénticas características, iguales serán las consecuencias jurídicas que de ellos se deriven”³⁹⁷.

Sostiene entonces que es común a ambos perjuicios i) la ausencia de equivalencia pecuniaria y por ende, la función compensatoria que respecto de ellos cumple la indemnización en dinero; ii) la dificultad de la prueba de su existencia; y iii) la ausencia de criterios objetivos de valoración que permiten la discrecionalidad en su tasación por parte del juez.

Debe anotarse sin embargo, que en lo relativo a la prueba de uno y otro perjuicio, si existen diferencias sustanciales y que están dadas por la propia naturaleza de aquellos. En efecto, al considerarse el daño moral como una afección a los sentimientos de la persona que causa un sufrimiento, zozobra, padecimientos, etc.; de suyo es la dificultad de su prueba por tratarse de un aspecto interno de la persona, no siendo así en el daño corporal, en donde la mayor de las veces, la lesión de la integridad psicofísica se exterioriza.

³⁹⁵ ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 1993, pág. 675 y 692.

³⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 698.

³⁹⁷ NAVEIRA ZARRA..., pág. 111.

Otros autores prefieren hablar de daño moral en sentido lato y en sentido estricto³⁹⁸, incluyendo en el primero cualquier daño que lesione un interés que carezca de contenido patrimonial, o lo que es lo mismo, daño moral en sentido lato es equivalente a daño extrapatrimonial; mientras que el daño moral en sentido estricto es el que tiene lugar cuando se compromete la integridad moral de una persona, siendo diferente del daño corporal.

En la otra orilla se encuentra Vicente Domingo quien distingue el daño extrapatrimonial entre personales y no personales, siendo este último el que se causa a una persona jurídica por la lesión de su derecho al honor. A su vez, el daño extrapatrimonial personal puede ser daño corporal o moral dependiendo del bien al que afecten: será corporal si afecta la integridad física y psíquica de la persona y será moral si recae en la esfera puramente espiritual de aquella³⁹⁹.

También señala que el daño corporal “puede tener ciertas consecuencias pecuniarias, presentes y futuras, así como otras al margen de lo económico o consecuencias que integran los llamados daños morales, que también se reparan, acudiendo a una indemnización compensatoria”⁴⁰⁰. Las consecuencias pecuniarias están determinadas por los gastos de curación y ganancias dejadas de obtener durante el tiempo de incapacidad y las no pecuniarias, por el padecimiento moral que surge de la lesión.

En definitiva, con independencia de que el daño moral y el corporal se consideren categorías autónomas de daño extrapatrimonial, lo cierto es que la reparación de ambas está admitida en el ordenamiento español.

5. La tutela civil de los derechos fundamentales

En el ámbito de la responsabilidad civil se viene abriendo campo, desde hace ya varios años, una tendencia que muestra especial preocupación por la reparación de los daños a la persona y que, en consecuencia, considera que es la persona humana el eje central del derecho de daños y quien debe por tanto, ser reparado en su integridad y quedar indemne frente a los ataques sufridos.

³⁹⁸ NAVARRO MENDIZÁBAL..., pág. 146. Concretamente el autor sostiene: “El daño moral puede ser considerado en una primera aproximación como **todo daño no patrimonial**. Cada persona tiene derecho a una triple integridad: patrimonial, moral y corporal. De esta forma, en sentido lato, el daño moral abarcaría el daño corporal y el daño moral” (negrilla del original).

³⁹⁹ VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Bosch, 1994, pág. 49 a 52.

⁴⁰⁰ VICENTE DOMINGO, *Tratado...*, pág. 361.

La persona se convierte en el nuevo centro de imputación del derecho de daños teniendo en cuenta que aquella es “una compleja realidad biológica, social y espiritual”; reconocimiento que permite una reparación integral del daño considerando este más allá de sus consecuencias patrimoniales o económicas⁴⁰¹.

Aparecen nuevas realidades o intereses emergentes que buscan respuesta en el ordenamiento jurídico y más concretamente en el campo de la reparación, esto es, del derecho de daños⁴⁰². De estos intereses hacen parte, sin duda alguna, los derechos fundamentales cuya vulneración puede causar un daño a su titular que debe ser resarcido.

La cuestión entonces no estribaría en si la lesión de los derechos fundamentales puede ocasionar o no un daño, sino en cuál sería el escenario para reclamar la reparación de este daño. Es decir, si se sigue dejando principalmente en los mecanismos de protección de derechos fundamentales, o se les abre campo en el ámbito del derecho de daños como viene siendo tendencia en los últimos tiempos. En esta última hipótesis, habrá que definir entonces, en qué forma se concreta el arribo de los derechos fundamentales al escenario de la tutela aquiliana.

En cualquier caso, el análisis que haremos a continuación tiene cabida principalmente en el ordenamiento colombiano, ya que en el caso español la viabilidad de la reclamación de daños y perjuicios por la vulneración de derechos fundamentales ha sido aceptada a nivel legislativo con la regulación contenida en la LRJS –y desde antes con la LPL– y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como tendremos oportunidad de exponerlo más adelante.

5.1. El necesario influjo de la Constitución en la reparación del daño

En este escenario resulta absolutamente imprescindible acudir a la Constitución para encontrar los fundamentos de una tutela aquiliana de los derechos fundamentales. La fuerza normativa de la Constitución, que ha permeado la totalidad del ordenamiento jurídico, ha condicionado también el derecho de la responsabilidad civil, siendo la causa principal que hoy sitúa a los derechos fundamentales y la reparación del daño que con su vulneración se genere, dentro de la problemática actual del derecho de daños.

⁴⁰¹ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...* pág. 18.

⁴⁰² CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 39.

El influjo constitucional ha sido más notable en materia de reparación de los daños a la persona, ya que es principalmente en este campo donde el derecho privado y la Constitución se encuentran para ver, de qué manera, los instrumentos de la responsabilidad civil sirven a la protección de los intereses constitucionales cuya afectación genera un daño⁴⁰³.

Son principalmente dos los puntos de encuentro de la Constitución y la responsabilidad civil: un primer punto en el que la responsabilidad civil sirve a la protección de los derechos constitucionales mediante la tutela aquiliana de estos, y un segundo punto en el que la Constitución ayuda en la selección de los intereses que son dignos de tutela resarcitoria⁴⁰⁴.

Así, los principios constitucionales y las reglas civiles, debidamente equilibradas, contribuyen con la consecución del objetivo principal que no es otro que la cabal protección de la persona⁴⁰⁵. No se trata de dejar de lado las normas legales para pretender una aplicación, sin más, de los fundamentos constitucionales, pero sí de interpretar tales normas teniendo en cuenta los postulados de la Constitución, tarea que nos conduce, sin duda, a buscar una protección integral de la persona y por ende, de los derechos fundamentales de que es titular.

Esta conjunción entre Constitución y derecho de daños ya ha sido puesta de presente por la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en relación con los daños a la persona. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que

“no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas...”

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios

⁴⁰³ Ibídem, pág. 76.

⁴⁰⁴ Ibídem, pág. 76.

⁴⁰⁵ CORTÉS, Édgar. <Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2006, Núm. 11, pág. 174.

*constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil*⁴⁰⁶.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, recurrió a la Constitución, entre otros argumentos, para fundamentar la necesidad de introducción del daño a la vida de relación en la jurisdicción civil

*“Pues bien, las circunstancias que se derivan del orden constitucional vigente, y la preocupación que, desde siempre, ha mostrado la Corte por adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales o económicos, y garantizar en forma cabal y efectiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas, ameritan que la Sala deba retomar la senda de lo que otrora se determinó, para ocuparse nuevamente del estudio del daño a la persona y, en particular, de una de las consecuencias que de él pueden derivarse, cual es el daño a la vida de relación”*⁴⁰⁷.

Como vemos, en ambos casos se encuentra presente el recurso a la Constitución para fundamentar la protección integral que se debe brindar a la persona mediante el resarcimiento de los daños causados por lesión a los bienes de la personalidad. Se habla entonces de la necesidad de hacer “una lectura constitucional”⁴⁰⁸ de la responsabilidad, con el fin de obtener la reparación de los daños irrogados por la lesión de bienes o intereses de estirpe constitucional.

De esta manera se aboga por que la Constitución, los derechos fundamentales y, en general, los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional, se conviertan en el eje a través del cual se debe estructurar la tipología del daño inmaterial, con lo cual se garantiza que sea reparada la lesión en sí misma y que se reparen, ante todo, los perjuicios vinculados con los derechos constitucionales⁴⁰⁹.

5.2. La dignidad humana como fundamento de la tutela civil de los derechos fundamentales

Un Estado que está fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° C.P.) y en el que uno de sus fines esenciales es garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 C.P.), que además reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.), está llamado, por mandato constitucional, a otorgar una efectiva tutela de la persona frente a los daños que se le puedan ocasionar en sus bienes más preciados.

⁴⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, CP.: Enrique Gil Botero.

⁴⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008, MP.: César Julio Valencia Copete.

⁴⁰⁸ GIL BOTERO..., <El daño a la salud..., pág. 107.

⁴⁰⁹ GIL BOTERO..., *Responsabilidad...*, pág. 298.

En este marco constitucional la relación entre dignidad humana y derechos fundamentales es evidente: la lesión de estos últimos implica una afectación de aquella que genera a su vez una lesión a los sentimientos y a la esencia de la persona como ser humano. Aunque dicho con carácter de *obiter dictum*, no dejan de ser relevantes las palabras de la Corte Constitucional colombiana cuando afirma que

“La violación de un derecho fundamental puede tener repercusiones económicas y generalmente las tiene. Sin embargo, antes que sobre el patrimonio, es respecto de la persona en sí misma considerada sobre la que obra cualquier violación a un derecho fundamental suyo. En cierto sentido puede decirse que el quebranto de un derecho fundamental hace menos persona a su titular. Frente a este menoscabo que hunde sus raíces en la dignidad de la persona, su efecto patrimonial resulta secundario. Por ello la definición legal es mirada por la Corte como el intento de invertir una prelación que el Constituyente había decidido irrevocablemente en favor de la persona humana (CP arts. 1, 2, 5, Título II). La procedencia de la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable únicamente en el caso de que éste sea de aquéllos que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización, devela la más paladina subordinación de la dimensión humana (mundo del ser) a la dimensión patrimonial (mundo de las cosas)”⁴¹⁰.

De igual forma, en la sentencia C-425 de 2005 sostuvo

“la dignidad humana deviene en eje central del Estado Colombiano como Estado Social de Derecho. Es éste el encargado por velar constantemente por la garantía, permanencia, protección y restablecimiento de la dignidad humana. Como principio, la dignidad humana, se vierte al interior de todos los derechos fundamentales que la reafirman dentro de nuestro Estado Constitucional y democrático. Son los derechos fundamentales y el respeto a éstos, los que ponen en evidencia la trascendencia de la dignidad humana al interior de nuestra sociedad.

De tal suerte, la dignidad humana es salvaguardada cuando se protegen los derechos fundamentales. Estos derechos implican una serie de prestaciones por parte del Estado con el propósito de no verse vulnerados. Las acciones que efectúe el aparato estatal en materia de trabajo, de salud, de educación, de servicios públicos, entre otras, van sin duda encaminadas directa o indirectamente a resguardar los derechos fundamentales y en consecuencia a respetar la dignidad humana”⁴¹¹.

Así las cosas, los derechos fundamentales son la concreción de la garantía de dignidad humana que a su vez constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho y a cuyo respeto se obligan todas las autoridades del Estado. Esta obligación de respeto, y por ende de garantía de efectividad de tales derechos, es el fundamento principal de la intervención de todo el ordenamiento jurídico en aras de preservar la dignidad de la persona que se ve menoscabada con la lesión de los derechos que le son inherentes.

⁴¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-425 del 26 de abril de 2005, MP.: Jaime Araujo Rentería.

Precisamente el concepto de dignidad humana ha estado presente en el discurso con el que las Altas Cortes han fundamentado el reconocimiento del daño por violación de derechos e intereses de especial relevancia constitucional e incluso en el reconocimiento de otros perjuicios como el daño a la vida de relación.

“La defensa de las garantías fundamentales, por tanto, no se agota en la jurisdicción constitucional ni se limita al ejercicio de las acciones constitucionales, sino que es el propósito de todo el establecimiento jurídico entendido como un sistema unitario sustentado en el respeto a la dignidad humana”⁴¹².

La Corte Suprema también ha sostenido que es perfectamente factible que la persona reclame solamente la reparación por la vulneración del derecho fundamental en la medida en que su interés se centre en la “reivindicación de su dignidad” más que en el resarcimiento de un padecimiento interior o una eventual pérdida patrimonial⁴¹³.

5.3. La vulneración del derecho fundamental genera un daño que debe ser reparado

Los derechos fundamentales, como principios que orientan el resto del ordenamiento jurídico y que guían la actuación de las autoridades estatales, requieren para su efectiva protección, que sea reparada la lesión de aquellos en sí misma considerada, esto es, con independencia de las eventuales consecuencias, patrimoniales o no, que de dicha lesión se deriven, las cuales, de presentarse, también deberán ser reparadas.

La fuerza normativa de la Constitución que la lleva a irradiar e influir el resto del ordenamiento jurídico, así como la relevancia que en un Estado Social y Democrático de Derecho revisten los derechos fundamentales, nos lleva a afirmar que la vulneración de estos derechos genera un daño que debe ser resarcido, no obstante se precisan algunas matizaciones.

En primer lugar no toda afectación de un derecho fundamental dará lugar a una reparación, sino solamente aquellas que afecten la dignidad humana de la persona y que revistan de cierta gravedad que ameriten una tutela resarcitoria, más allá de la que pueden ofrecer los mecanismos constitucionales de protección de derechos fundamentales. Esta gravedad, como no puede ser de otra manera, le corresponderá determinarla al juez en el caso concreto.

⁴¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

⁴¹³ *Ibíd.*

Así pues, serán dos los criterios que se deberán tener en cuenta para obtener la reparación civil del daño generado con la vulneración de los derechos fundamentales: en primer lugar, que con dicha vulneración se vea comprometida la dignidad de la persona afectada y, en segundo lugar, que la gravedad de la lesión amerite la intervención de los mecanismos propios de la responsabilidad civil para la reparación del daño.

Estos fueron precisamente los criterios de que se valió la Corte Suprema a propósito del daño por vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia constitucional, señalando que este tipo de daño *“solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre”*. Adicionalmente, la lesión *“debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil”*.

Estos criterios son perfectamente extrapolables a la vulneración de los derechos fundamentales que tiene lugar con ocasión del contrato de trabajo, ya que no existe razón jurídica de peso para hacer distinción. La única cuestión fáctica diferenciadora es la relación jurídica al interior de la cual tiene lugar la lesión -el contrato de trabajo-, cuestión que no sólo carece de relevancia para concluir su inaplicación en el marco de una relación laboral, sino que por el contrario, es un argumento más para defender su procedencia en razón de la importancia que en un Estado Social de Derecho reviste el trabajo humano y por ende, la especial protección que demanda la figura del trabajador.

5.4. El daño por violación de derechos fundamentales y su encuadramiento en las categorías “tradicionales” de daño inmaterial

Habiendo definido que la violación de un derecho fundamental puede generar un daño que debe ser reparado, la siguiente cuestión se centra en determinar cómo tiene lugar dicha reparación y sobre todo, como encuentra encaje en las reglas actuales de reparación del daño y particularmente en lo relativo a las categorías de daño no patrimonial resarcible.

Así las cosas, una vez definidos los nuevos intereses merecedores de tutela resarcitoria, a efectos de su reparación se puede optar por una de dos vías⁴¹⁴: mediante la creación de una categoría autónoma de daño referida a la vulneración de tales intereses o, mediante el aumento de las cuantías tradicionalmente reconocidas para la reparación de los rubros

⁴¹⁴ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 25.

existentes; esto último implica que el resarcimiento de aquellos intereses se encuadrará dentro de las categorías de daño extrapatrimonial que actualmente se reparan.

En otras palabras, se trata de determinar si es admisible una nueva categoría de daño inmaterial que sería el daño por violación de derechos fundamentales o, si la reparación de las lesiones que se inflijan a aquellos debe hacerse a través de las categorías ya reconocidas, principalmente del daño moral.

Como manifestación de la primera hipótesis podríamos incluir la tendencia actual en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴¹⁵ que habla de los “daños derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados” y el antecedente en la jurisdicción civil con la sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, antes referenciada.

Así, el Consejo de Estado ha señalado la autonomía del daño por violación de derechos o intereses constitucionales, dándole una fisonomía propia y constituyéndose por tanto en una más de las categorías de daño extrapatrimonial junto con el daño moral y el daño a la salud. En el mismo sentido puede señalarse la sentencia de la Sala Civil de la Corte que reconoce el daño por violación de derechos fundamentales.

Ahora bien, recurrir a nuevas categorías de daño como forma de obtener la plena reparación del daño a la persona no ha estado exento de críticas, ya que por esta vía se puede llegar a la situación de reconocer tantas categorías de daño inmaterial como intereses merecedores de tutela existen, con los consecuentes riesgos que ello entraña principalmente frente a una eventual doble indemnización por el mismo daño. Se habla

⁴¹⁵ Recordemos en todo caso que, en las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, al sintetizar la tipología del perjuicio inmaterial, el Consejo de Estado no se decantó claramente por crear una nueva categoría de daño frente a la vulneración de los intereses constitucionales, sino que dejó abierta la posibilidad de que dicha vulneración se reparara a través de las categorías ya reconocidas o mediante la creación de un daño autónomo conforme a los parámetros que el propio Consejo de Estado fijase en su momento. En aquella oportunidad sostuvo que “la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, CP.: Enrique Gil Botero).

entonces de un posible desbordamiento de la responsabilidad civil⁴¹⁶ ante la tendencia que se advierte, tanto a nivel de jurisprudencia como de doctrina, de introducción de nuevos daños sin el debido estudio y reflexión acerca de la verdadera necesidad de dicha introducción.

Este mismo riesgo de desbordamiento se advierte en la propia jurisprudencia, incluso en las sentencias que han reconocido las nuevas categorías de daño. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de agosto de 2014 señaló que

“se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas”⁴¹⁷.

El Consejo de Estado por su parte, sostuvo en las sentencias del 14 de septiembre de 2011 que

“será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible”⁴¹⁸.

Es precisamente para evitar el tantas veces mencionado riesgo de desbordamiento, que en ocasiones se aboga por el encuadramiento de la tutela de los derechos personalísimos en las categorías de daño reconocidas en el respectivo ordenamiento. De hecho esta misma posibilidad ya fue planteada por el Consejo de Estado en las denominadas sentencias gemelas y por la Corte Suprema en la sentencia anteriormente comentada.

Recordemos que en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, frente a la posibilidad de reparación del daño derivado de la lesión a “cualquier bien, derecho o interés legítimo constitucional”, el Consejo de Estado sostuvo que la indemnización de dicho daño podía llevarse a cabo a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia.

⁴¹⁶ Cfr. en este sentido GIL BOTERO..., <El daño a la salud..., pág. 113; CORTÉS..., *Responsabilidad civil...*, pág. 59 y KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 251.

⁴¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

⁴¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, CP.: Enrique Gil Botero.

Lo propio puede decirse de la Corte Suprema frente a la sentencia del 5 de agosto de 2014, en la que pese a reconocer la autonomía del daño por vulneración de derechos fundamentales como nueva categoría de daño extrapatrimonial, a renglón seguido sostiene que

“el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación”⁴¹⁹.

Desde la doctrina también se oyen voces en este sentido. Algunos defienden la estructuración de un sistema de reparación del daño extrapatrimonial a la persona que se articule en torno al daño a la salud, y frente a la lesión de otros bienes de la personalidad, seleccionar cuáles son dignos de tutela aquiliana para de esta forma ser reparados⁴²⁰.

Una posición similar defiende Koteich Khatib quien ve en el daño a la salud el eje de la reparación de los daños a la persona, siempre, claro está, que se trate de una lesión a la integridad psicofísica del individuo. En los demás casos, esto es, cuando se trate de la lesión de cualquier otro bien de la personalidad, bien podría “dilatarse” el concepto de daño moral para incorporar tales lesiones y en consecuencia, aumentar la cuantía de la indemnización por este concepto, o reconocerse el daño a la vida de relación que, en consecuencia, quedaría circunscrito a la afectación de la vida asociada cuando el derecho lesionado fuese de aquellos que comportan una importante dimensión social como el honor o la intimidad⁴²¹.

Nuestra opinión –sin entrar a considerar si la lesión de los derechos fundamentales debe erigirse como una categoría autónoma del daño extrapatrimonial ya que es una cuestión de alta complejidad que excede con creces las pretensiones de este trabajo, como lo ponen de presente las discusiones actuales en el derecho italiano frente a la reparación del daño a la persona⁴²²–, es que la vulneración de los derechos fundamentales, en las condiciones descritas en el acápite anterior, deben encontrar una tutela resarcitoria que se traduzca en la reparación del daño causado.

⁴¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

⁴²⁰ Cfr. CORTÉS..., *Responsabilidad civil...*, pág. 89.

⁴²¹ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...* pág. 24-25 y 243.

⁴²² Cfr. CORTÉS..., *Responsabilidad civil...*, pág.149-163 y KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 69-89.

Teniendo en cuenta las formas en que se puede otorgar la tutela reclamada y considerando los antecedentes que se encuentran en las jurisdicciones civil y contencioso administrativa respecto del daño por violación de derechos fundamentales, opinamos que el resarcimiento por la lesión de estos derechos puede tener lugar a través de las categorías de daño actualmente reconocidas; reconociendo la singular importancia que tales bienes tienen en el orden constitucional vigente que los hace merecedores de protección en aras de garantizar el respeto de la dignidad de la persona.

En otros términos, y haciendo nuestras las palabras de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de agosto de 2014⁴²³, la necesidad de reparación de las lesiones a los derechos fundamentales estaría por fuera de cualquier discusión, la cuestión se centrará entonces en determinar cómo se lleva a cabo dicha reparación. Para ello resulta necesario tener en cuenta las categorías de daño inmaterial actualmente reconocidas.

De esta manera, se ofrecen varias posibles soluciones en función del criterio jurisprudencial acogido: si se sigue la tesis del Consejo de Estado, la reparación incluirá el daño moral y el daño por vulneración de intereses convencional o constitucionalmente protegidos. De acogerse el criterio de la Sala Civil de la Corte, las posibilidades también variarán en los términos de la sentencia del 5 de agosto de 2014 –que en este punto resulta un tanto confusa– lo que permitirá reconocer el daño moral, el daño a la vida de relación y/o el daño por lesión de bienes constitucionales.

Para la Corte Suprema, el daño generado por la vulneración de un bien de relevancia constitucional puede subsumirse en las categorías de daño existentes, o bien tener una existencia autónoma y concurrir con aquellas “si tienen su fuente en circunstancias fácticas diferenciables”.

“Así, por ejemplo, hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o si, por el contrario, es posible su

⁴²³ “La atención debe centrarse, entonces, no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales –pues su existencia hoy en día no se pone en duda–; sino en precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez).

*coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables*⁴²⁴.

Quiere decir lo anterior que, en aplicación de la doctrina de la Sala Civil de la Corte, dependiendo del derecho de que se trate y las circunstancias del caso, la lesión del derecho puede suponer la existencia de un daño autónomo o generar, además del daño moral, un daño a la vida de relación; daño este último que en cualquier caso es contingente: puede estar presente o no y ello dependerá de las circunstancias concretas en que haya tenido lugar la vulneración del derecho.

Piénsese por ejemplo en una persona que es despedida de su trabajo haciéndole imputaciones deshonrosas que, desde luego, resultan ser falsas; o quien es despedido mediante violación de su derecho a la intimidad haciendo públicas imágenes de la persona que corresponden a su intimidad sexual⁴²⁵. En estos casos consideramos que la estima y la dignidad de la persona se ven lo suficientemente afectadas de manera que sea procedente el resarcimiento del sufrimiento o la congoja causados.

A las hipótesis anteriores agréguese que se trata de una persona que vive en una población pequeña, siendo muy conocida y respetada dentro de su comunidad donde se hacen públicos los señalamientos contra su honra o donde se distribuyen las imágenes íntimas de aquella. En estos supuestos se podría ver afectada la actividad social de esta persona con lo que también podría causarse un daño a la vida de relación.

Por tanto, así como en otros supuestos no se excluye la posibilidad de concurrencia del daño moral con el daño a la vida de relación, dicha exclusión tampoco tendría lugar tratándose de la vulneración de derechos fundamentales. Ahora bien, no se trata de sentar una regla general con carácter absoluto de concurrencia de estos dos tipos de daño, sino que su causación deberá verificarse en cada caso, de conformidad con las circunstancias que rodearon la lesión y atendiendo los criterios generales frente a la prueba de la existencia y cuantía del daño.

⁴²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

⁴²⁵ En la sentencia T-405 de 2007, la Corte Constitucional resolvió el caso de una trabajadora que fue despedida luego de que el empleador ingresara a una carpeta personal que aquella tenía en el computador que le había asignado la empresa, sustrajera varias fotografías donde aparecía la trabajadora desnuda y luego las repartiera entre varios trabajadores de la empresa y amenazara a la mujer con seguir divulgando las fotografías (Corte Constitucional, sentencia T-405 del 24 de mayo de 2007, MP.: Jaime Córdoba Triviño).

En definitiva, nuestra posición es que la lesión de los derechos fundamentales en tanto supongan una lesión a la dignidad de la persona, generará un daño moral que deberá ser resarcido. En estos casos debe entenderse que la vulneración en sí misma constituye un daño moral o, lo que es lo mismo, el perjuicio moral es inherente a la lesión del derecho fundamental⁴²⁶.

Por último, aunque desde la doctrina se aboga por la contención de los derechos e intereses que buscan cabida en el derecho de daños y de contera, de la multiplicación de los rubros o categorías que lo integran, ello no comporta el negarles la tutela resarcitoria de que son merecedores, sino atender dicha necesidad de tutela mediante su encuadramiento en las categorías de daño extrapatrimonial actualmente existentes⁴²⁷.

En consecuencia, la reparación por la vulneración de derechos fundamentales podría obtenerse, de conformidad con el estado actual de la jurisprudencia en Colombia, a través del daño por vulneración de bienes de relevancia constitucional que ya ha sido reconocido tanto en el orden civil como en la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴²⁶ JORDAIN, Patrice. <Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2011, Núm. 20, pág. 366.

⁴²⁷ KOTEICH KHATIB, Milagros. <El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2006, Núm. 10, pág. 193.

CAPÍTULO QUINTO: LA REPARACIÓN FRENTE LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El principio de reparación integral del daño

Uno de los principios basilares en materia de resarcimiento de daños es aquel según el cual debe repararse todo el daño, solo el daño y nada más que el daño⁴²⁸, términos en los que se expresa el principio de reparación íntegra del daño o *restitutio in integrum*. Este principio supone que la víctima debe quedar en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del evento dañoso, o, como lo expresa el profesor Henao, la reparación debe dejar indemne a la persona, es decir, como si el daño no hubiera ocurrido⁴²⁹.

En este sentido, se afirma que el daño es la medida del resarcimiento, ya que si se indemniza por encima del daño ocasionado se produciría un enriquecimiento injusto en favor de la víctima y, si se indemniza por debajo, estaríamos ante un empobrecimiento sin justa causa de aquella que no ve completamente resarcido el daño ocasionado⁴³⁰.

Tradicionalmente el sustento normativo del principio de reparación integral se ha visto en las normas sobre responsabilidad contenidas en los códigos civiles. Así, en los artículos 1106 y 1902 del Código Civil español en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente.

En el caso colombiano, dicho sustento lo fue durante mucho tiempo el artículo 2341 del Código Civil hasta que obtuvo reconocimiento normativo expreso en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁴³¹ que ordena tener en cuenta el mencionado principio en la valoración del daño “dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia”, lo que incluye, claro está, la jurisdicción laboral.

A pesar de lo anterior, la aplicación del principio de reparación integral no ha estado exenta de críticas en la actualidad. Una de las más relevantes se refiere a que obtener una plena reparación de los daños resulta imposible en la mayoría de los casos, razón por la cual el mencionado principio debe entenderse como un desiderátum, una aspiración máxima⁴³² a

⁴²⁸ VICENTE DOMINGO, *Tratado...*, pág. 403.

⁴²⁹ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 45.

⁴³⁰ *Ibidem*, pág. 45.

⁴³¹ Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

⁴³² VELÁSQUEZ POSADA..., pág. 376.

la que en todo caso, no debe renunciarse *a priori* sin haberse intentado establecer el monto de los perjuicios⁴³³.

En el caso de los daños materiales y teniendo en cuenta que permiten una equivalencia en términos monetarios, su reparación permite reflejar lo más fielmente posible la real magnitud del daño causado, especialmente cuando estamos ante el daño emergente. La reparación del lucro cesante o el daño futuro en general, si bien puede presentar un mayor grado de dificultad debido a la necesidad de la prueba de la existencia y cuantía de los mismos, una vez acreditados dichos extremos, se podrá verificar el equilibrio perseguido por el principio de reparación integral⁴³⁴.

Por el contrario, cuando estamos en presencia de daños extrapatrimoniales, en la medida en que los mismos no tienen una equivalencia monetaria exacta, no tendría sentido, sostienen algunos, hablar de una plena reparación⁴³⁵.

En efecto, el carácter más o menos objetivo de los daños materiales, facilita la tarea de cuantificación del perjuicio y por ende permiten la realización del principio de reparación integral en un mayor grado. Cuestión completamente distinta a lo que sucede cuando se trata de la lesión a cualquiera de los bienes de la personalidad que son de suyo inestimables económicamente. En estos casos no se puede sostener que una determinada indemnización repara efectivamente el daño sufrido por una persona, por tanto, hablar aquí de reparación integral es una “entelequia”⁴³⁶.

Ahora bien, las anteriores objeciones al principio de reparación integral frente a los daños extrapatrimoniales, son completamente válidas mientras se entienda que la única y real dimensión de dicho principio está relacionada con el *quantum* de la reparación; es decir, si la forma en que se repara el daño es mediante una indemnización, es razonable que se ponga en tela de juicio la utilidad de la reparación integral.

Como sostiene Gil Botero⁴³⁷, se trata del paradigma del “principio indemnizatorio” más que del de reparación integral del daño, según el cual la reparación del perjuicio consiste en el

⁴³³ VICENTE DOMINGO, *Tratado...*, pág. 402-403.

⁴³⁴ NAVEIRA ZARRA..., pág. 188.

⁴³⁵ *Ibíd.*, pág. 192.

⁴³⁶ ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil: con especial atención a la reparación del daño*. Madrid: Civitas, 1995, pág. 59.

⁴³⁷ GIL BOTERO..., *Responsabilidad...*, pág. 129.

otorgamiento de una suma de dinero destinada a cubrir los daños, tanto materiales como inmateriales, irrogados a la persona.

No obstante, creemos que tratándose de la violación de un derecho fundamental, la *restitutio in integrum* debe tener un alcance mayor. Si el fin perseguido con ella es la desaparición de todos los efectos nocivos del daño y dejar a la víctima en la situación más parecida posible a la que se encontraba antes de la producción de aquel, es claro que tales objetivos no se alcanzan con la entrega de una suma de dinero cuando está de por medio, por ejemplo, la dignidad de la persona.

El principio de reparación integral entonces, no se circunscribe a la determinación de la extensión del perjuicio sino que comporta la necesidad de que a la víctima le sean resarcidas TODAS las consecuencias nocivas del hecho dañoso, lo que en últimas viene a significar que se constituye en un instrumento que sirve al propósito de establecer los daños resarcibles⁴³⁸.

En palabras de Gil Botero, “el principio no solo debe emplearse en la verificación del *quantum* del perjuicio, sino en la comprobación de los daños cuya magnitud impone su resarcimiento, a diferencia de los denominados daños bagatelares o insignificantes”⁴³⁹.

Quiero ello decir, en criterio del autor que compartimos plenamente, que la reparación integral, para que sirva a los fines que le son propios, debe ser aplicada e interpretada en relación con el tipo de daño producido para que la persona pueda ser llevada a la situación en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, cuestión que adquiere mayor relevancia cuando el perjuicio se deriva de la violación de derechos humanos⁴⁴⁰. De esta manera la reparación del daño cumple un papel importante en el respeto de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales⁴⁴¹.

Puede decirse, en definitiva, que “*sólo a través del reconocimiento pleno de las diferentes vicisitudes que haya sufrido una víctima -o mejor, esa víctima-, en su patrimonio o en sus*

⁴³⁸ GIL BOTERO..., *Responsabilidad...*, pág. 130.

⁴³⁹ *Ibíd.*, pág. 130.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 130.

⁴⁴¹ VELÁSQUEZ POSADA..., pág. 101.

*intereses vinculados con los bienes de la personalidad o en su esfera espiritual, puede entenderse que se ha realizado una reparación integral*⁴⁴².

Este entendimiento del principio de reparación integral es el que ha llevado al Consejo de Estado colombiano a adoptar estándares de reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos más allá del principio indemnizatorio, armonizando de esta manera su jurisprudencia con la emanada de la CortelDH.

Es precisamente en el ámbito de la reparación integral y las formas de reparación del daño donde adquieren una relevancia especial los aportes de la jurisprudencia emanada de la CortelDH, que se ha constituido así en el foco de un completo sistema de reparaciones por violación de derechos humanos que tiene como eje central a la víctima y el reconocimiento y restablecimiento de su dignidad.

1.1. La noción de reparación integral por violación de derechos humanos

Aunque se trata de un tema cuya amplitud excede con creces las pretensiones de este trabajo, haremos una muy breve referencia, a modo introductorio, de los alcances que dicho principio tiene en el Derecho Internacional.

Los primeros antecedentes del principio de reparación integral se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia, concretamente en el caso *The Factory at Charzow* de 1927, en el que se dejó sentado que la reparación “debería buscar la cesación de las consecuencias del hecho ilícito”⁴⁴³.

Sin embargo, ha sido en épocas más recientes cuando se le ha dado un impulso definitivo a la noción de reparación integral de la mano de los trabajos realizados en el seno de las Naciones Unidas a cargo de algunos expertos como Theo van Boven y Cherif Bassiouni⁴⁴⁴.

En efecto, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU encargó a Boven la realización de un estudio relativo al derecho de restitución,

⁴⁴² SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. <El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo> EN: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Citado por VELÁSQUEZ POSADA..., pág. 376.

⁴⁴³ HINESTROSA VÉLEZ, Juan Pablo. <Análisis comparativo sobre la tasación de los daños en violaciones a los derechos humanos por parte de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos> EN: *Estado de derecho y derechos fundamentales de los ciudadanos: las convenciones europea y americana sobre los derechos humanos*. Londres: Esperia, 2009, pág. 950.

⁴⁴⁴ GALLÓN GIRALDO, Gustavo; REED HURTADO, Michael (edits.). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007, pág. 13.

indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Producto de dicho encargo fue presentado por Boven un estudio con el mismo nombre en 1993.

En este informe se presenta un proyecto de principios y directrices básicos en la materia, en el que se reconoce el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a obtener una reparación por dicha violación. Igualmente, se establece el correlativo deber de los Estados de concederla cuando quiera que no hayan observado su obligación de respetar y garantizar tales derechos.

Esta reparación, afirma el documento, “tiene el propósito de aliviar el sufrimiento de las víctimas y hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones”⁴⁴⁵.

Más adelante, por encargo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Bassiouni presenta un informe sobre el derecho de restitución, indemnización, y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴⁴⁶.

En este informe se establecía el derecho de las víctimas a obtener “una reparación suficiente, efectiva y rápida para promover la justicia, remediando las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”⁴⁴⁷. Conforme a esto, una de las medidas de reparación previstas era la restitución, que “en la medida de lo posible debería devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de derechos humanos”⁴⁴⁸.

La suma de estos dos trabajos, junto con otros informes sobre impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos encargados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 2005⁴⁴⁹, dieron lugar a la elaboración de los “Principios y directrices básicos

⁴⁴⁵ Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, párrafo 137.4.

⁴⁴⁶ El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión. Documento ONU E/CN.4/2000/62.

⁴⁴⁷ Documento ONU E/CN.4/2000/62, párrafo 15.

⁴⁴⁸ Documento ONU E/CN.4/2000/62, párrafo 22.

⁴⁴⁹ Se trata de los trabajos encargados a Louis Joinet cuyo informe final recogió un conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos, trabajo que fue actualizado en

sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” -en adelante los principios o los principios y directrices-; aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005.

En este documento, como su nombre lo indica, se reguló entre otras cosas, todo lo relacionado con la reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos, incluido lo relativo a las formas en que dicha reparación debe llevarse a cabo. Por la importancia de la materia objeto de regulación en dicho documento, su estrecha relación con la hipótesis central de este trabajo y, en especial, por el valor jurídico que le ha reconocido la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa en Colombia, nos referiremos con más detalle a él cuando nos ocupemos del estudio de las formas de reparación ante las violaciones de derechos humanos.

1.2. La reparación integral en la jurisprudencia de la CortelDH

Desde sus inicios la CortelDH ha sostenido que toda violación por parte de un Estado de los derechos reconocidos en la CADH, comporta para dicho Estado la obligación de repararlo, con fundamento en el artículo 63.1 de la Convención donde se establece que

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Este artículo es el fundamento normativo de la obligación de los Estados miembros de reparar los daños ocasionados por la violación de los derechos reconocidos en la Convención.

Según la CortelDH, “dicho artículo refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de

febrero de 2005 por Diane Orentlicher. Cfr. LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. <Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos>. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Universidad del Rosario. 2009, Núm. 11, Vol. 2, pág. 312-313.

la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación”⁴⁵⁰.

De conformidad con lo anterior, la reparación integral a que tienen derecho las víctimas de violaciones de derechos humanos, ha sido entendida como “una serie de medidas encaminadas a regresar a la víctima a la situación en la cual se encontraba antes de la violación cuando esto sea posible”⁴⁵¹.

La CortelDH lo ha expresado en los siguientes términos

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.

De la sentencia anterior se desprende que el aspecto central de la reparación, en los términos en que es entendida por la CortelDH, es la restitución de la víctima al estado en que se encontraba antes de la vulneración del derecho que da origen a la actuación del Tribunal, siempre que ello sea posible o en la mayor medida posible, es decir, aunque no se pueda dejar a la víctima en la misma situación, por lo menos en la situación más cercana que las circunstancias permitan.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, la reparación por violación a los mismos tiene como eje central a la víctima, es decir, las medidas de reparación se determinan desde la óptica de la víctima y no del responsable de la violación. Ello comporta el entendimiento de la persona en un sentido integral, como un todo; de manera que pueda ser restituida en el goce de sus derechos fundamentales sin que en el restablecimiento de la situación anterior se tengan en cuenta solo los aspectos patrimoniales⁴⁵².

Sobre este punto son relevantes las aportaciones del exjuez de la CortelDH Cançado Trindade acerca de la necesidad de mirar a la víctima desde su espiritualidad más que

⁴⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vargas Areco contra Paraguay. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 139.

⁴⁵¹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; BRAVO RUBIO, Diana. <El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana>. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana. 2008, Núm. 13, pág. 329-330.

⁴⁵² NASH ROJAS, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2ª Ed. Santiago: Universidad de Chile, 2009, pág. 36.

desde su patrimonialidad al momento de ordenar las reparaciones. En el voto razonado del caso Loayza Tamayo contra Perú, dejó consignados, junto con el Juez Abreu Burelli, sus argumentos, cuyos apartados pertinentes reproducimos *in extenso*

“En el marco de este último, las reparaciones deben determinarse con base no sólo en criterios que se fundamentan en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio, o en su capacidad laboral, y en la proyección de estos elementos en el tiempo. Al contrario de lo que pretende la concepción materialista del homo oeconomicus, lamentablemente prevaleciente en nuestro tiempo, tenemos la firme y plena convicción de que el ser humano no se reduce a un mero agente de producción económica, a ser considerado solamente en función de dicha producción o de su capacidad laboral.

*El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que "el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría"⁶. Estas palabras se revisten de gran actualidad en este final de siglo. **En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre ésta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades...***

*...Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y **teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad**⁴⁵³ (negrillas añadidas).*

Es así como las medidas de reparación deben tener en cuenta sobre todo la concepción de la víctima como persona, pretendiendo especialmente, el reconocimiento y restablecimiento de su dignidad frente a los efectos puramente económicos que de la vulneración de sus derechos se deriva. Por ello coinciden los jueces en que, bajo esta concepción de víctima, “las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer⁴⁵⁴”.

La CortelDH también ha señalado que la reparación es el género dentro del cual quedan comprendidas distintas formas de resarcir el perjuicio ocasionado a la víctima⁴⁵⁵. Así, el

⁴⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, voto razonado de los jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, párrafos 9, 10 y 17.

⁴⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, voto razonado de los jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, párrafo 11.

⁴⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Garrido y Baigorria contra Argentina. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 41.

Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que haya incurrido mediante la *restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción o garantías de no repetición.

Ahora bien, la Corte ha señalado que cuando no sea posible el restablecimiento a la situación anterior dada la naturaleza del bien afectado, la reparación bien puede adquirir la forma de una justa indemnización “en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida”.⁴⁵⁶ Sobre este particular, en el caso El Amparo vs Venezuela señaló que

*“Por no ser posible la “restitutio in integrum” en caso de violación del derecho a la vida, resulta necesario buscar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria. Esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios sufridos y como esta Corte ha expresado anteriormente, éstos comprenden tanto el daño material como el moral”.*⁴⁵⁷

En el caso 19 comerciantes contra Colombia, añadió a la indemnización las medidas que el Estado estaba obligado a tomar con el fin de impedir la repetición de los hechos que dieron lugar al pronunciamiento de la Corte:

*“Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la restitutio in integrum, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso”*⁴⁵⁸.

En definitiva, los aspectos generales en materia de reparación integral por violación de derechos humanos extraídos de la jurisprudencia de la CorteIDH, se pueden sintetizar así⁴⁵⁹:

- La violación de cualquiera de los derechos reconocidos por la CADH genera la obligación de reparar el daño ocasionado, lo que a su vez comporta la restitución a la situación anterior a la violación, siempre que ello sea posible.
- En caso contrario, esto es, cuando no se pueda devolver a la víctima a la situación anterior, el Estado debe tomar una serie de medidas que garanticen el respeto de

⁴⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Godínez Cruz contra Honduras. Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria. Sentencia del 17 de agosto de 1990, párrafo 27.

⁴⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso El Amparo contra Venezuela. Reparaciones y costas. Sentencia del 14 de septiembre de 1996, párrafo 16.

⁴⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 19 comerciantes contra Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2004, párrafo 222.

⁴⁵⁹ ACOSTA LÓPEZ...; BRAVO RUBIO..., pág. 331.

los derechos conculcados y reparen las consecuencias del hecho dañino, incluyendo el pago de una indemnización.

- La obligación de reparar se regula íntegramente por el derecho internacional: su alcance, naturaleza, modalidades y beneficiarios; de manera que no le es dable a los Estados alegar razones de derecho interno para sustraerse al cumplimiento de las medidas adoptadas por la Corte.
- La naturaleza y el monto de las reparaciones dependen del daño ocasionado, tanto en su aspecto material como moral, sin que en ningún caso puedan significar un enriquecimiento o empobrecimiento para la víctima⁴⁶⁰.

Estos aspectos se complementan con el desarrollo que le ha dado la jurisprudencia de la CortelDH a cada una de las formas de reparación del daño que quedan comprendidas dentro del concepto de reparación integral en los términos en que se ha dejado indicado. Más adelante volveremos sobre las formas de reparación.

1.3. La reparación integral del daño en la jurisprudencia del Consejo de Estado

En épocas más o menos recientes el Consejo de Estado colombiano ha empezado a mostrar un especial interés por las víctimas de violaciones de derechos humanos, en especial en lo relativo a la reparación del daño ocasionado con tales violaciones. Esta preocupación se ha traducido en lo que podríamos denominar una reformulación del principio de reparación integral del daño cuando está de por medio una violación a los derechos humanos.

El concepto de reparación del daño pasaba por el reconocimiento de una suma de dinero con la que se indemnizaba a la víctima por los perjuicios ocasionados, con independencia de la naturaleza del bien o interés lesionado. Esta era la forma en que se cumplía con el precepto contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que ordenaba tener en cuenta el postulado de reparación integral en cualquier procedimiento judicial en el que se pretendiera un resarcimiento de perjuicios.

No obstante, tratándose de la violación a derechos humanos, existen una serie de fundamentos normativos, tanto nacionales como de derecho internacional, que obligan a que la reparación integral a la que tiene derecho la víctima incluya medidas que van más

⁴⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párrafo 53.

allá del aspecto económico, es decir, que no habrá una reparación completa cuando solo se concede una indemnización, sin que ello quiera decir que el elemento dinerario desaparezca del ámbito de la reparación.

Así las cosas, esta reformulación del principio de reparación integral consiste precisamente en esto: cuando está de por medio la vulneración de derechos humanos el criterio indemnizatorio no basta para lograr una plena reparación a la víctima, sino que resulta necesario adoptar una serie de medidas tendientes a restituir a quien ha sufrido el daño, a la situación más cercana posible a la que se encontraba antes del evento dañoso.

Estas medidas encuentran su fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y su aplicabilidad al ordenamiento jurídico interno se fundamenta en las disposiciones constitucionales sobre bloque de constitucionalidad y más concretamente, en el desarrollo jurisprudencial de la figura del control de convencionalidad como lo veremos más adelante⁴⁶¹. En otras palabras, se trata de aplicar e interpretar la reparación integral del daño bajo la égida del DIDH y el desarrollo que ha tenido en el ordenamiento internacional.

La sentencia pionera en la adopción de este nuevo parámetro de reparación integral es la proferida por el Consejo de Estado el 20 de febrero de 2008 en la que juzgaba la desaparición y posterior asesinato de cuatro ciudadanos por parte de miembros de la fuerza pública vestidos de civil. El punto de partida es la distinción que se hace en cuanto al bien o interés lesionado con el fin de determinar los alcances del principio de reparación integral según el escenario en que nos encontremos.

Si el daño está relacionado con la lesión de bienes o intereses ajenos al ámbito de los derechos humanos, la realización del principio de reparación integral se ve satisfecha con el reconocimiento de la indemnización que cubra los perjuicios de orden material e inmaterial causados a la víctima.

Por el contrario, si el daño lo genera la violación de un derecho de esta naturaleza, el principio indemnizatorio deviene en insuficiente a efectos de lograr una reparación plena de los perjuicios causados, ya que en este último caso se está vulnerando una garantía

⁴⁶¹ Capítulo V.3.

“relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo”⁴⁶².

Es precisamente esta conexión con la esencia y la dignidad de la persona, la que impone el deber al juez de utilizar parámetros de reparación integral que vayan más allá del resarcimiento a través de una suma de dinero, en la misma forma y alcances que tienen en el DIDH y particularmente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La plena reparación del daño así entendida, ha sido delineada por el Consejo de Estado, principalmente en la mencionada sentencia de febrero de 2008, en la que sobre este punto, en apartado que se cita *in extenso*, señaló:

“Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).

En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad⁴⁶³.

La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.

En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto

⁴⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, radicación 16996, CP.: Enrique Gil Botero.

⁴⁶³ [21] Sobre el particular, se puede consultar: Estatuto de Roma (Por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional), ratificado por Colombia, mediante la ley 742 de 2002, la cual fue objeto de revisión automática de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-578 de 2002.

*y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano*⁴⁶⁴ (negritas añadidas).

La reparación integral del daño supone entonces, en los supuestos de violación de derechos humanos, la adopción por parte del juez de una serie de medidas tendientes a restituir a la víctima al *statu quo ante*, más allá de las consecuencias de orden patrimonial que se deriven de dicha violación. Dentro de estas medidas, a las que nos referiremos con mayor profundidad más adelante, se encuentran la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y restablecimiento simbólico, entre otras.

La adopción de estas medidas se constituye ante todo en una obligación para el juez, ya que ellas encuentran su fundamento en la prevalencia del ordenamiento internacional sobre derechos humanos en el orden jurídico interno, como lo dispone el artículo 93 C.P. con los alcances que le ha dado la jurisprudencia constitucional sobre el bloque de constitucionalidad. Así las cosas, el juez está en la obligación de armonizar las disposiciones de derecho interno con las provenientes de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La aplicación de la *restitutio in integrum* en los términos anteriores, no se encuentra limitada por el principio de congruencia ni por la prohibición de la *reformatio in pejus* como lo ha señalado el Consejo de Estado, lo que quiere decir que pueden ser ordenadas por el juez de segunda instancia y aun cuando no hayan sido pedidas en la demanda. Así las cosas, sólo el aspecto indemnizatorio de la reparación integral debe respetar los principios procesales mencionados⁴⁶⁵.

Ahora bien, aunque en los primeros pronunciamientos el Consejo de Estado se refirió a la procedencia de la *restitutio in integrum* en los casos de violaciones de derechos humanos, más adelante señaló que la reparación integral así entendida, procedía también en los casos en que había una afectación de un derecho fundamental, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva.

En efecto, las medidas de justicia restaurativa proceden en los supuestos de graves violaciones a derechos humanos, afectaciones relevantes a derechos constitucionales o,

⁴⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, radicación 16996, CP.: Enrique Gil Botero.

⁴⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 18364, CP.: Enrique Gil Botero.

frente a daños que no procedan de estas dos hipótesis. La diferencia estribará entonces en la posibilidad o no de ordenar estas medidas de oficio, ya que solamente en los casos de graves violaciones a derechos humanos o derechos fundamentales el juez estará libre de la limitante que le supone el respeto de los principios de congruencia y de no *reformatio in pejus*:

*“la Corporación ha avalado una hermenéutica garantista, que defiende la protección activa de los derechos humanos, lo que se ha traducido en una prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Aún así, es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que este no sólo comprende los casos de graves violaciones de derechos humanos sino cualquier asunto en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese orden, en los casos en los que **no esté de por medio** una grave violación a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental –en su dimensión subjetiva u objetiva–, la Sala se encuentra limitada por los principios de congruencia y de no *reformatio in pejus*; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con: la *restitutio in integrum* del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio.*

Por el contrario, en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación a derechos humanos o el desconocimiento de derechos fundamentales el Juez de lo Contencioso Administrativo podrá decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías mínimas afectadas”⁴⁶⁶

Por último debe señalarse, en concordancia con la jurisprudencia actual del Consejo de Estado sobre tipología del daño inmaterial⁴⁶⁷, que la posibilidad de decretar medidas de justicia restaurativa de oficio, procede, además de cuando hay una violación grave de derechos humanos, cuando se trata de una afectación significativa de derechos fundamentales, no solo de los reconocidos en la Constitución, sino también de los incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁶⁸.

2. Las formas de reparación ante violaciones de derechos humanos

Hemos visto como el concepto de reparación integral adoptado por la jurisprudencia de la CortelDH y del Consejo de Estado colombiano, tratándose de violaciones a derechos humanos, implica el restablecimiento del *statu quo* anterior de la víctima siempre que ello sea posible. Para lograr este propósito, los tribunales adoptan una serie de medidas denominadas de justicia restaurativa, precisamente por el objetivo que con ellas se pretende como se acaba de señalar.

⁴⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 26621, CP.: Enrique Gil Botero.

⁴⁶⁷ Capítulo IV.2.2.1.2.

⁴⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 18364, CP.: Enrique Gil Botero.

La jurisprudencia de la CortelDH ha sido pionera en la adopción de este tipo de medidas y ha sido a partir de estos pronunciamientos que el Consejo de Estado colombiano ha comenzado a aplicarlas también en el ordenamiento interno. Este apartado lo dedicaremos entonces a señalar los aspectos relevantes que sobre este tipo de medidas se desprenden de los pronunciamientos de estos dos tribunales, además de las previsiones que en este sentido traen los principios y directrices de la ONU, que han servido de fundamento a la jurisprudencia interamericana y contencioso-administrativa en Colombia.

2.1. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones

Para los efectos que a este trabajo interesan, merece la pena destacar la mención que hace el principio I sobre la obligación de los Estados de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas sobre derechos humanos en sus respectivos territorios. En este sentido, los Estados se asegurarán de que el ordenamiento interno sea compatible con sus obligaciones internacionales y para ello garantizarán que “su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales”.

Así, los estándares internacionales de protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos se convierten en mínimos y, el derecho interno no podrá otorgar una protección por debajo de estos estándares, protección que incluye, claro está, lo relacionado con las reparaciones.

Por su parte, el principio V, dentro del concepto de víctima, incluye a toda persona que haya sufrido un daño, entendiendo por tal, entre otros, un menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de una violación manifiesta de las normas internacionales sobre derechos humanos.

En el principio VII se establece que las víctimas tienen derecho i) al acceso igual y efectivo a la justicia, ii) a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y iii) al acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos.

Sobre el tema específico de la reparación, el principio IX señala que una reparación plena a las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos comprende: medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

2.1.1. Restitución

Las medidas de restitución tienen por finalidad, siempre que ello sea posible, devolver a la víctima a la situación en que se encontraba con anterioridad a la violación. Lo anterior implica “el restablecimiento del derecho vulnerado devolviendo a la víctima la posibilidad de ejercerlo si este le fue negado, o de continuar ejerciéndolo plenamente si le fue limitado con el hecho dañoso”⁴⁶⁹.

Así, la restitución comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

2.1.2. Indemnización

Son los pagos que se hacen a la víctima o sus beneficiarios para reparar las pérdidas materiales ocasionadas con el hecho dañino, además de compensar los perjuicios de orden moral que acarrearán la violación de sus derechos.

Como lo establece el principio IX.20, la indemnización debe incluir todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de la violación manifiesta de las normas sobre derechos humanos y debe ser además, proporcional a la gravedad de la violación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

La indemnización comprenderá entonces, el daño emergente, lucro cesante, la pérdida de oportunidad, el daño moral, el daño físico o mental, así como los gastos de asistencia jurídica en que haya incurrido la víctima.

2.1.3. Rehabilitación

Las medidas de rehabilitación tienen lugar cuando quiera que se ha afectado la integridad física o psíquica de la víctima e incluye los tratamientos médicos y psicológicos que se requieran como consecuencia de dicha afectación.

2.1.4. Garantías de no repetición

Las garantías de no repetición tienen una finalidad preventiva en tanto su cometido es evitar que vuelvan a ocurrir las acciones u omisiones que desencadenaron en la vulneración de los derechos humanos. En otras palabras, “garantizar que la víctima y sus familiares no van

⁴⁶⁹ TORRES ACOSTA, Alexandra. <La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 1998, Núm. 4, pág. 161.

a sufrir de nuevo los efectos y las consecuencias de los actos ilícitos de los cuales fueron víctimas”⁴⁷⁰.

Así, dentro de estas medidas se encuentran la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones de derechos humanos, la implementación de programas de prevención de dichas violaciones, el ajuste de los procedimientos judiciales a los estándares internacionales de respeto al debido proceso e imparcialidad, entre otras.

2.1.5. Satisfacción

Las medidas de satisfacción tienen por finalidad reintegrar la dignidad de las víctimas y garantizarles, a ellas o a sus familiares, que “se les reafirma la existencia del derecho que les ha sido vulnerado y se reconoce la ilegitimidad de su transgresión”⁴⁷¹.

Respecto de este tipo de medidas, el principio IX señala que, siempre que sea pertinente, la reparación debe incluir todas o algunas de las siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;*
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;*
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;*
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;*
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;*
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;*
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;*
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.*

⁴⁷⁰ LÓPEZ CÁRDENAS..., pág. 320.

⁴⁷¹ TORRES ACOSTA..., pág. 162.

2.2. El valor jurídico de los principios y directrices en el ordenamiento interno

Los principios y directrices son una recopilación o condensación de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos, obligaciones que se encuentran vigentes de acuerdo con el derecho internacional público⁴⁷².

Así, el derecho a obtener una reparación cuando se ha sido objeto de una violación a un derecho de esta naturaleza, se encuentra recogido en diversos instrumentos internacionales, entre ellos y siendo uno de los más importantes para los efectos de esta investigación, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente en el artículo 63.

Con base en lo anterior, en el preámbulo de los principios se deja establecido que con dicho documento no se están creando nuevas obligaciones a cargo de los Estados, sino que se *“indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”*⁴⁷³.

Se ha considerado entonces que los principios son fundamento de derecho internacional, *“en la medida en que contienen las obligaciones internacionales de los Estados derivadas de tratados vigentes, costumbre internacional y principios generales del derecho internacional”*⁴⁷⁴. Adicionalmente, algunos de los organismos internacionales encargados de aplicar el DIDH, por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suelen incorporar los principios y directrices como fundamento de sus decisiones.

Frente a su valor jurídico en el ordenamiento interno, algunos sostienen que su fuerza vinculante deriva de su pertenencia al bloque de constitucionalidad de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, además de la prescripción contenida en el artículo 9 ibídem, que establece el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia⁴⁷⁵.

⁴⁷² GALLÓN GIRALDO...; REED HURTADO..., pág. 15.

⁴⁷³ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005, preámbulo.

⁴⁷⁴ GALLÓN GIRALDO...; REED HURTADO..., pág. 21.

⁴⁷⁵ Ibídem, pág. 22.

En efecto, si los principios y directrices no hacen más que condensar las obligaciones de los Estados en materia de reparación por violación de derechos humanos, principalmente las derivadas de la CADH y del PIDCP, debe entenderse, en opinión de los mismos autores, que tales principios son una interpretación autorizada de dichos instrumentos y que por tanto, hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴⁷⁶.

Sin embargo, la Corte Constitucional no ha incluido expresamente los principios y directrices dentro del bloque de constitucionalidad, lo que no significa que dicho instrumento se encuentre ausente en sus pronunciamientos. En efecto, han sido numerosas las sentencias en que la Corte ha recurrido a los principios para apoyar sus decisiones sobre el derecho a la reparación, especialmente de las víctimas del conflicto armado.

Así, en la sentencia C-715 de 2012 en la que estudia la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1448 de 2011 sobre medias de atención, asistencia y reparación a las víctimas del conflicto, la Corte para referirse a la obligación del Estado de brindar a las víctimas una reparación acorde con los instrumentos internacionales sobre la materia, sostuvo que

*“además de las normas constitucionales, el Legislador debe seguir los estándares internacionales en materia de restitución, tales como Los Principios sobre la Restitución de las Viviendas, Tierras y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (principio segundo); **Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones**; Principios de Deng y de Pinheiro; Los Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos para la Lucha contra la Impunidad (principio 32)”⁴⁷⁷ (negrilla añadida).*

En la sentencia SU-254 de 2013 en la que se decidieron diversas acciones de tutela interpuestas por víctimas del conflicto armado en situación de desplazamiento forzado para que fuera protegido su derecho a la reparación integral, en conexidad con la justicia y la verdad, la Corte reconoció expresamente

“la especial relevancia [que] reviste la Resolución 60/147 de Naciones Unidas⁴⁷⁸, que consagró una serie de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas

⁴⁷⁶ Ibídem, pág. 23.

⁴⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷⁸ [15] Cap VII No. 11 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y adoptada el 16 de diciembre de 2007.

*de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁴⁷⁹.

En la sentencia C-180 de 2014⁴⁸⁰ en la que se estudió la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1592 de 2012 sobre reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, la Corte al abordar el estudio del derecho de las víctimas a obtener reparación, señaló que dicho estudio debía hacerse incluyendo “otros actos normativos de derecho internacional que constituyen pautas orientadoras para el Estado”, dentro de los cuales, se encontraban los principios y directrices.

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha valido de los estándares de reparación integral previstos en los principios y directrices en los casos que ha juzgado sobre violaciones de derechos humanos, señalando expresamente que dicho instrumento tiene efectos jurídicos vinculantes en el ordenamiento interno. Así, en la sentencia 32988 de 2014, sostuvo que

“Para efectos de explicar y justificar las medidas a tomar en aras de reparar integralmente a las víctimas, la Sala pone de presente la importancia de la Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁸¹, concerniente a los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁴⁸², la cual ha sido acogida por la Corte Interamericana

⁴⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-180 del 27 de marzo de 2014, MP.: Alberto Rojas Ríos.

⁴⁸¹ [113] Sobre el alcance de la reparación integral ver: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Resolución 60/147 (16/12/2005) sobre "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", en *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilaciones de documentos de ONU*, Comisión Colombiana de Juristas (ed.), Bogotá, 2007.

⁴⁸² [114] Es importante manifestar que con anterioridad a este instrumento internacional ya se encontraban consagrados desde 1997 el *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Principios Joinet). El principio 33 - Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar- reza: “*Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor*”. Al respecto se puede revisar *Principios Internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Comisión Colombiana de Juristas, Compilación de Documentos de la Organización de Naciones Unidas, Bogotá, 2007, p. 50. Los Principios Joinet contemplaban algunas formas de reparación; al respecto el principio 34 dispone: “*Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación. El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas; comprenderá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional*”.

de Derechos Humanos⁴⁸³, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁸⁴ y del Consejo de Estado⁴⁸⁵, **circunstancia que la vuelve jurídicamente vinculante en el ordenamiento interno**⁴⁸⁶ (negrilla añadida).

De igual forma, en la sentencia 29033 de 2014⁴⁸⁷, en la que se resolvía el caso de una joven que fue secuestrada y asaltada sexualmente por miembros activos del ejército, el Consejo de Estado se apoyó en los principios y directrices de la ONU para determinar las medidas de reparación no pecuniarias que procedían por la violación de los derechos de la demandante.

En definitiva, con independencia de que los principios y directrices hayan sido incorporados o no al bloque de constitucionalidad, lo cierto es que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado los han utilizado como criterio interpretativo en sus decisiones⁴⁸⁸.

Adicionalmente, su utilización por parte de la CortelDH en sus pronunciamientos, los convierte, junto con la jurisprudencia de este órgano, en pauta hermenéutica relevante para la interpretación y protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁴⁸⁹:

⁴⁸³ [115] Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso de la “Panela Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C No. 76, párr. 119; Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 12 de septiembre del 2005, Serie C No. 132, párr. 77; Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107; Caso 19 comerciantes Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.

⁴⁸⁴ [116] Al respecto se remite a las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: sentencias C-578 de 2002; C-872 de 2003; T-025 de 2004; C-979 de 2005; T-188 de 2007; T-821 de 2007; T-458 de 2010.

⁴⁸⁵ [117] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de febrero del 2011, rad. 34387, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 20 de febrero del 2008, rad. 16996, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 19 de octubre del 2007, rad 29.273, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁴⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2014, expediente 29033, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁴⁸⁸ Igualmente, la Corte Constitucional ha utilizado otros instrumentos de derecho blando de carácter internacional –al igual que los principios y directrices– incorporando al bloque de constitucionalidad los apartes de dichos instrumentos que desarrollan normas de DIDH que a su vez forman parte del bloque. Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo; SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. <La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano>. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* 2008, núm.12, pág. 344.

⁴⁸⁹ Sobre el valor jurídico de la jurisprudencia de la CortelDH, ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-010 del 19 de enero de 2000, MP.: Alejandro Martínez Caballero; T-1319 del

“Los funcionarios judiciales a su vez, deben tener como criterio interpretativo relevante, la doctrina elaborada por los organismos internacionales de control de los tratados, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una visión integral de los derechos humanos que permitirá cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, de los cuales también hacen parte los principios generales del derecho internacional y la costumbre internacional”⁴⁹⁰.

En últimas, nada impide que puedan ser entendidos como “criterio auxiliar” de la actividad judicial en los términos del artículo 230 de la Constitución⁴⁹¹, derivado de su utilización por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus pronunciamientos.

2.3. Las formas de reparación en la jurisprudencia de la CorteIDH

El punto de partida, como ya se anotó, es el entendimiento de que toda violación de una obligación internacional comporta el deber de reparar a la víctima de forma adecuada, para lo cual, el Estado deberá hacer cesar la violación, restablecer el derecho que ha sido conculcado y devolver las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad.

A partir de esta declaración, que es el sustento del deber de reparar y de la doctrina de la CorteIDH sobre reparación integral, es que se empieza a desarrollar la extensa jurisprudencia sobre las distintas formas de reparación con las que se pretende concretar el principio de total indemnidad de la víctima.

Así, la CorteIDH ha ido desarrollando paulatinamente un sistema de reparaciones que pretende dar eficacia al principio de reparación integral cuando quiera que los derechos convencionales han sido desconocidos por cualquiera de los Estados miembro.

Este desarrollo ha sido fruto del reconocimiento de la necesidad de que las sentencias estimatorias dictadas por dicha corte, encuentren respuestas en los ordenamientos jurídicos

7 de diciembre de 2001, MP.: Rodrigo Uprimny Yepes y SU-254 del 24 de abril de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

⁴⁹¹ **ARTICULO 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

nacionales⁴⁹². En este sentido, de acuerdo con la doctrina⁴⁹³, pueden identificarse unas cinco líneas de evolución de la jurisprudencia de la CorteIDH en la materia:

Una primera línea en que las sentencias imponen deberes de medio y de resultado.

Es un periodo en el que se da la transición entre un sistema donde los Estados tenían más libertad para determinar la forma en que serían reparados los perjuicios, a uno en que los medios de reparación son determinados por la CorteIDH e impuestos a los Estados para su cumplimiento. En otras palabras, la Corte no se conforma con subrayar el deber estatal de reparar las violaciones cometidas, sino que dicta instrucciones precisas acerca de cómo debe hacerse dicha reparación⁴⁹⁴.

Así, en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*⁴⁹⁵ donde se juzgaba una desaparición forzada, estableció la obligación del Estado de otorgar una indemnización a la cónyuge e hijos de la víctima; mientras que en el caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*⁴⁹⁶, las medidas de reparación decretadas incluían la obligación del Estado de dar asistencia médica y psicológica, así como la provisión de medicinas que requiriera la víctima.

Una segunda línea en que se pasa de las reparaciones individuales a las sistémicas.

Aquí la CorteIDH asume una concepción de interdependencia entre los distintos derechos de las personas, de manera que se acepta que un solo hecho tenga la potencialidad de afectar múltiples derechos de la víctima. Se entiende que la violación de los derechos puede afectar “a todo el ser de la persona humana, e inclusive a su familia y a la comunidad en la que habita”⁴⁹⁷.

En el caso de la masacre de Ituango contra Colombia, se entendió que el asesinato selectivo de personas y el desplazamiento de diferentes comunidades, afectó el derecho a la vida, la libertad personal, el derecho de circulación y residencia, la propiedad privada,

⁴⁹² SILVA GARCÍA, Fernando. <Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al Derecho Internacional de los Derechos Humanos> EN: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coords.). *Protección multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Red de Derecho Humanos y educación superior, 2013, pág. 243.

⁴⁹³ En este punto seguiremos lo expuesto por Silva García, acerca de las cinco dimensiones que presenta la evolución de la jurisprudencia de la CorteIDH en la materia, en SILVA GARCÍA..., pág. 241 a 253.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pág. 245.

⁴⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia del 21 de julio de 1989.

⁴⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005.

⁴⁹⁷ SILVA GARCÍA..., pág. 245.

entre otros. En consecuencia, se ordenó al Estado: la implementación de programas de vivienda en favor de las víctimas, fijar una placa en cada una de las comunidades afectadas para que las nuevas generaciones conocieran lo sucedido, la organización de cursos de capacitación a los militares en materia de derechos humanos y el pago de la indemnización correspondiente.

Igualmente, en el caso de la comunidad de Moiwana contra Surinam, en la que fueron asesinados 39 miembros de la comunidad durante un operativo militar y los sobrevivientes fueron obligados a abandonar las tierras, la CorteIDH ordenó al Estado investigar los hechos e identificar y condenar a los responsables. Así mismo, dispuso la búsqueda de los restos de las personas asesinadas y su entrega a las familias, la construcción de un monumento público en homenaje a las víctimas, así como la celebración de un acto en el que se les pidieran disculpas públicas y se diera el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado.

Una tercera línea en la que se pasa de las reparaciones dinerarias a las dignificantes.

En esta línea de evolución se empieza a dar prevalencia a las medidas de reparación no pecuniarias frente a las dinerarias. No se trata de dejar de lado la indemnización como forma de reparación, sino de complementarla con “una nueva tipología de reparaciones dirigidas a incidir positivamente en la dignidad de las personas afectadas”⁴⁹⁸. Es nada más y nada menos que el reconocimiento de la importancia de la dignidad humana dentro del concepto de reparación y la importancia que ella tiene para la satisfacción de la víctima.

En el caso González y otras contra México en el que se juzgaba un episodio de violencia sexual y asesinato, se ordenó al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la construcción de un monumento en memoria de las víctimas; tal como se hizo en el caso de la Comunidad Moiwana antes comentado.

De igual manera, en el caso González Medina contra República Dominicana sobre desaparición forzada de un opositor político, la CorteIDH le ordenó al Estado la realización de un documental audiovisual sobre la vida de la víctima, con referencia a su obra periodística y literaria y su contribución a la cultura dominicana.

Una cuarta línea en la que se empieza a hablar del deber de investigación, persecución y sanción. En esta cuarta dimensión de la evolución de la jurisprudencia,

⁴⁹⁸ *Ibidem* pág. 246.

estamos ante el tránsito de entender que la investigación y sanción de los capítulos de violaciones a derechos humanos, era un asunto que atañía exclusivamente a la soberanía de los Estados; para concebirlo en una doble dimensión: como una obligación estatal y correlativamente, como un derecho de las víctimas a que las violaciones de derechos humanos fueran debidamente investigadas y los culpables condenados.

Como se apuntó anteriormente, en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras sobre desaparición forzada, sólo se ordenó como medida de reparación una indemnización en favor del cónyuge y de los hijos; mientras que en el caso Castillo Páez contra Perú, impuso al Estado el deber de investigar, identificar y sancionar a los responsables de las violaciones encontradas.

Y finalmente, una quinta línea en la que se comienza a manejar un nuevo concepto de víctima, donde no solo tendrá esta calidad la persona cuyos derechos han sido violentados directamente, sino que, en algunos casos, también se considerarán víctimas los familiares de la persona que ha visto conculcados sus derechos.

Ahora bien, más allá de estas líneas generales en que se puede describir lo que ha sido la evolución de la jurisprudencia de la CorteIDH en materia de reparación, lo cierto es que ni a nivel de doctrina, ni en los mismos pronunciamientos de la Corte, suele encontrarse lo que podríamos denominar una dogmática sobre las diversas formas de reparación ordenadas por el tribunal.

Lo anterior quiere decir que las sentencias de la Corte van señalando cuáles son las formas en que se debe reparar el daño al hilo de los hechos que juzga en cada uno de sus pronunciamientos, sin que la jurisprudencia se haya dedicado a hacer un análisis o clasificación sistemática de los mismos. De igual forma, en la doctrina son pocos los trabajos que se dedican a hacer un estudio sistematizado sobre las reparaciones en el DIDH y lo que suele hacerse, es enumerar las medidas que, en los casos concretos, ha ordenado el tribunal.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en lo dicho por la CorteIDH en el caso Garrido y Baigorria contra Argentina, en el que, para referirse a la relación entre el término reparación y las distintas modalidades que este adquiere, enunció algunas de las medidas de reparación que ha reconocido, sin que las mismas puedan categorizarse o sistematizarse de forma tal que se facilite su estudio. Sobre el particular sostuvo:

“41. En primer lugar, resulta útil precisar el vocabulario empleado. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la restitutio in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc.”⁴⁹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, haremos el estudio de las medidas de reparación ordenadas por la CortelDH encuadrándolas en la clasificación que de las mismas se hizo en los principios y directrices de reparación de las Naciones Unidas. Para ello seguiremos el trabajo realizado por el profesor Calderón Gamboa⁵⁰⁰.

2.3.1. Medidas de restitución

Como se ha manifestado en múltiples ocasiones, la restitución pretende devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación siempre que ello sea posible. Téngase en cuenta que en algunas ocasiones, dada la naturaleza del derecho vulnerado, esta restitución resulta inviable por lo que la CortelDH ha ordenado el pago de una indemnización⁵⁰¹. Así sucede en los casos de asesinatos o desapariciones forzadas.

Algunos de los ejemplos de medidas de restitución ordenadas por la CortelDH incluyen: la orden de libertad de la víctima por privación de aquella en contravención de lo dispuesto en la CADH⁵⁰², devolución de bienes incautados⁵⁰³, reincorporación al cargo y salarios dejados de percibir⁵⁰⁴, eliminación de antecedentes penales⁵⁰⁵, restitución de tierras a comunidades indígenas⁵⁰⁶, entre otros.

⁴⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Garrido y Baigorria contra Argentina. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 41.

⁵⁰⁰ CALDERÓN GAMBOA, Jorge. <La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano>, EN: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/11.pdf>, pág. 145 a 219, [consultado el 29 de abril de 2015].

⁵⁰¹ PÉREZ-LEÓN ACEVEDO..., <Las reparaciones..., pág. 38.

⁵⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

⁵⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrafo 237.

⁵⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

⁵⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 3 de diciembre de 2001.

⁵⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

2.3.2. Medidas de rehabilitación

Están relacionadas con la reparación de las afectaciones físicas, psíquicas o morales que requieran atención médica o psicológica. Han sido ordenadas por la CortelDH en numerosas sentencias, siendo las primeras, los casos de Barrios altos, Cantoral Benavides y Durand y Ugarte, todos contra Perú.

Así, la CortelDH ha sostenido que es obligación del Estado suministrar tratamiento médico y psicológico a las víctimas, incluyendo los medicamentos que sean necesarios para la rehabilitación. El tratamiento debe brindarse en centros hospitalarios estatales y, en caso de que no existan, en centros privados especializados que se encuentren cercanos al lugar de residencia de las víctimas siempre que ello sea posible⁵⁰⁷.

De igual forma, cuando las víctimas se encuentren fuera del país y por razones justificadas no deseen regresar, el Estado debe asumir los gastos de los tratamientos en el lugar de residencia de las víctimas, mediante el pago de una suma de dinero que cubra, además de tales tratamientos, los gastos conexos que de ellos se deriven.

2.3.3. Medidas de satisfacción

Este tipo de medidas tienen por finalidad, entre otras, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de derechos humanos, así como evitar la repetición de los hechos que dieron lugar a dichas violaciones. En este orden de ideas, algunas de las medidas de reparación ordenadas por la CortelDH serán al mismo tiempo medidas de satisfacción y garantía de no repetición.

En el caso Niños de la calle contra Guatemala, la Corte sostuvo que, a efectos de lograr la reparación integral, dicha reparación se podría dar

“mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”⁵⁰⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, la CortelDH ha ordenado una diversidad de medidas de satisfacción que son decretadas atendiendo las circunstancias del caso y la entidad de los derechos conculcados, así como la violación misma. A continuación nos referiremos a

⁵⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Familia Barrios contra Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011, párrafo 330.

⁵⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. Reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001, párrafo 84.

algunas de estas medidas, centrándonos en las que tienen relevancia para los efectos de este trabajo.

2.3.3.1. La sentencia constituye *per se* forma de reparación

En numerosos pronunciamientos, la CortelDH ha sostenido que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación pero que, teniendo en cuenta la entidad de las violaciones y las circunstancias del caso, esta reparación puede no resultar suficiente y la acompaña de otras medidas.

La importancia de la sentencia como forma de reparación, radica en el reconocimiento que sobre la ocurrencia de los hechos hace el tribunal. Es decir, un Tribunal independiente e imparcial, afirma “con autoridad legal” que la persona ha sufrido una violación de sus derechos humanos⁵⁰⁹. Esto tiene particular relevancia en aquellos casos en que los hechos se niegan de forma sistemática⁵¹⁰.

2.3.3.2. La publicación de la sentencia

La CortelDH suele disponer como medida de satisfacción la publicación de sus sentencias, dictando también instrucciones acerca de la forma de cumplimiento de esta medida. Así, en ocasiones ha ordenado la publicación en un diario de amplia circulación nacional en el país donde se cometió la violación⁵¹¹, o en el territorio del país donde vive la víctima con la correspondiente traducción al idioma oficial si es el caso⁵¹², o la transmisión radial de algunos párrafos de la sentencia en alguna emisora de fácil acceso a las víctimas⁵¹³ o, la publicación de la sentencia acompañada de difusión radial y televisada de aparte de la misma⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. <Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho Internacional>. *Revista Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Real Centro Universitario Escorial-María Cristina. 2014, Núm. 47, pág. 158.

⁵¹⁰ MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I*. San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008, pág. 278.

⁵¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 157.

⁵¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrafo 260.

⁵¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 227.

⁵¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Penal Miguel castro contra Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafo 247.

Al darle publicidad a la sentencia se está informando a la sociedad en general que la persona fue víctima de una violación de sus derechos humanos, con lo que se pretende restituir el buen nombre y la dignidad de la persona. Esta forma de reparación es especialmente relevante en aquellos casos en que la violación del derecho ha tenido repercusión pública.

2.3.3.3. Actos públicos de reconocimiento de responsabilidad y disculpas públicas

Como sucede con carácter general con las medidas de satisfacción, el acto de reconocimiento público de responsabilidad del Estado, así como el ofrecimiento de disculpas públicas, tiene por objeto recuperar y reconocer la dignidad de las víctimas como personas. El reconocimiento de la ocurrencia de los hechos, así como la atribución de responsabilidad, dignifica a las víctimas quienes han encontrado respuesta a sus demandas de justicia.

Así las cosas, el reconocimiento de responsabilidad y la publicación de la sentencia, cumplen una triple función: i) la satisfacción moral de las víctimas quienes recuperan la honorabilidad que pudo verse afectada por versiones erróneas o falaces de los hechos, ii) la formación y fortalecimiento de una cultura de la legalidad, especialmente de respeto de los derechos humanos y, iii) coadyuvar al esclarecimiento de la verdad en favor de los agraviados y de la sociedad en general⁵¹⁵.

2.3.3.4. Otras medidas de satisfacción

Existen, además de las anteriores, otras formas de reparación que han sido ordenadas por la CorteIDH y que, aunque tienen una gran relevancia ante graves violaciones de derechos humanos, para los propósitos de esta investigación basta con enunciarlas brevemente en este apartado.

Se han ordenado entonces medidas conmemorativas en honor de las víctimas o con el fin de recordar los hechos. Aquí se incluyen la elaboración de monumentos o placas que pretenden enaltecer la memoria de las víctimas o conmemorar los hechos sucedidos; dar el nombre de las víctimas a algún centro educativo, establecer alguna beca con el nombre de aquellas o la elaboración de documentales sobre la vida y trayectoria de las víctimas.

⁵¹⁵ Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Reparaciones y costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002.

También se han dispuesto como medidas de satisfacción: el diseño e implementación de programas sociales y construcción de vivienda, la reapertura de escuelas, la búsqueda de personas desaparecidas, garantizar las condiciones de seguridad para el retorno de personas desplazadas, etc.

2.3.4. Garantías de no repetición

Pretenden evitar la repetición de los hechos y de conformidad con la jurisprudencia de la CortelDH, adquieren especial relevancia en los casos en los que se encuentra un patrón recurrente de violaciones a los derechos humanos⁵¹⁶. El Estado debe prevenir estas violaciones y en consecuencia, debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que aquellas tengan lugar.

Dentro de este tipo de medidas se incluyen el establecimiento de programas de educación en derechos humanos para los miembros de la fuerza pública, construcción y mejora de centros de reclusión en los que se acreditaron violaciones a los derechos humanos o la adopción de medidas de derecho interno que eviten tales violaciones.

Dentro de las medidas de derecho interno, que pueden ser legislativas, administrativas o de otra índole, se encuentran la derogación de leyes incompatibles con la convención e incluso la obligación de reformar la Constitución cuando contenga disposiciones contrarias a la CADH. Así sucedió en el caso La última tentación de Cristo contra Chile en el que la CortelDH ordenó al Estado la modificación de la Constitución para suprimir la norma que consagraba la censura previa.

2.3.5. Obligación de investigar los hechos, identificar a los responsables y sancionar

Tiene particular importancia en los casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura y en general, graves violaciones de derechos humanos. En estos casos, es obligación de los Estados “la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva”⁵¹⁷, que permita “el esclarecimiento de los hechos, la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción”⁵¹⁸ de los responsables.

⁵¹⁶ CALDERÓN GAMBOA..., <La reparación integral..., pág. 186.

⁵¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006, párrafo 145.

⁵¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de las Dos Erres contra Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009, párrafo 231.

Esta obligación se mantiene para los Estados mientras no se obtenga pleno conocimiento de los hechos y se enjuicie y sancione a los responsables. Además, el adelantamiento de esta investigación es un deber jurídico de los Estados que deben cumplir más allá del comportamiento procesal de las partes interesadas⁵¹⁹, de forma seria y exhaustiva y no como una mera formalidad⁵²⁰.

2.3.6. Indemnización

Es la medida de reparación más frecuente en las sentencias de la CortelDH y que ha estado presente desde sus inicios. En esta indemnización se incluyen tanto los daños materiales como los inmateriales, tiene carácter compensatorio⁵²¹ y su cuantía se establece en función del daño ocasionado sin que en ningún caso implique “enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”⁵²².

De la jurisprudencia de la CortelDH se pueden extraer los siguientes criterios frente a la determinación del monto, prueba y criterios de compensación⁵²³:

- La Corte ha ordenado el pago de una justa compensación que pretende reparar las consecuencias del daño o pérdida sufrida con la violación de alguno de los derechos protegidos por la Convención.
- Para la estimación de la cuantía de la indemnización, la Corte realiza una apreciación prudente de los daños teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.
- La determinación de la cuantía de los daños inmateriales se realiza en equidad, por tanto, dependerá de la gravedad de los hechos, la intensidad del sufrimiento causado a la víctima o familiares y el grado de alteración de las condiciones de existencia que sean imputables al Estado.

⁵¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, párrafo 117.

⁵²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso El amparo contra Venezuela. Reparaciones y costas. Sentencia del 14 de septiembre de 1996, párrafo 61.

⁵²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Garrido y Baigorria contra Argentina. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 43 y 47.

⁵²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (campo algodonerero) contra México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 450.

⁵²³ Tomados de CALDERÓN GAMBOA..., <La reparación integral..., pág. 201-203.

- La indemnización ordenada por la CorteIDH se podrá ejecutar en el ámbito interno de cada país de conformidad con los procedimientos previstos en el respectivo ordenamiento.

2.4. Las formas de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Como ya se ha anotado⁵²⁴, el Consejo de Estado en épocas más o menos recientes, señaló no solo la necesidad, sino la obligación del juez de adecuar su jurisprudencia en materia de reparación por violaciones de derechos humanos o derechos fundamentales, a los estándares internacionales en la materia, especialmente los que derivan de la jurisprudencia de la CorteIDH.

Dicha obligación deriva del lugar que ocupan en el ordenamiento interno los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, así como la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales encargados de aplicar e interpretar con autoridad dichos tratados, jurisprudencia que “tiene una especial relevancia constitucional en cuanto constituye una *pauta hermenéutica* para interpretar el alcance de esos tratados, como la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende de los propios derechos constitucionales”⁵²⁵.

En este sentido, el Consejo de Estado ha adoptado medidas de justicia restaurativa como forma de reparación íntegra del daño ante eventos de **violación de derechos humanos o derechos fundamentales**. Ha considerado entonces que

“resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de “reparación integral”, como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales encontramos:

- a) La restitución o restitutio in integrum, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias*⁵²⁶.
- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial*⁵²⁷.

⁵²⁴ Capítulo V.1.3.

⁵²⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵²⁶ [25] Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

⁵²⁷ [26] Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

- c) *Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole*⁵²⁸.
- d) *Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc*⁵²⁹.
- e) *Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras*⁵³⁰⁵³¹.

La adopción de estas medidas, más que una facultad del juez, constituye una obligación a la luz de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos que ordenan al Estado tomar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos en ella reconocidos. En idéntico sentido, el artículo 2 de la Constitución colombiana dispone que es obligación de todas las autoridades de la República garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado en la sentencia ya mencionada, donde sostuvo que

*“...con el fin de proteger y restablecer los derechos humanos, las autoridades oficiales en Colombia y, concretamente, las pertenecientes a la Rama Judicial del poder público, cuentan con amplias facultades otorgadas por el propio ordenamiento jurídico, de manera principal, por la Constitución Política, **toda vez que es un imperativo categórico adoptar todas las medidas posibles dirigidas a la satisfacción de las garantías básicas del ser humano, en especial las de naturaleza fundamental (primera generación), como quiera que el propio texto constitucional reconoce que son de aplicación inmediata (art. 85 C.P.), sin que sea necesaria ningún tipo de regulación y reglamentación para que sean adoptadas las medidas para su protección y promoción**” (negrilla añadida).*

A partir del anterior pronunciamiento, el Consejo de Estado ha construido una sólida línea jurisprudencial acerca de la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en los casos de graves violaciones de derechos humanos; todo ello como consecuencia del nuevo entendimiento que le ha dado al principio de reparación integral, a tono con los estándares internacionales y en especial con la jurisprudencia interamericana.

⁵²⁸ [27] Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

⁵²⁹ [28] Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

⁵³⁰ [29] *Ibidem*

⁵³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente 16996, CP.: Enrique Gil Botero.

A continuación algunas de las sentencias en que el Consejo de Estado ha ordenado medidas de justicia restaurativa para reparar a las víctimas.

En la sentencia 17994 de 2009⁵³², en la que se decidió la responsabilidad del Estado por la desaparición de unos campesinos por parte miembros del Ejército y la Policía Nacional, el Consejo de Estado ordenó, como medidas de reparación no pecuniaria, i) oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que iniciara las investigaciones penales pertinentes con el fin de juzgar y sancionar a los responsables y, ii) la publicación de la sentencia por un término de seis meses en la estación de policía y el respectivo Batallón del Ejército Nacional.

Las anteriores medidas de reparación fueron también ordenadas por el Consejo de Estado en la sentencia 19355 de 2011⁵³³ en la que se declaró la responsabilidad del estatal por la muerte de tres ciudadanos a manos de unos encapuchados, uno de los cuales resultó ser agente de la Policía Nacional.

Debe anotarse que, en sus inicios, el Consejo de Estado estructuró la línea jurisprudencial sobre reparación integral y medidas de justicia restaurativa a partir de los casos de graves violaciones a derechos humanos. No obstante, de la misma jurisprudencia de esta corporación se extrae, que la doctrina sentada sobre esta materia se aplica también a casos de vulneraciones de derechos fundamentales u otros derechos humanos reconocidos en la CADH, aunque no se trate de violaciones graves a los mismos.

Así por ejemplo, en la sentencia 18364 de 2009, se declaró la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales en un caso de afectación del derecho fundamental a la salud de unas recién nacidas, como consecuencia de una negligencia médica al no detectar un embarazo múltiple en la demandante que terminó con la muerte de las criaturas al momento del nacimiento.

En dicha sentencia, aunque la muerte de las niñas tornaba imposible la restitución, el Consejo de Estado, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵³⁴, ordenó medidas de justicia restaurativa con el fin de proteger la dimensión objetiva de los derechos conculcados. En este sentido, señaló que

⁵³² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994, CP.: Enrique Gil Botero.

⁵³³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente 19355, CP.: Enrique Gil Botero.

⁵³⁴ Capítulo II.2.2.

“...cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido...la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado”⁵³⁵.

Con fundamento en lo anterior y como **garantía de no repetición**, ordenó la divulgación de la sentencia con fines pedagógicos entre todas las Empresas Promotoras de Salud⁵³⁶ que operaban en el país, para evitar que hechos como los que dieron origen a la sentencia se volvieran a repetir.

En la sentencia 26621 de 2013⁵³⁷, se estudió el caso de un funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) que, encontrándose en ejercicio de sus funciones en la cárcel del distrito de Arauca, quedó atrapado en medio de un intercambio de disparos entre miembros de la fuerza pública y unos reclusos que iniciaron un intento de fuga tras haber sustraído las armas de dotación de un agente de la Policía Nacional que se encontraba en el penal. Este episodio le generó al demandante estrés postraumático y como consecuencia de este, una disfunción eréctil que afectó su relación matrimonial.

Pues bien, para reparar el daño a la salud sufrido por el demandante y ante la gravedad de la lesión al derecho fundamental, el Consejo de Estado ordenó como **medidas de rehabilitación** la obligación de las entidades demandadas de brindar el tratamiento psicológico o psiquiátrico necesario para superar el estrés postraumático y el suministro de medicamentos para tratar la disfunción eréctil mientras durara la patología.

El caso resuelto en la sentencia 28832 de 2014⁵³⁸, reviste especial relevancia para los propósitos de este trabajo en tanto se ordenaron medidas tendientes a la reparación del

⁵³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 18364, CP.: Enrique Gil Botero.

⁵³⁶ Las Empresas Promotoras de Salud son entidades, que pueden ser de naturaleza pública o privada, encargadas de administrar el Sistema de Seguridad Social en Salud conforme la Ley 100 de 1993.

⁵³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 26621, CP.: Enrique Gil Botero.

⁵³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 28832, CP.: Danilo Rojas Betancourth.

daño ocasionado al demandante por la vulneración de su derecho fundamental a la **dignidad humana**⁵³⁹.

Se trató de una persona en estado de paraplejía que fue condenada por el delito de tráfico de estupefacientes y que vio afectado su derecho fundamental a la salud como consecuencia de las condiciones del sitio de reclusión que le impedían realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones dignas, por falta de acondicionamiento del espacio físico a su situación de discapacidad.

Lo anterior tuvo como consecuencia una desmejora sustancial de su estado de salud ya que el demandante se vio obligado a hacer sus necesidades sobre sí mismo, circunstancias que lo pusieron en una situación que anulaba por completo su dignidad como persona.

En concordancia, el Consejo de Estado ordenó medidas de justicia restaurativa para proteger tanto la dimensión subjetiva como objetiva del derecho fundamental a la dignidad humana del demandante que se vio vulnerado con la actuación negligente de la entidad demandada.

Así, frente a la dimensión subjetiva y como **medida de satisfacción** ordenó al director del INPEC presentar disculpas por escrito al demandante por los hechos atentatorios de su dignidad que dieron origen a la sentencia.

Frente a la dimensión objetiva y como **garantías de no repetición**, ordenó i) al INPEC la inclusión en los planes de la entidad, la necesidad de establecer servicios sanitarios adaptados para personas en condición de discapacidad y, ii) exhortar al Ministerio de Justicia y del Derecho para que incluyera en los planes de adecuación y construcción de nuevos centros carcelarios, la previsión de servicios sanitarios adaptados a los reclusos con discapacidad.

En la sentencia 29033 de 2014⁵⁴⁰ fue declarada la responsabilidad del Estado por la conducta de miembros activos del ejército quienes raptaron a una joven y luego la asaltaron

⁵³⁹ Aunque hubo principalmente una afectación del derecho fundamental a la salud del demandante y en ese sentido también fue reparado el daño ocasionado por la vulneración de este derecho, lo que nos interesa destacar son las consideraciones del Consejo de Estado frente al desconocimiento de la dignidad humana de la víctima y las medidas tomadas para restablecer al demandante en este derecho.

⁵⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2014, expediente 29033, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

sexualmente. Este caso fue declarado y fallado por el Consejo de Estado como un caso de violencia y discriminación de género en el marco del conflicto armado interno.

Para el tribunal, el hecho de que los agentes de policía se hubiesen negado inicialmente a recibir la denuncia de la víctima, demuestra un acto de discriminación de género. Iguales consideraciones tuvo frente a la actitud del fiscal que adelantó la investigación penal de los hechos, en tanto indagó sobre aspectos sociales de la vida de la víctima con anterioridad a la violación, entronizando así un prejuicio que pretende culpabilizar a la víctima por la agresión sexual.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado ordenó como **medidas de satisfacción y garantías de no repetición**, las siguientes:

- Al Ministerio de Defensa la implementación de un programa de capacitación de los miembros del Ejército Nacional que cumplen funciones en el departamento de Arauca, orientado a la difusión y socialización de: i) los derechos de la mujer, ii) un análisis de circunstancias de violencia y discriminación contra la mujer, iii) la situación de la mujer en el marco del conflicto armado interno y, iv) lineamientos de prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer, con enfoque diferencial.
- La publicación de la sentencia en la página web del Ministerio de Defensa por un lapso de tres meses en un link de fácil acceso y con reserva de la identidad de la víctima.
- El envío de la sentencia a la Policía Nacional con el fin de exhortar a la entidad a la adopción de las medidas necesarias para garantizar que los casos de violencia contra la mujer que llegan a su conocimiento sean tramitados e impulsados con la debida diligencia y acatamiento de los lineamientos y protocolos jurídicos nacionales e internacionales.
- El envío de la sentencia a la Fiscalía General de la Nación con el propósito de exhortarla a la adopción de los correctivos necesarios para evitar que sus funcionarios incurran en conductas discriminatorias o en prejuicios de género al adelantar investigaciones y, especialmente, al interrogar a víctimas y testigos en los casos de violencia contra la mujer.

- El envío de la sentencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de exhortarla a la promoción de políticas públicas encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer en todas las instancias del poder público.
- El envío de la sentencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial para su inclusión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

El caso resuelto en la sentencia 24078 de 2014 también resulta de particular relevancia ya que se trató del daño ocasionado como consecuencia de una lesión al **derecho al honor** del demandante. Los hechos relevantes se resumen en que un ciudadano fue señalado públicamente por el Director Seccional del organismo de inteligencia, ante la prensa televisada y escrita, de usar su empresa de aviación y las aeronaves al servicio de esta, como fachada en una red de narcotráfico. Tras las indagaciones penales pertinentes, se estableció que dichas sindicaciones eran falsas y que se trataba de un caso de homonimia.

En la sentencia, el Consejo de Estado reconoció que con la actuación del ente estatal, se generaban al demandante dos tipos de daño diferentes entre sí: el daño moral y el **daño por la afectación de sus derechos fundamentales**; generándose por tanto, la obligación de reparar ambos para cumplir con el postulado de reparación integral:

*“13.4. Así las cosas, **la Sala entiende que de la reparación por daño moral sufrido por el actor** –equivalente al valor total que, por dicho concepto, fue solicitado en la demanda–, **se deslindará, por ser ontológicamente diferente, la parte correspondiente al daño a derechos fundamentales como son la honra y el buen nombre**, de manera que se abarque y repara integralmente todos los daños inmateriales causados y acreditados en el proceso, esto es, tanto el daño moral propiamente dicho, como el daño a los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre”⁵⁴¹ (negritas añadidas).*

En consecuencia, además de la indemnización por daño moral, en la parte resolutive y como **medida de satisfacción** tendiente a restaurar los derechos fundamentales lesionados, ordenó la publicación de un comunicado de prensa dirigido a la opinión pública, previo acuerdo de su contenido con los demandantes, en el que se informaran los hechos probados de la sentencia.

⁵⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 24078, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

También dispuso que en el comunicado se haría especial mención a i) que el informe de inteligencia que sirvió de base a los señalamientos no era verdadero ya que se trató de un caso de homonimia, ii) que la empresa de aviación del demandante no era una fachada del narcotráfico y, iii) que la fiscalía dictó resolución inhibitoria en favor del demandante al considerar que la conducta punible por la que se le investigaba, no existió⁵⁴².

Finalmente, interesa destacar la sentencia 40060 de 2014 en la que el Consejo de Estado encontró que a la demandante le habían sido vulnerados su derechos a la honra y buen nombre, además de su “integridad espiritual y emocional como mujer”. Dicha violación tuvo lugar como consecuencia de haber sido falsamente sindicada del homicidio de su hijo recién nacido, hechos por los cuales estuvo privada de la libertad durante 71 meses cuando finalmente fue absuelta.

El menoscabo de sus derechos se vio agravado por las circunstancias que rodearon el caso: el embarazo había sido producto de una violación y se trataba de una persona humilde residente en una población pequeña de concepciones y costumbres profundamente conservadoras. Esta situación supuso que, aun siendo absuelta por la justicia, la demandante continuaba siendo señalada y estigmatizada en el pueblo donde residía.

Adicional a lo anterior, en el proceso quedó acreditado que la demandante también había sido víctima de un trato discriminatorio y ofensivo por parte de los funcionarios judiciales que conocieron del proceso penal. Así, tanto en la etapa de instrucción surtida ante la

⁵⁴² La parte resolutive de la sentencia, en lo pertinente, dispuso textualmente “**SEXTO: ORDÉNASE** a la Nación-Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S. (en liquidación) o a la entidad que haga sus veces o asuma sus obligaciones que dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y a su costa disponga los medios que sean necesarios para que, previo acuerdo con quienes aparecen como demandantes en el presente proceso, se publique un comunicado de prensa en los periódicos El Tiempo, El Heraldó y El Diario Vallenato, dirigido a la opinión pública en general, en el cual se informe sobre las circunstancias que resultaron probadas según lo dicho en la presente providencia, y en el que además se haga referencia a las informaciones que dichos periódicos divulgaron los días 13 y 14 y 15 de mayo de 1995, según fueron reseñadas en los párrafos 7.10, 7.10.1, 7.10.2 y 7.10.3 de los hechos probados de la presente sentencia. En el comunicado de prensa que se reprodujera en los medios de comunicación escrito se hará especial mención en lo siguiente: *i)* que el informe de inteligencia elaborado por el D.A.S. el día 11 de mayo de 1995 no era verdadero, ya que incurrió este organismo de inteligencia en un caso de homonimia y perjudicó al señor Enrique Mancera al haberlo involucrado como integrante del cartel del narcotráfico de Cali; *ii)* que tampoco era cierto que la sociedad AVIOCESAR era una fachada de las redes del narcotráfico; y *iii)* que la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de Barranquilla en providencia del día 21 de julio de 1997 profirió en favor del señor Enrique Mancera resolución inhibitoria por no haber existido la conducta punible”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 24078, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Fiscalía como en la de juzgamiento ante los jueces penales, el proceso estuvo cargado de “juicios apriorísticos sobre su responsabilidad [de la víctima], los cuales se fundamentaron en prejuicios y observaciones displicentes en su contra”⁵⁴³.

Pues bien, aunque el Consejo de Estado encontró acreditadas las violaciones a los derechos constitucionales de la demandante, consideró que, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el caso y que fueron anteriormente descritas, las medidas de justicia restaurativa para reparar el daño causado podrían tener un efecto contrario al deseado. Como fundamento de la decisión sostuvo que

“Si bien, en pronunciamientos recientes se señaló que las medidas no pecuniarias prevalecen sobre las pecuniarias, en este caso, la Sala considera que las primeras serían contraproducentes y en lugar de reparar el daño lograrían el efecto contrario, pues, como ya se dijo en párrafos anteriores, aunque lo ideal sería ordenar la rectificación o retractación de las difamaciones hechas en contra del demandante, debido al paso del tiempo, las mismas sólo lograrían revivir un acontecimiento que probablemente la sociedad ya olvidó, lo que iría en desmedro de los intereses de Alba Lucía Rodríguez Cardona”⁵⁴⁴.

En consecuencia, y siguiendo los lineamientos expuestos en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 sobre reparación del daño por vulneración de derechos o intereses convencional o constitucionalmente amparados, se ordenó una reparación monetaria para la demandante en cuantía de 100 SMLMV.

Lo anterior pone de presente, que a pesar de la importancia que revisten las medidas de reparación no pecuniaria en el reconocimiento y restablecimiento de la dignidad de quien ha visto lesionado sus derechos fundamentales, su disposición por parte de los jueces no debe ser automática sino que debe responder a las circunstancias del caso y, en especial, al interés del ofendido sobre la forma que considere más adecuada de reparar el daño sufrido.

2.5. Las medidas de reparación no pecuniaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Aunque la acción de tutela está instituida como mecanismo de protección inhibitoria de los derechos fundamentales y solo de manera excepcional se ordena además la reparación del

⁵⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2014, expediente 40060, CP.: Enrique Gil Botero.

⁵⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2014, expediente 40060, CP.: Enrique Gil Botero.

daño causado mediante indemnización, la Corte Constitucional ha procedido a adoptar medidas de justicia restaurativa en algunos casos de violación de derechos fundamentales.

En algunas ocasiones dichas medidas han tenido como propósito la protección de la faceta objetiva de tales derechos⁵⁴⁵; mientras que en otras se ha tratado de órdenes dirigidas a restituir a la persona demandante de amparo en el derecho lesionado, es decir, como parte de la protección de la dimensión subjetiva del derecho fundamental conculcado.

Sea cual fuere la faceta del derecho fundamental que se quiere proteger, lo cierto es que la Corte Constitucional ha acudido a las medidas de justicia restaurativa en la protección de las garantías fundamentales de los ciudadanos, aún sin referirse expresamente a los fundamentos de tales medidas en la parte considerativa de la sentencia.

Se trata en cualquier caso, y esto es lo que nos interesa resaltar, de supuestos que no encajan dentro de violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos; sino de casos de vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y no discriminación, el honor, el derecho a la salud, entre otros.

Así, en la sentencia T-691 de 2012 la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales de un estudiante que había sido objeto de comentarios de corte racista por parte de un profesor durante el desarrollo de una clase. En dicha sentencia, la Corte ordenó como medida de reparación la realización de “un acto simbólico de carácter público para celebrar los aportes de la comunidad afrocolombiana a la comunidad universitaria, y a la sociedad en general. En especial, se deberá celebrar el aporte a la construcción de una comunidad académica incluyente y respetuosa del orden constitucional vigente”⁵⁴⁶.

También en un caso de discriminación racial la Corte Constitucional, en la sentencia T-366 de 2013⁵⁴⁷, amparó los derechos fundamentales de una mujer de raza negra a quien le habían impedido la entrada a una entidad pública en razón de su color de piel. En esta sentencia la Corte ordenó a la entidad demandada el envío de una carta a la accionante ofreciéndole disculpas por los hechos sucedidos, además de la publicación de dicha carta por el término de un mes en un sitio de fácil acceso al público que visite sus oficinas.

⁵⁴⁵ Cfr. Capítulo II.2.2.

⁵⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-691 del 28 de agosto de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa.

⁵⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-366 del 27 de junio de 2013, MP.: Alberto Rojas Ríos.

En la sentencia T-080 de 2015⁵⁴⁸, en un caso de daños medioambientales, la Corte Constitucional ordenó a la empresa demandada la expedición de un comunicado en el que, entre otras cuestiones, debía pedir perdón público a la comunidad por los daños ocasionados al ecosistema y a sus pobladores. Dicho comunicado debía ser publicado en un diario de circulación local y leído en un acto público delante de la comunidad de pescadores de la zona.

Recientemente, en la sentencia T-478 de 2015⁵⁴⁹, la Corte decidió el caso de un joven de dieciséis años que fue objeto de discriminación y acoso en razón de su orientación sexual por parte de las autoridades del colegio donde estudiaba, lo que terminó con la muerte del estudiante. También protegió los derechos a la intimidad y al buen nombre del menor que habían sido desconocidos por el colegio con las declaraciones públicas que hicieron con posterioridad a su muerte y en relación con las causas de la misma.

En esta sentencia la Corte Constitucional dispuso una serie de medidas de carácter simbólico que buscaban “reparar de manera integral los derechos del menor” y con este fin ordenó al colegio i) la realización de un acto público de desagravio en el que se reconocieran las virtudes del menor así como el respeto que se le debía brindar a su proyecto de vida; ii) conceder el grado póstumo al joven como forma de reparar el daño a su buen nombre y el de su familia; iii) la instalación de una placa en memoria del joven cuya leyenda fue dispuesta por la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia y; iv) una declaración pública en la que reconociera que la orientación sexual del joven “debía ser plenamente respetada en el ámbito educativo”.

Como se puede observar, las medidas de reparación simbólica tampoco son ajenas a la protección de los derechos fundamentales que brinda la Corte Constitucional en sede de tutela. Incluso en asuntos de carácter laboral ha ordenado la Corte este tipo de medidas y a ello nos referiremos en el capítulo correspondiente.

⁵⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-080 del 20 de febrero de 2015, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-478 del 3 de agosto de 2015, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

3. La jurisprudencia de la CorteIDH y el ordenamiento interno: el control de convencionalidad

La intersección cada vez más creciente entre el derecho nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exige una articulación de los sistemas de fuentes de cada uno de los referidos ordenamientos mediante su retroalimentación o complementariedad⁵⁵⁰.

Uno de los instrumentos de esta articulación lo constituye la figura del control de convencionalidad que es un mecanismo de contraste normativo entre el derecho interno y la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁵¹ y demás instrumentos regionales que forman parte del SIDH.

Así las cosas, el control de convencionalidad lo que busca es asegurar la compatibilidad del derecho interno con las normas que hacen parte del SIDH y con la interpretación que de las mismas realiza la CorteIDH que es su intérprete autorizado. Se trata entonces de un instrumento que garantiza la efectividad de los derechos humanos⁵⁵², especialmente a nivel interno de los Estados.

La figura del control de convencionalidad transita por dos vertientes diferenciadas aunque complementarias: un ámbito de aplicación internacional a cargo de la CorteIDH y un ámbito de aplicación nacional a cargo de los órganos judiciales y autoridades públicas de cada Estado⁵⁵³. En el primer caso se trataría de un control concentrado de convencionalidad y, en el segundo, un control difuso de convencionalidad⁵⁵⁴.

Aun así, algunas voces críticas se alzan en contra del control de convencionalidad en la forma en que ha sido entendido por la CorteIDH o mejor, en contra de la denominación utilizada para referirse al fenómeno que se quiere expresar con ella.

⁵⁵⁰ BAZÁN, Víctor. <El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas> EN: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (edits.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos: Fundación Konrad Adenauer, 2012, pág. 19.

⁵⁵¹ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. <Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos>. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 2013, Núm.70, pág. 348.

⁵⁵² GIL RENDÓN, Raymundo. <El control de convencionalidad>. *Foro Jurídico*. Noviembre 2014, pág. 36.

⁵⁵³ BAZÁN..., <El control de convencionalidad..., pág. 23.

⁵⁵⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. <El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional>, EN: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, pág. 173, [consultado el 13 de junio de 2015].

Se ha dicho, entonces, que lo que se ha denominado control de convencionalidad no es más que una reiteración de las obligaciones primarias que deben cumplir los Estados cuando son parte de un tratado, es decir, lo que verdaderamente hay detrás del pretendido control de convencionalidad es una exigencia de aplicación de la Convención y su interpretación⁵⁵⁵.

Así las cosas, una mejor denominación propuesta sería la de garantía de tratado que consistiría en la obligación que tienen todas las autoridades del Estado “de asegurar *ex officio* el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, por medio de la aplicación de los tratados interamericanos que integran su sistema jurídico nacional y la interpretación acorde a tratados de todas las normas internas (...), observando la jurisprudencia de la CorteIDH...”⁵⁵⁶.

De conformidad con lo anterior, un verdadero control de convencionalidad es competencia exclusiva de los tribunales internacionales y consiste en determinar si un acto u omisión de un Estado es incompatible con la norma internacional⁵⁵⁷. En cualquier caso, sea cual fuere la denominación adecuada, lo cierto es que los jueces nacionales se encuentran obligados por la CADH en los términos en que lo ha establecido la CorteIDH y los tribunales colombianos.

3.1. El control concentrado de convencionalidad

Esta modalidad está a cargo de la CorteIDH y consiste en determinar si en casos concretos, un acto o normativa de derecho interno resultan compatibles con la Convención o con cualquiera de los instrumentos sobre los que la Corte ejerce su competencia material⁵⁵⁸.

El fundamento normativo del control de convencionalidad se encuentra en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, de donde derivan para los Estados las obligaciones *erga omnes* de asegurar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención que aceptaron libremente al ratificarla⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. <Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional>. *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia. 2014, Núm. 33, pág. 161.

⁵⁵⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. <¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados>. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2013, vol. XIII, pág. 92-93.

⁵⁵⁷ CASTILLA JUÁREZ..., <Control de convencionalidad..., pág. 167.

⁵⁵⁸ BAZÁN..., <El control de convencionalidad..., pág. 24-31.

⁵⁵⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. <Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011>. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2012, Año 10, núm.2, pág. 65.

Los mencionados artículos establecen:

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

También encuentra fundamento en algunos principios del derecho internacional público como el de *pacta sun servanda* que obliga a los Estados a cumplir sus compromisos internacionales, cumplimiento que debe llevarse a cabo de buena fe y sin que puedan invocar disposiciones de derecho interno como excusa para su incumplimiento⁵⁶⁰.

Desde que la CortelDH comienza a referirse expresamente al control de convencionalidad en la sentencia del caso Almonacid Arellano contra Chile⁵⁶¹, se puede establecer una evolución del concepto al interior de dichos pronunciamientos que pasa por cuatro etapas como lo ha sostenido algún autor⁵⁶².

Así, una **primera etapa** la constituye precisamente el caso Almonacid Arellano en donde la CortelDH se refiere por primera vez al control de convencionalidad. En ella se señala que el poder judicial se encuentra obligado a realizar “una especie de control de convencionalidad” y en dicho control incluye su jurisprudencia. Sostuvo en ese momento la CortelDH:

“La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque (sic) los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes

⁵⁶⁰ NASH ROJAS, Claudio. <Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”> EN: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (edits.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos: Fundación Konrad Adenauer, 2012, pág. 59.

⁵⁶¹ Algunos consideran que el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CortelDH no se origina en el caso Almonacid Arellano aunque si es a partir de esta sentencia que dicha figura “adquiere protagonismo” (TORRES ZÚÑIGA..., <Control de convencionalidad y protección multinivel..., pág. 349).

⁵⁶² NASH ROJAS..., <Comentarios al trabajo..., pág. 61.

*contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁵⁶³.

Una **segunda etapa** se inicia con la sentencia del caso de los trabajadores cesados del Congreso contra Perú en la que la CortelDH señala que el control de convencionalidad debe realizarse incluso de oficio por los órganos judiciales dentro del ámbito de sus competencias:

*“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*⁵⁶⁴.

En un **tercer estadio dentro de esta evolución**, la CortelDH establece el denominado control difuso de convencionalidad señalando, que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en cualquiera de sus niveles, se encuentran obligados a realizar dicho control frente a lo cual deben tener en cuenta, no solo la Convención, sino la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana:

*“Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁵⁶⁵.

Finalmente, una **cuarta etapa** puede señalarse a partir de la sentencia del caso Gelman contra Uruguay en el que la CortelDH señala que ya no solo el poder judicial se encuentra

⁵⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

⁵⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

⁵⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

obligado a realizar el control de convencionalidad, sino que dicha obligación recae en cualquier autoridad pública:

“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”⁵⁶⁶.

De acuerdo con lo anterior, el control de convencionalidad i) deben ejercerlo todas las autoridades públicas, incluidos los órganos del poder judicial en el marco de sus competencias; ii) se debe adelantar de oficio; iii) se realiza entre las normas internas de cada Estado y la Convención Americana; y iv) debe tener en cuenta también la interpretación que la CortelDH ha hecho sobre la Convención ya que es el intérprete último de dicho tratado.

3.2. El control difuso de convencionalidad

A nivel interno el control de convencionalidad obliga, principal aunque no exclusivamente, a los jueces a interpretar el derecho interno de forma tal que lo hagan compatible con las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su adhesión a la CADH y les den efectividad a los derechos consagrados en los instrumentos internacionales⁵⁶⁷.

Así las cosas, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento de patrones interpretativos de la CADH por parte de la CortelDH que deben ser obligatoriamente observados por los jueces nacionales para, de una parte, cumplir con los compromisos derivados de la ratificación de la Convención y, de otra, evitar una condena por responsabilidad internacional del Estado⁵⁶⁸.

El así denominado control de convencionalidad comporta una doble obligación para los jueces nacionales: por un lado, garantizar la compatibilidad del derecho interno con la Convención y hacer uso de este instrumento como derecho aplicable a la resolución de los casos; y por otro, interpretar el derecho interno de conformidad con la CADH, para lo cual

⁵⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011.

⁵⁶⁷ NASH ROJAS..., <Comentarios al trabajo..., pág. 60.

⁵⁶⁸ BAZÁN..., <El control de convencionalidad..., pág. 28.

debe tener en cuenta la interpretación que sobre ella haya hecho la CorteIDH en tanto intérprete autorizado de dicho instrumento.

Es aquí donde adquiere mayor relevancia la jurisprudencia de la CorteIDH, ya que gracias a la figura del control de convencionalidad los jueces deben tenerla en cuenta al momento de interpretar los derechos humanos y fundamentales, interpretación que incluye la reparación por vulneración de los mismos en tanto que forman parte de la garantía de efectividad de tales derechos.

Precisamente la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones⁵⁶⁹ que la jurisprudencia de la CorteIDH constituye pauta interpretativa relevante a tener en cuenta al momento de fijar el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Cuestión que a nuestro juicio incluye lo relativo a las formas de reparación del derecho lesionado al convertirse, como se dijo, en instrumento de garantía de los mismos.

“en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁵⁷⁰.

Así, la jurisprudencia de la CorteIDH contiene la interpretación auténtica de los derechos reconocidos en la Convención, instrumento que, a su vez, pertenece al bloque de constitucionalidad y que por tanto, integra el parámetro del control de constitucionalidad de las normas que hacen parte del ordenamiento colombiano⁵⁷¹.

En reciente pronunciamiento la Corte Constitucional se refirió a la jurisprudencia de la CorteIDH y su relevancia a efectos de determinar la viabilidad de pronunciarse nuevamente sobre la constitucionalidad de una norma que ya había sido objeto de control constitucional, todo con el fin de incluir en el parámetro de control dicha jurisprudencia por tratarse de la interpretación auténtica de un tratado que hace parte del bloque de constitucionalidad. Sobre esta posibilidad sostuvo la Corte en apartado que citamos *in extenso*:

⁵⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-370 de 2006, C-936 de 2010, SU-254 de 2013, C-180 de 2014, entre otras.

⁵⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-442 del 25 de mayo de 2011, MP.: Humberto Sierra Porto. En esta sentencia la Corte acudió a las normas de la CADH y a un precedente de la CorteIDH para definir la constitucionalidad de los artículos del Código Penal que tipifican los delitos de injuria y calumnia.

“La significativa importancia que la Corte Constitucional le ha asignado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a efectos de interpretar las normas de derechos humanos que se integran al bloque de constitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 93 así como las consideraciones de dicha Corte acerca de la obligación de las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial del mismo, plantea a la Corte el deber de articular la institución de la cosa juzgada constitucional con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos se integran al bloque de constitucionalidad.

8.3.2.5. La armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo cuando las normas del tratado se integran al parámetro de control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta posible desde la perspectiva de la inserción del estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del control abstracto, lo había sido previamente.

8.2.3.6. Debido a que a la institución de la cosa juzgada se anudan importantes propósitos, la Corte Considera que solo bajo condiciones muy estrictas, los pronunciamientos de un Tribunal Internacional fijando la interpretación de una norma integrada al bloque de constitucionalidad, puede habilitar a la Corte para pronunciarse nuevamente. Ello solo ocurrirá cuando la interpretación supere un juicio especialmente exigente compuesto por las etapas enunciadas previamente”⁵⁷² (negrilla añadida).

Lo hecho por la Corte en la sentencia transcrita es un auténtico control de convencionalidad en la medida en que analizó la existencia de la cosa juzgada constitucional, a partir de los parámetros interpretativos de la CortelDH que permitieran un nuevo examen de las normas demandadas a la luz del entendimiento dado por el tribunal interamericano a las disposiciones de la CADH relevantes para ejercer el control de constitucionalidad.

También el Consejo de Estado ha recurrido al control de convencionalidad a efectos de determinar el derecho aplicable al caso concreto así como su interpretación; en este sentido ha sostenido que, en los casos de violaciones a los derechos humanos, “resulta imperativo incluir...un concepto de derecho internacional de obligatoria aplicabilidad, como es el principio de control de convencionalidad, propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)”⁵⁷³.

Así, siguiendo la jurisprudencia de la CortelDH, el Consejo de Estado ha entendido que el control de convencionalidad no se agota con “la inspección objetiva” de una determinada

⁵⁷² Corte Constitucional, sentencia C-500 del 16 de julio de 2014, MP.: Mauricio González Cuervo.

⁵⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 29764, CP.: Enrique Gil Botero.

norma en casos de conflicto entre el derecho interno y el internacional, sino que “se extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos”⁵⁷⁴ en dicha Convención.

En concordancia con lo anterior, el juez nacional está obligado a aplicar su propio ordenamiento jurídico y a realizar, sobre las normas que lo integran, “una ‘interpretación convencional’, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no ‘compatibles’, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos (...)”⁵⁷⁵.

En palabras del Consejo de Estado, el control de convencionalidad obliga al juez de la reparación a “interpretar los derechos fundamentales a la luz de las obligaciones previstas en las convenciones internacionales sobre derechos humanos aprobadas y ratificadas por Colombia, cuya finalidad es la de sancionar a quienes incurran en la violación de estos derechos y prevenir la vulneración de los mismos”⁵⁷⁶.

En definitiva, los jueces nacionales se encuentran obligados a realizar, dentro del marco de sus competencias, un control de convencionalidad que garantice la armonía del derecho interno, no solo con el texto de la CADH, sino con todos los instrumentos que conforman el *corpus iuris* interamericano⁵⁷⁷ y con la jurisprudencia de la CorteIDH.

Así las cosas, los jueces deberán hacer una interpretación convencional de la ley que aplican al caso concreto, esto es, una interpretación conforme a la CADH y en dicha medida resulta altamente relevante la jurisprudencia de la CorteIDH a efectos de establecer el alcance de las normas regionales interpretadas⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 44333, CP.: Enrique Gil Botero.

⁵⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 26251, CP.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2014, expediente 40411, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁵⁷⁷ FERRER MAC-GREGOR..., <El control difuso..., pág. 186.

⁵⁷⁸ HITTERS, Juan Carlos. <Un avance en el control de convencionalidad. El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana>. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2013, Año 11, núm.2, pág. 710.

TERCERA PARTE. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL

En los capítulos anteriores analizamos la incidencia que ha tenido el constitucionalismo moderno en el desarrollo del Derecho del Trabajo y particularmente en la recepción de los derechos fundamentales del trabajador, como individuo en el ámbito de la empresa. Definimos cuáles eran esos derechos y cómo irradiaban su eficacia en las relaciones entre particulares, en lo que la doctrina alemana, de donde toma su origen, ha denominado *drittwirkung*. Estudiamos también en el ámbito de los derechos humanos las disposiciones que eran correlato de las garantías fundamentales a nivel internacional, previstas en los principales tratados sobre la materia.

Definido lo anterior se hizo referencia al concepto de daño, su clasificación, las categorías admitidas por cada uno de los ordenamientos y especialmente, las que se derivan de la lesión de derechos fundamentales en general. Indagamos sobre el concepto de reparación integral prestando especial atención al contenido de dicho principio en el ámbito de las violaciones de derechos humanos. En el mismo sentido, se estudiaron las formas de reparación admitidas en los ámbitos internacional y regional americano, así como en la jurisprudencia contencioso-administrativa en Colombia, estando de por medio la vulneración de estos derechos.

Partiendo del anterior panorama, en esta tercera parte pretendemos dar encaje al marco teórico descrito cuando quiera que sean vulnerados los derechos fundamentales del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo. Para ello, haremos referencia a las consecuencias que prevé el ordenamiento o que de él se desprenden por tales violaciones, la determinación de los daños ocasionados, su cuantificación y reparación; y, finalmente, nos referiremos a las vías procesales adecuadas para obtener el resarcimiento de los perjuicios irrogados al trabajador.

CAPÍTULO SEXTO: LA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Uno de los mayores logros del constitucionalismo moderno es el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y principalmente, su irrupción en las relaciones de trabajo. Sin embargo, no basta con que se reconozca a los trabajadores la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, sino que resulta necesario, para asegurar la efectividad de dicho ejercicio, que el ordenamiento

prevea una serie de mecanismos de protección de tales derechos cuando quiera que los mismos hayan sido vulnerados por el empleador.

En efecto, no basta con sostener que el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, honor, libertad de expresión, igualdad y no discriminación, etc., sino que se le debe otorgar una serie de instrumentos que permitan garantizar la efectividad de tales derechos, de manera que el trabajador encuentre una respuesta adecuada en el ordenamiento jurídico frente a las vulneraciones a sus derechos de que pueda ser objeto.

Ello es así porque el valor normativo de la Constitución –que ostenta tanto la Constitución española como la colombiana– impone la necesidad de que la protección de los derechos de los ciudadanos sea real y efectiva y en consecuencia, la obligación a todos los poderes públicos de dirigir su actuación al logro de la mencionada efectividad. O para usar las palabras del Tribunal Constitucional, porque “la Constitución protege los derechos fundamentales considerados, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos”⁵⁷⁹.

En consecuencia, la plena efectividad de los derechos fundamentales en la relación laboral pasa por el reconocimiento de mecanismos de tutela judicial idóneos, que funcionen adecuadamente y que proporcionen respuesta a las demandas de protección de los trabajadores en todos los sentidos. Si tales mecanismos resultan insuficientes o con funcionamiento imperfecto, su reconocimiento no pasaría de ser una “entelequia”⁵⁸⁰.

Para garantizar esta efectividad, se instituyen los procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales, e incluso, el mismo procedimiento ordinario ante los jueces laborales que debe servir a este propósito y por tanto, convertirse en instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales del trabajador.

Sobre dos cuestiones queremos detenernos en el presente capítulo y que consideramos que hacen parte de ese haz de garantías que rodean el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador. Se trata, por una parte, del asunto relacionado con la prueba de la vulneración del derecho fundamental y, por la otra, de las consecuencias jurídicas del acto transgresor de dichos derechos, haciendo énfasis en el despido violatorio de derechos fundamentales.

⁵⁷⁹ STC 176/1988 de 4 de octubre [RTC 1988, 176].

⁵⁸⁰ MELIS VALENCIA, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago: Abeledo Perrot, 2009, pág. 71.

La atención en estos dos puntos obedece a i) la dificultad probatoria que entraña la violación de un derecho fundamental y la necesidad de aligerar la carga de la prueba al trabajador con el fin de que dicha prueba no se convierta en obstáculo para obtener la protección deprecada y, ii) la necesidad de establecer con claridad las consecuencias del acto que vulnera los derechos del trabajador y los remedios que en este sentido prevé el ordenamiento; soluciones que no pueden ser iguales que en la generalidad de los casos, ya que de ser así, carecería de sentido la protección reforzada de que gozan los derechos fundamentales en el ordenamiento.

El análisis de estas dos cuestiones adquiere una mayor relevancia en el ordenamiento colombiano debido a la ausencia de una regulación legal específica sobre estos asuntos. En efecto, la protección frente a la violación de un derecho fundamental, con independencia del ámbito material en que se produzca, debe recabarse mediante el procedimiento de la acción de tutela que se aplica con carácter general a cualquier violación de un derecho de esta naturaleza.

No existen, por tanto, reglas especiales para aquellos casos en que las infracciones tengan lugar en una relación laboral y mucho menos se hace mención a un eventual aligeramiento de la carga probatoria. En este sentido, su aplicación al contrato de trabajo tendrá que derivarse directamente de las normas constitucionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, salvo las novedades introducidas en materia de carga de la prueba por el Código General del Proceso (en adelante, CGP) y cuya incidencia en el proceso laboral analizaremos más adelante.

Otro tanto puede decirse de la cuestión relativa a los efectos del despido con vulneración de derechos fundamentales. No existe en el Código Sustantivo del Trabajo disposición alguna que se refiera a este tipo de despidos –cuestión apenas lógica si se tiene en cuenta que su expedición fue medio siglo antes de la expedición de la actual Constitución–; por el contrario, se regulan las justas causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato y la indemnización que debe pagar en caso de que dicha causa no exista, es decir, se consagra la libertad del empleador de terminar el contrato de trabajo en cualquier momento mediante el pago de una indemnización.

Ha sido la jurisprudencia constitucional la que se ha encargado de señalar los efectos y las consecuencias de un despido violatorio de derechos fundamentales. Sin embargo, la gran mayoría de estos pronunciamientos han tenido lugar en tres hipótesis: i) el despido

antisindical, ii) el despido de la mujer embarazada y, iii) el despido de los trabajadores en situación de discapacidad.

Es decir, la Corte Constitucional no ha construido una doctrina general sobre el despido que atenta contra los derechos fundamentales del trabajador, de manera que las reglas jurídicas que gobiernan tales supuestos, deberán extraerse de los casos anteriormente señalados y a partir de ahí, determinar si son extrapolables, con carácter general, a cualquier evento en que el despido haya tenido lugar mediante la afectación de las garantías fundamentales del trabajador.

Similar situación se presentó en el ordenamiento español durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978, donde fue el Tribunal Constitucional quien estableció unas reglas frente a la protección judicial de los derechos fundamentales del trabajador que más adelante serían recogidas por las reformas legales a las normas sustantivas y procedimentales del Trabajo. Precisamente la cuestión de la prueba de la lesión y el concepto de nulidad radical de la conducta con las consecuencias que de allí se derivan, son muestra de ello.

En estas circunstancias, adquiere una mayor relevancia la labor del juez tendiente a lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales del trabajador. La aplicación judicial de la Constitución y la interpretación del derecho positivo conforme a las disposiciones constitucionales, son las herramientas con que cuentan los jueces -derivadas del propio ordenamiento constitucional-, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores allá donde el legislador guarda silencio.

1. La prueba de la lesión de los derechos fundamentales

Uno de los aspectos más problemáticos frente a la protección de los derechos fundamentales del trabajador es el relacionado con la prueba de la lesión. El problema radica en la dificultad que representa para el trabajador, en la gran mayoría de casos, probar la existencia de una vulneración de sus derechos fundamentales.

Por regla general, la ejecución de un acto prohibido por el derecho -en este caso la lesión de un derecho fundamental- se hace de forma subrepticia, oculta, sin dejar rastros de la ocurrencia del mismo. En estos supuestos suele invocarse una causa o motivación inexistente como justificación de la conducta empresarial, lo que torna prácticamente imposible para el trabajador la prueba del verdadero móvil que sería el desconocimiento de su derecho fundamental.

El supuesto típico de afectación de los derechos fundamentales del trabajador lo constituye el despido: el empresario puede alegar la existencia de alguna de las causales previstas en la ley para terminar el contrato o, simplemente su propia voluntad como sucede en el caso colombiano y esconder detrás una discriminación, una conducta antisindical o el desconocimiento de cualquier otro derecho fundamental del trabajador.

Pretender que sea el trabajador quien demuestre la existencia de esa motivación oculta aplicando las reglas tradicionales sobre carga de la prueba, tornaría ilusoria la garantía de los derechos los derechos fundamentales. Estaríamos en presencia de una protección más formal que real a la que el trabajador difícilmente tendría acceso ante los obstáculos para probar la vulneración de los derechos de que ha sido víctima.

Se ha dicho por parte de la doctrina que la necesidad de alivio de la carga probatoria para el trabajador, obedece a dos razones principalmente:

En primer lugar por el carácter encubierto que suelen tener las conductas vulneradoras de derechos fundamentales y que normalmente se esconden en actuaciones aparentemente lícitas o a las que se pretende dar visos de legalidad –v.gr. una justa causa de despido o el uso de una facultad discrecional del empresario-, cuestión que dificulta en grado sumo la acreditación del verdadero móvil de la conducta empresarial⁵⁸¹.

En segundo término, por el “mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador”⁵⁸².

Además de lo anterior, es indudable que la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el lugar preeminente que estos ocupan en un Estado Social y Democrático de Derecho, obligan a adoptar las medidas necesarias para lograr que el ejercicio de tales derechos sea real y efectivo, cuestión que no se logra si se mantienen con rigidez para el

⁵⁸¹ UGARTE CATALDO, José Luis. <Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba>. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2009, Núm.33, pág. 217.

⁵⁸² BAYLOS GRAU, Antonio. <Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos> EN: AGUSTÍ JULIÀ, Jordi (dir.). *La prueba en el proceso laboral*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, pág. 28.

trabajador las reglas relativas a la carga de la prueba en asuntos en los que se ven seriamente comprometidos sus derechos fundamentales⁵⁸³.

Así las cosas, el trabajador cuyos derechos son lesionados debe aportar indicios suficientes acerca de la existencia de la vulneración del derecho fundamental, en cuyo caso le corresponderá al empresario demostrar la justificación objetiva de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

1.1. La doctrina del Tribunal Constitucional

Los antecedentes de esta alteración del *onus probandi* se encuentran en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente en la STC 38 de 1981 que marca el inicio de la evolución de la doctrina constitucional sobre la materia, evolución que se desarrolla a la par de las modificaciones operadas en las leyes procesales frente a la tutela de los derechos fundamentales.

En la sentencia mencionada el Tribunal Constitucional decidió la solicitud de amparo por violación de la libertad sindical interpuesta por unos trabajadores que fueron despedidos en razón de su postulación como candidatos en las elecciones de los representantes de los trabajadores.

Debe tenerse en cuenta que la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, vigente en aquella época, no contenía ningún tipo de disposición sobre la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. En efecto, no existía el proceso especial de tutela de estos derechos –que sería introducido con la LPL de 1990– y mucho menos existían reglas tendientes a facilitar al trabajador la prueba de la vulneración.

Por tanto, una aplicación literal de la normatividad vigente en el momento hubiera llevado a concluir que era al trabajador a quien correspondía probar la existencia de la vulneración alegada y que, en ausencia de dicha prueba, era el propio trabajador quien debía asumir las consecuencias de la deficiente actividad probatoria.

No obstante, en la sentencia comentada sostuvo el Tribunal Constitucional, que ante la dificultad probatoria de la motivación antisindical, **“es el empresario el que debe probar**

⁵⁸³ Precisamente el Tribunal Constitucional ha sostenido que “...la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo” (STC 90/1997 de 6 de mayo [RTC 1997, 90]).

que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical⁵⁸⁴.

En este sentido, bien puede el empresario demostrar que los hechos que dan origen a la extinción del contrato constituyen causa legítima de la ruptura contractual, o, que aún sin tratarse de causa que legitime la terminación, los hechos se presenten razonablemente como ajenos a cualquier propósito vulnerador de un derecho fundamental⁵⁸⁵.

Lo anterior quiere decir que el empresario, para destruir los indicios de discriminación o de lesión de un derecho fundamental, no debe necesariamente probar que la causa del despido existió o que los hechos encajan en las causas de despido improcedente. Para efectos de liberarse bastará con probar, se insiste, que la causa alegada se aleja de cualquier intento de discriminación, pudiendo por tanto considerarse el despido improcedente o nulo.

Ahora bien, estas reglas sobre carga de la prueba se aplican tanto en los supuestos en que el empleador se encuentra obligado a manifestar una causa como condición del ejercicio de los poderes empresariales -v.gr. el despido-, como en aquellos en que el empresario cuenta con un margen de discrecionalidad mayor para el ejercicio de tales poderes -v.gr. la extinción del contrato en periodo de prueba⁵⁸⁶-.

Lo anterior para evitar, como ya se dijo, que la apariencia de licitud que otorga el ejercicio de los poderes de dirección y control del empresario o la terminación causal del contrato, se conviertan a fin de cuentas en fuente de lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Es por ello que el TC ha sostenido que

“la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades empresariales reconocidos por las mismas normas laborales pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ STC 38/1981 de 23 de noviembre [RTC 1981, 38].

⁵⁸⁵ *Ibíd.*

⁵⁸⁶ STC 173/2013 de 10 de octubre [RTC 2013, 173].

⁵⁸⁷ STC 326/2005 de 12 de diciembre [RTC 2005, 326].

Gran parte de la doctrina⁵⁸⁸ coincide en que las especiales reglas probatorias en materia de derechos fundamentales no constituyen precisamente una inversión de la carga de la prueba en favor del trabajador demandante y en contra del empresario, por mucho que el propio Tribunal Constitucional utilice esta expresión en numerosas sentencias.

En efecto, no puede tratarse de una inversión de la carga de la prueba, porque en todo caso, el trabajador que alegue un móvil discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, debe acreditar indicios que permitan al juez deducir la existencia de la vulneración alegada.

En otras palabras, el trabajador no está exento de toda actividad probatoria, por el contrario, su carga procesal, si quiere salir adelante en su pretensión, consistirá en aportar los indicios que permitan formar el convencimiento del juez acerca de la probabilidad de existencia del motivo discriminatorio.

Es precisamente la necesidad de aportar tales indicios la que permite sostener que no estamos ante una inversión del *onus probandi* en favor del trabajador, sino que se trata más bien, de un mecanismo tendiente a “aliviar y facilitar la prueba de la discriminación”⁵⁸⁹ o de la lesión del derecho fundamental alegada. Se trata, entonces, de una facilitación de la carga de la prueba en favor del trabajador⁵⁹⁰.

Se produce entonces un debilitamiento de la carga de la prueba que corresponde al trabajador y, correlativamente, una “sobrecarga” de la posición probatoria del demandado, ya que debe asumir parte de la actividad probatoria que de ordinario le correspondería en su integridad al demandante⁵⁹¹.

Así las cosas, al trabajador que demande la protección judicial de sus derechos fundamentales no le basta con alegar la pretendida violación de tales derechos, sino que debe aportar “indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de dicha tesis”⁵⁹².

⁵⁸⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 11-17; UGARTE CATALDO..., <Tutela laboral..., pág. 219; BAYLOS GRAU..., <Medios de prueba..., pág. 32.

⁵⁸⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. *La prueba en el proceso del trabajo*. Madrid: Civitas, 1994, pág. 205-209.

⁵⁹⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.). *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, pág. 240.

⁵⁹¹ MONEREO PÉREZ..., *La carga...*, pág. 14.

⁵⁹² VILLA GIL, Luis Enrique de la (dir.). *Ley de procedimiento laboral: comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas: La Ley, 2006, pág. 739.

Una vez acreditados los indicios que permitan al juez deducir razonablemente la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, corresponderá al empresario aportar la prueba de la objetividad y razonabilidad de la medida, así como su proporcionalidad en relación con los hechos que dan origen a la misma.

En este sentido, es doctrina asentada del Tribunal Constitucional que la especial regla de la carga de la prueba se articula en torno a dos elementos⁵⁹³: en primer lugar, “la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental” y, una vez cumplido este requisito, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales”.

Esta doctrina fue recogida en los artículos 96 y 178.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990 y actualmente en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS, que establecen:

“Artículo 96 Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo: 1. *En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.*

Artículo 181 Conciliación y juicio: ...2. *En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.*

1.1.1. Los indicios de la lesión

Aunque en la LRJS se hable de “indicios” para referirse a la carga procesal que debe observar el trabajador que vea vulnerado sus derechos fundamentales, buena parte de la doctrina pone de presente que dicha exigencia probatoria no se refiere a verdaderos indicios en el sentido técnico-jurídico del término⁵⁹⁴.

En efecto, el indicio constituye uno de los elementos de la presunción y esta se construye a partir de un hecho base -que debe aparecer plenamente acreditado en el proceso a través

⁵⁹³ STC 29/2002 de 11 de febrero [RTC 2002, 29].

⁵⁹⁴ BAYLOS GRAU, Antonio; CRÚZ VILLALÓN, Jesús; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid: Trotta, 1995, pág. 171.

de cualquier medio probatorio-, al que una vez aplicadas las máximas de la experiencia, nos muestra el hecho presunto⁵⁹⁵.

Es decir, para que la prueba de presunciones –como método de prueba⁵⁹⁶– tenga lugar, deberá estar probado en el proceso el hecho indicador o hecho base a través del cual se hace la inferencia lógica que conduce al hecho presunto que es el que se pretende probar.

Pues bien, en relación con la prueba de la lesión de los derechos fundamentales, lo que quiso el legislador –cuestión que también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– fue facilitar o aliviar la carga probatoria del trabajador ante la dificultad que representa acreditar un móvil discriminatorio y las consecuencias adversas que ello tendría en la pretensión de tutela del trabajador invocada ante los tribunales.

Bajo este entendido, desde la doctrina⁵⁹⁷ se ha dicho que los artículos 96.1 y 181.2 LRJS – antes 96 y 178.2 LPL– no están consagrando la prueba de presunciones en los eventos de violación de los derechos fundamentales del trabajador, ya que para beneficiarse de ella será necesario acreditar el hecho base a partir del cual se obtiene el hecho presunto.

Sostener que las disposiciones de la LRJS se refieren a una prueba de presunciones pondría al trabajador en dificultades parecidas a las que se derivan de la exigencia de la plena prueba de la lesión o discriminación alegada; precisamente por las eventuales dificultades en la demostración del hecho base⁵⁹⁸.

Tampoco parece que la norma se esté refiriendo exclusivamente al principio de prueba como forma de cumplir la carga probatoria que incumbe al trabajador. Bajo esta óptica, una interpretación más flexible de la norma y más acorde con su propósito, deja cierto margen

⁵⁹⁵ MONTERO AROCA, Juan et. al. *Derecho Jurisdiccional II*. 22ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 301-302.

⁵⁹⁶ La doctrina española es pacífica en considerar que las presunciones no son un medio de prueba en tanto “no consisten en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba” (MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 7ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2012, pág. 177), por tanto, las presunciones constituyen un “método de prueba” (LOMBARDERO MARTÍN, José María. *Prueba civil: teoría general*. Lisboa: Juruá, 2015, pág. 96). En el ordenamiento colombiano por su parte, la prueba indiciaria –que no la presunción– aparece dentro del listado de medios de prueba que establece el artículo 165 del Código General del Proceso y regulado en los artículos 240 a 242 del mismo Código. En este sentido la doctrina distingue entre la prueba indiciaria –que es un medio de prueba– y la presunción –que no lo es–, que aunque relacionados, son conceptos diferentes. Sobre este tema cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial, T. II*. Buenos Aires: Zavalia, 1988, pág. 603-614; PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 18ª ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2011, pág. 660 a 720.

⁵⁹⁷ MONEREO PÉREZ..., *La carga...*, pág. 27-32.

⁵⁹⁸ BAYLOS GRAU, Antonio; CRÚZ VILLALÓN..., pág. 171.

de apreciación al juez a efectos de determinar si la actividad probatoria del trabajador se encuentra satisfecha.

No se trata entonces de excluir *a priori* la procedencia de la prueba de presunciones o del principio de prueba, sino de sostener que estas son tan solo unas de las opciones con que cuenta el trabajador para cumplir la exigencia que le imponen los artículos 96.1 y 181.2 LRJS, que en cualquier caso, se ve satisfecha cuando se logra formar el convencimiento del juez en el sentido de considerar probable la ocurrencia de la violación alegada.

Por tanto, la particular regla probatoria consagrada en la LRJS es un modelo abierto de distribución de carga de la prueba que pretende facilitar dicha prueba a quien se halla en condiciones más desfavorables para aportarla⁵⁹⁹.

Los mecanismos con que cuenta el trabajador para cumplir con la exigencia que le es dada son diversos, entre ellos, la construcción de la prueba de presunción o la aportación de un principio de prueba que permita al juez suponer razonablemente la existencia del evento lesivo denunciado. No hay que perder de vista que este es el fin último de la técnica de indicios prevista en la LRJS.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional, al desentrañar el sentido de la prueba indiciaria que se exige al trabajador en los eventos lesivos de derechos fundamentales, ha dicho que la carga procesal del trabajador se cumple, entre otras formas, cuando aporta un principio de prueba que permita al juez deducir razonablemente la existencia de la vulneración alegada.

Lo anterior quiere decir que el trabajador no está obligado a aportar plena prueba de los hechos que fundamentan su pretensión, entenderlo de esta manera implicaría que ninguna variación se estaría haciendo a las reglas generales sobre carga de la prueba. Por tanto, el trabajador deberá aportar “un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba, que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia”⁶⁰⁰.

El principio de prueba no pretende generar la convicción inequívoca en el juez acerca de la existencia de la violación alegada -caso en el cual estaríamos ante la plena prueba del hecho invocado-, sino que busca “engendrar en el juez el convencimiento sobre la

⁵⁹⁹ MONEREO PÉREZ..., *La carga...*, pág. 31.

⁶⁰⁰ STC 44/1999 de 22 de marzo [RTC 1999, 44].

probabilidad de un hecho⁶⁰¹ o, lo que es lo mismo, lo “induce a una creencia racional de su certeza”⁶⁰².

Acerca de la aptitud probatoria de los indicios para abrir paso a la carga procesal del empresario, el Tribunal Constitucional ha dicho que son igualmente aptos aquellos que son claramente indicativos de la probabilidad de lesión de un derecho fundamental, como aquellos en que dicha conexión no resulta tan manifiesta pero que, en todo caso, permiten inferir al juez de forma verosímil la existencia de la vulneración alegada:

“Para apreciar la concurrencia del indicio, como ha señalado nuestra jurisprudencia, tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar, por tanto, más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado”⁶⁰³.

Así, se puede tener como indicio suficiente a efectos de cumplir con la carga probatoria que incumbe al trabajador demandante el factor temporal⁶⁰⁴, entendido este como el lapso de tiempo que media entre la actuación del trabajador que genera las represalias -v.gr. la afiliación al sindicato, su participación en elecciones sindicales, el inicio de quejas o procedimientos en contra del empleador- y la extinción del contrato.

Resulta igualmente apta para los fines propuestos, la existencia de un panorama de conflictividad previa con el trabajador⁶⁰⁵, por ejemplo, por el ejercicio de acciones en contra del empresario o por razón de la actividad sindical.

1.1.2. La prueba de las razones objetivas y proporcionales

Una vez el trabajador ha cumplido con la carga procesal que le corresponde -la aportación de indicios que den cuenta de la eventual vulneración de sus derechos fundamentales-, entra en escena el segundo componente de la regla probatoria en comento, esto es, la obligación del empresario de aportar “una justificación objetiva y razonable, suficientemente

⁶⁰¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN..., *La prueba...*, pág. 210.

⁶⁰² MONEREO PÉREZ..., *La carga...*, pág. 33.

⁶⁰³ STC 216/2005 de 12 de septiembre [RTC 2005,216].

⁶⁰⁴ STC 114/2002 de 20 de mayo [RTC 2002,114].

⁶⁰⁵ STC 29/2002 de 11 de febrero [RTC 2002, 29].

probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, como lo disponen los artículos 96.1 y 181.2 LRJS.

En palabras del Tribunal Constitucional,

*“sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada **la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión**, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, F. 4)”⁶⁰⁶.*

Ahora bien, la doctrina constitucional también ha dejado claro que la exigencia probatoria que recae sobre el empresario no se traduce en la “prueba diabólica de un hecho negativo”⁶⁰⁷, sino en la acreditación de motivos razonables que hayan guiado la decisión empresarial cuestionada y que esta no guarda ninguna relación con la vulneración de los derechos del trabajador.

En otras palabras, al empresario no le corresponde probar que no ha vulnerado el derecho fundamental que se dice lesionado o que no ha discriminado al trabajador; tal entendimiento pondría al empleador en la imposibilidad de desvirtuar las acusaciones del trabajador. Lo que debe probar es “la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada”⁶⁰⁸.

Tratándose de despido del trabajador y en general, de cualquier decisión causal del empresario, la exigencia a este último en materia probatoria, más que dirigirse a demostrar que los hechos tienen la entidad suficiente para justificar la extinción del contrato, debe orientarse a eliminar cualquier vínculo con la vulneración de un derecho fundamental del trabajador.

Lo anterior quiere decir que si el empresario no logra acreditar la causa que justifique la medida tomada, ello no convierte irremediabilmente el despido en atentatorio de derechos fundamentales. Es decir, si los hechos no constituyen causa de despido pero el empresario logra desvirtuar su relación con un evento discriminatorio o en general, con la vulneración

⁶⁰⁶ STC 75/2010 de 19 de octubre [RTC 2010, 75].

⁶⁰⁷ STC 80/2001 de 26 de marzo [RTC 2001, 80].

⁶⁰⁸ STC 168/2006 de 5 de junio [RTC 2006, 168].

de un derecho fundamental, el despido será improcedente más no estará afectado por la nulidad radical que se suele derivar del acto vulnerador de tales derechos.

Dicho en términos más sencillos: la actividad del empresario debe dirigirse a probar las causas reales del despido o del acto que se acusa vulnerador de derechos fundamentales, aunque desde la óptica de la legalidad ordinaria tales causas no devengan en suficientes para justificar la medida adoptada⁶⁰⁹.

El Tribunal Constitucional ha considerado que para excluir el pretendido carácter discriminatorio del despido es válido

“que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. «Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión...”⁶¹⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que el énfasis de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la forma en que el empresario se libera de las imputaciones del trabajador recae, como se ha dicho tantas veces, en que aquel pueda desvirtuar cualquier conexión entre su decisión y la vulneración de derechos fundamentales.

Por tanto, aun cuando el empresario demuestre la existencia de la causa disciplinaria alegada, lo relevante a efectos de impedir la prosperidad de las pretensiones del trabajador será destruir los indicios de discriminación o lesión de derechos fundamentales que pesan en su contra.

Quiere decir lo anterior que la carga probatoria del empresario se puede ver agravada en tanto que, para desvirtuar los indicios de discriminación, no le bastará al empleador demandado la demostración de que concurrían circunstancias que justificaban su actuación desde el plano de la legalidad ordinaria⁶¹¹.

⁶⁰⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2008, pág. 134.

⁶¹⁰ STC 80/2001 de 26 de marzo [RTC 2001, 80].

⁶¹¹ BAYLOS...; CRÚZ...; FERNÁNDEZ..., *Instituciones...*, pág. 172.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que lo que deberá tenerse en cuenta es si, haciendo abstracción del evento lesivo, el empleador hubiera tomado igual la decisión extintiva.

“Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales”⁶¹².

Lo anterior guarda relación con los denominados despidos pluricausales, es decir, aquellos en los que existe una causa legal que justifica la extinción del contrato y, al mismo tiempo, concurren indicios que dan cuenta de la existencia de un móvil discriminatorio o vulnerador de un derecho fundamental⁶¹³. En estos supuestos el empresario se liberará probando la objetividad y razonabilidad de la medida y su ajenidad a un eventual propósito discriminatorio.

*“en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, **el empresario ha de probar tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental**, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo. La decisión empresarial no será, así, contraria a derechos fundamentales cuando aun «sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental» (STC 7/1993, de 18 de enero, nuevamente).*

*Es decir, en estos supuestos disciplinarios podrá neutralizarse el panorama indiciario, en primer lugar, acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido, **siempre que ese resultado probatorio revele efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado** (pues, como se sabe, la declaración de procedencia del despido no permite descartar –en todo caso y sin excepción– que éste sea lesivo de derechos fundamentales: por todas, STC 14/2002, de 28 de enero, F. 7)⁶¹⁴ (negritas añadidas).*

En definitiva, según la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que se exige al empresario es que pruebe que la extinción del contrato realmente obedeció a la causa legal invocada y no al móvil oculto denunciado por el trabajador. Incluso, sin aparecer acreditada la causal de procedencia del despido, el empresario deberá probar la desconexión entre el despido y el derecho fundamental que se dice violado.

⁶¹² STC 80/2001 de 26 de marzo [RTC 2001, 80].

⁶¹³ UGARTE CATALDO..., <Tutela laboral..., pág. 226.

⁶¹⁴ STC 41/2006 de 13 de febrero [RTC 2006, 41].

La actividad del demandado se traduce entonces en una auténtica carga probatoria que no se ve satisfecha sino cuando se aportan elementos objetivos y razonables que justifiquen su decisión⁶¹⁵. Si ello no se logra, los indicios aportados en su contra se convierten en plena prueba de la discriminación o vulneración del derecho fundamental alegada, siendo ello suficiente para declarar la nulidad radical del despido y condenar al empresario⁶¹⁶.

1.2. La prueba de la lesión en la jurisprudencia constitucional colombiana

Como se dejó señalado con anterioridad en el ordenamiento colombiano no existe una norma positiva que consagre reglas especiales frente a la carga de la prueba tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, ni con carácter general para todos los casos en que se vea comprometido un derecho de esta naturaleza, ni cuando la vulneración alegada proviene de una relación de trabajo.

Ante este vacío normativo, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la encargada de definir cómo operan las reglas del *onus probandi* cuando se acude ante los jueces a reclamar la protección de un derecho fundamental que ha sido lesionado.

La regla general es entonces la que se sigue en cualquier proceso que se surte ante la jurisdicción: la carga de la prueba de los hechos que dan origen a la vulneración de los derechos fundamentales corresponde a quien alega dicha vulneración. En otras palabras, “quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión”⁶¹⁷

No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido la especial dificultad que en algunos casos representa la prueba de la violación de un derecho fundamental, dificultad particularmente relevante cuando lo que se discute es la existencia de un trato discriminatorio debido a que la móvil de la discriminación no suele explicitarse.

En estos casos, teniendo en cuenta que “los actos de discriminación suelen ser de difícil prueba”⁶¹⁸, la Corte Constitucional le ha dado un alcance distinto al deber probatorio, estableciendo para el efecto algunas reglas que tienden a aliviar dicho deber a la persona que demanda la protección judicial de sus derechos fundamentales.

⁶¹⁵ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*. La Coruña: Netbiblo, 2007, pág. 166.

⁶¹⁶ STC 138/2006 de 8 de mayo [RTC 2006, 138].

⁶¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-835 del 5 de julio de 2000, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

⁶¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-098 del 7 de marzo de 1994, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Estas reglas vienen siendo una concreción de la obligación que la Constitución impone a los poderes públicos de brindar todos los elementos para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, disfrute que se tornaría ilusorio si no se establecen reglas en materia probatoria que atiendan las particulares dificultades en que se encuentre quien pretenda obtener la protección de sus derechos⁶¹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la mayoría de los casos la Corte ha señalado que i) opera una inversión de la carga de la prueba en favor de la persona que alega haber sido objeto de un trato discriminatorio; ii) mientras que en otras ocasiones se ha referido a la modificación de la carga probatoria en función de la facilidad que tenga una parte para probar determinados hechos. También (iii) ha establecido algunas reglas de particular aplicación en los eventos de despidos antisindicales y finalmente, iv) ha señalado que en unos supuestos concretos existe una presunción de discriminación.

1.2.1. La inversión de la carga de la prueba

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, la jurisprudencia constitucional colombiana no suele hablar de la aportación de indicios por parte del trabajador acerca de la eventual lesión del derecho fundamental, sino que directamente señala que opera una inversión de la carga de la prueba, particularmente en los casos en los que se ve comprometido el principio de igualdad y no discriminación.

Así, la jurisprudencia constitucional en torno a quien le corresponde probar la lesión de un derecho fundamental, se ha estructurado principalmente a partir del estudio de casos en

⁶¹⁹ Sobre este tema la Corte Constitucional ha dicho que “este criterio [el de alivio de la carga de la prueba], que la Sala reiterará en el presente caso, responde al principio de Estado Social de Derecho y el principio de igualdad real como una de sus principales manifestaciones y elemento que complementa el contenido de la mera igualdad formal. Igualdad real que, en el contexto en que ahora se estudia, impone la obligación a los poderes públicos de brindar todos los elementos que sean necesarios para garantizar el goce efectivo de los derechos, máxime cuando éstos son de naturaleza fundamental; en otras palabras, la igualdad en el ejercicio de los derechos deviene un contenido esencial del principio de igualdad real, la cual debe garantizarse en todas las situaciones en que pueda verse involucrada la concreción de derechos fundamentales de los sujetos intervinientes. Excluir del contenido de la igualdad esta manifestación iría en contra de la esencia del principio, una de cuyas manifestaciones nucleares es, precisamente, su papel como criterio de interpretación, garantía y aplicación de los derechos fundamentales.

Esta es la base conceptual de la exigencia, clara en un Estado social de derecho, que surge para las autoridades públicas respecto de la *real* concreción de los derechos fundamentales. Y es este el contexto en que debe interpretarse el derecho de acceso a la justicia y, más exactamente, el contexto en que deben determinarse los mecanismos que hagan efectiva esta garantía para los asociados. Es por esta razón que adquieren legitimidad mecanismos que equilibren las condiciones que se garantizan a las partes dentro de una disputa ante la administración de justicia, en cualquiera de sus manifestaciones”. Corte Constitucional, sentencia T-247 del 7 de marzo de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

los que se alegaba la existencia de un trato discriminatorio. En estos casos la Corte ha dicho que se invierte la carga de la prueba en favor del trabajador que alega el trato desigual.

Uno de los puntos de inicio lo marca la sentencia T-230 de 1994 en donde la Corte señaló que es la persona que otorga el trato diferenciado quien debe probar las causas que justifiquen su actuación, mientras que al trabajador le corresponderá aportar “fundamentos razonables” acerca de la existencia del trato discriminatorio.

“5.1. Cuando la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo. En todo caso el trato diferenciado es de recibo si el mismo se orienta a promover la igualdad de una categoría de personas ubicadas en situación de desigualdad.

5.2. Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”⁶²⁰.

De igual forma, cuando el trabajador alega la existencia de un trato desigual debe aportar el término de comparación que permita demostrar que efectivamente está siendo sujeto de un tratamiento diferente, situación que es mayormente frecuente en los eventos en que se alega una desigualdad salarial.

Así, en la década de los 90 la Corte Constitucional conoció diversos casos⁶²¹ en los que los trabajadores alegaban diferencias salariales como consecuencia de no haberse acogido al régimen de cesantías creado en la Ley 50 de 1990 que beneficiaba al empresario pero le era desfavorable al trabajador.

Uno de ellos fue resuelto en la sentencia T-601 de 1999 en la que la Corte reiteró que *“quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación”⁶²².*

⁶²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-230 del 13 de mayo de 1994, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶²¹ Ver, entre otras, las sentencias T-638 de 1996, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa; T-361 de 1999, MP.: José Gregorio Hernández Galindo y T835 de 2000, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

⁶²² Corte Constitucional, sentencia T-601 del 18 de agosto de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

Así mismo, en algunos eventos de discriminación racial⁶²³ –supuestos en los que, si se quiere, es aún más difícil acreditar la motivación discriminatoria debido al carácter velado que suelen tener estos comportamientos– la Corte ha acudido al criterio de la inversión de la carga de la prueba para atribuir al demandando la obligación de probar el carácter objetivo y razonable de su actuación.

Así, en la sentencia T-691 de 2012, donde se decidió la tutela interpuesta por un alumno de raza negra por unos comentarios de corte racista hechos por un profesor en clase, la Corte recordó la regla de inversión de la carga de la prueba en los eventos de discriminación, señalando que esta se torna particularmente relevante cuando la el móvil discriminatorio es uno de los criterios sospechosos previstos en la Constitución.

Aunque no se trata de un asunto de carácter laboral es importante resaltar lo dicho por la Corte en dicha sentencia ya que, frente a la prueba de la discriminación y la dificultad que ella entraña, resulta irrelevante que la misma haya tenido lugar en la ejecución de un contrato de trabajo o en un escenario diferente. Sobre este aspecto señaló la Corte:

“Uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a actos de discriminación, es su prueba. La jurisprudencia ha resaltado, también desde su inicio, que una de las principales garantías en los casos en los que se produce un acto de discriminación, consiste precisamente en que se invierta la carga de la prueba, en especial cuando se trata de personas que alegan haber sido sometidas a tal trato, con base en una categoría sospechosa de discriminación o cuando se trata de personas en situación de sujeción o indefensión”⁶²⁴.

En definitiva, la Corte Constitucional ha considerado que la regla de la inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación se acompasa con la exigencia del principio del Estado Social de Derecho que ordena garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales de la persona.

Imponer a la parte que sufre una discriminación la obligación de desvelar el ánimo discriminatorio la pone ante una dificultad extrema para el pleno ejercicio de sus derechos, lo que en últimas se traduciría en una imposibilidad de acceso a la justicia con lo cual se

⁶²³ Ver, entre otras, la sentencia T-1090 del 26 de octubre de 2005, MP.: Clara Inés Vargas Hernández, en donde la Corte Constitucional concedió el amparo a unas hermanas de raza negra a quienes se les impidió el ingreso a una discoteca en razón de su color de piel; en el mismo sentido la sentencia T-366 del 27 de junio de 2013, MP.: Alberto Rojas Ríos, en donde se ampararon los derechos de una mujer de raza negra a la que se le negó el acceso a una entidad del Estado.

⁶²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-691 del 28 de agosto de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa.

volvería ilusorio el respeto de las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución⁶²⁵.

1.2.2. La facilidad probatoria por la cercanía con la prueba

En otras ocasiones la Corte ha considerado la posición de debilidad o subordinación en la que se encuentre quien reclama la protección de sus derechos fundamentales frente a la persona o autoridad a quien se imputa la vulneración.

En tales circunstancias, las reglas relativas a la carga probatoria se alteran en razón de la mayor cercanía con el material probatorio o facilidad para probar determinados hechos que se deriva de la posición de subordinación en que se encuentre uno respecto de otro, o por la situación de debilidad en que se encuentre el accionante debido a esta misma relación.

En estos casos la persona que ve lesionado su derecho fundamental solo deberá probar aquellos hechos que materialmente esté en posibilidad de probar, correspondiéndole al demandado la acreditación de las circunstancias alegadas en su defensa para desvirtuar la vulneración del derecho fundamental alegada.

Este criterio fue empleado en la sentencia T-741 de 2004⁶²⁶ ante la dificultad de un soldado de probar los tratos crueles, inhumanos y degradantes a los que fue sometido durante la prestación del servicio militar obligatorio. En aquella ocasión la Corte Constitucional justificó dicho criterio así:

“La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos⁶²⁷”.

1.2.3. La prueba en los despidos antisindicales

Un evento en el que la Corte ha establecido unas reglas particulares para establecer la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, lo constituye el despido

⁶²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-247 del 7 de marzo de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

⁶²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-741 del 6 de agosto de 2004, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶²⁷ [22] Ver la sentencia T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y el Decreto 2591 de 1991, artículos 3, 20, 21 y 22.

que se realiza como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación sindical por parte del trabajador.

Desde épocas tempranas la Corte Constitucional había constatado la existencia de despidos cuyo móvil era en realidad impedir a los trabajadores el ejercicio del derecho de asociación sindical o negociación colectiva. En estos eventos se tenía por acreditado el móvil antisindical a partir de una serie de indicios extraídos de la conducta empresarial.

Tal es el caso de la sentencia T-476 de 1998⁶²⁸ donde la Corte dio por establecido el móvil antisindical de las circunstancias en que tuvo lugar el despido: se trataba de siete trabajadores que habían promovido entre sus compañeros la elaboración de un pliego de peticiones y que fueron despedidos justo el día siguiente de haber comunicado la propuesta entre sus compañeros y que la misma hubiese alcanzado el apoyo de aproximadamente el 50% de los trabajadores de la empresa.

En sentencias posteriores la Corte Constitucional ha establecido una serie de criterios que deben ser analizados por el juez y que son indicativos de la existencia de un móvil antisindical. Tales criterios, que fueron definidos en la sentencia T-1328 de 2001 y recientemente reiterados en la T-842A de 2013, son los siguientes:

- **El número de trabajadores despedidos.** Este aspecto es relevante y permite hacer una distinción en la medida en que no tiene las mismas consecuencias para el sindicato la terminación del contrato de unos pocos trabajadores, que el despido de una porción mayor que pueda poner en riesgo la existencia misma de la organización al verse reducido el número de afiliados.
- **El rol de los trabajadores despedidos en el sindicato,** ya que no afecta de la misma manera el despido de un afiliado de base sin mayor injerencia en la organización, que el despido de los miembros de la junta directiva del sindicato que son quienes ostentan la representación y defensa de sus intereses.
- **La frecuencia con la que se ejerce la facultad de despido,** en tanto una frecuencia mayor del ejercicio de la facultad de terminación de los contratos de trabajo, tiene mayor potencialidad para afectar al sindicato.
- **La oportunidad en la que se realiza el despido,** ya que la estabilidad y capacidad de representación del sindicato se puede ver mayormente afectada cuando la extinción de los contratos de trabajo tiene lugar en ciertos periodos como por

⁶²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-476 del 8 de septiembre de 1998, MP.: Fabio Morón Díaz.

ejemplo, en los momentos inmediatamente posteriores a su fundación o cuando está próxima la negociación de las condiciones de trabajo.

- **El impacto que produce el despido en los demás afiliados**, cuestión que se aprecia con los actos de desafiliación al mismo que tienen lugar con posterioridad a los despidos. Así, “se desalienta y desnaturaliza la existencia de un sindicato o la pertenencia de los trabajadores al mismo, pues ‘aquellos que ya están afiliados pueden pensar en la conveniencia de su retiro de la asociación para conservar el puesto [de trabajo]...’⁶²⁹.
- **Animus del empleador al ejercer la facultad de despido**, que es en últimas el elemento central que permitirá establecer la eventual vulneración del derecho de asociación sindical y que pretende establecer la intención del empleador al dar por terminado los contratos de trabajo de los trabajadores sindicalizados.

Pues bien, los anteriores criterios deben ser analizados en conjunto por el juez y serán considerados como indicios de que la extinción de los contratos de trabajo va más allá de la facultad que le otorga la ley al empleador en este sentido, ocultando detrás de ella un móvil antisindical:

“la apreciación de estos elementos concurrentes debe hacerse de manera conjunta y al funcionario competente corresponderá valorarlos para definir si efectivamente el despido sin justa causa de trabajadores sindicalizados, vulnera los derechos del sindicato y los de sus afiliados, desconociendo las garantías reconocidas por la Constitución sobre la materia. En estos eventos, sin duda, la conclusión a la que se llegue debe estar sustentada en pruebas e indicios suficientes que permitan apreciar las circunstancias en las que el empleador dio por terminado los contratos de trabajo de miembros del sindicato”⁶³⁰.

De igual forma, en la sentencia T-616 de 2012⁶³¹ la Corte pudo inferir de la conducta empresarial la existencia de un móvil antisindical en la desvinculación de varios trabajadores que prestaban sus servicios a una empresa a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado.

En aquella ocasión los indicios estaban constituidos por i) el despido masivo de trabajadores –31 personas despedidas–, ii) el despido de trabajadores recién afiliados al sindicato –4 días después del ingreso al sindicato–, iii) el despido de trabajadores que

⁶²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-842A del 18 de noviembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1328 del 10 de diciembre de 2001, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶³¹ Corte Constitucional, sentencia T-616 del 2 de agosto de 2012, MP.: Humberto Sierra Porto.

gozaban de fuero sindical y, iv) el despido con falsa motivación de una trabajadora para cuya desvinculación se alegó una crisis financiera de la empresa y que más adelante fue reemplazada por otra persona.

1.2.4. La presunción de discriminación

En otras ocasiones la Corte ha establecido una presunción de discriminación en razón de la calidad del sujeto que reclama protección, es decir, cuando esté de por medio una persona “que por razones de orden económico, físico o mental, se encuentre en estado de debilidad manifiesta”⁶³².

Tal es el caso de las mujeres embarazadas⁶³³ y trabajadores en situación de discapacidad. En ambos casos la ley prohíbe el despido de estas personas sin autorización del Inspector del Trabajo, habiendo establecido la Corte que cuando el despido tiene lugar sin dicha autorización, se presume que el mismo ha estado motivado por el embarazo o la discapacidad, debiendo el empleador demostrar las razones objetivas que motivaron la desvinculación.

Este ha sido el criterio de la Corte Constitucional desde la sentencia T-198 de 2006⁶³⁴ en la que protegió el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de una persona en situación de discapacidad que fue despedida sin justa causa. En dicha sentencia la Corte consideró que, tratándose de un despido injusto, se presumía que la causa del mismo había sido la condición del trabajador y por tanto se trataba de un despido discriminatorio.

La presunción de discriminación en estos casos tiene el mismo fundamento al que ya hemos hecho referencia: la dificultad que representa para el trabajador probar el nexo causal entre el despido y la condición de discapacidad, o lo que es lo mismo, que el despido tuvo como causa la condición física o de salud del trabajador.

Imponer al trabajador la obligación de probar la conexidad entre el despido y la situación de discapacidad es someterlo a una carga desproporcionada que conllevaría al desconocimiento de la efectividad del derecho a la estabilidad laboral reforzada; más aun teniendo en cuenta que en las cartas de despido no suelen incluirse las verdaderas causas

⁶³² Corte Constitucional, sentencia T-449 del 8 de mayo de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

⁶³³ En el caso de las mujeres embarazadas la presunción cuenta con respaldo legal explícito en el artículo 239 CST que prohíbe el despido por motivo de embarazo o lactancia, presumiendo que esta ha sido la causa de la extinción del contrato cuando se produce durante el embarazo o los tres meses posteriores al parto y sin la autorización del Inspector del Trabajo.

⁶³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-198 del 16 de marzo de 2006, MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

de terminación cuando aquel tiene un móvil discriminatorio, con lo cual, desde el punto de vista puramente formal, la terminación no estaría desconociendo el orden jurídico⁶³⁵.

En consecuencia, una vez operada la presunción de discriminación en favor del trabajador, le corresponde al empleador desvirtuarla mediante la aportación de la prueba que acredite que el despido del trabajador obedeció a razones objetivas y que no tuvo ninguna conexión con su estado de salud.

1.3. Las reglas sobre la prueba de la lesión establecidas en sede de tutela también son aplicables a los procedimientos laborales

Las reglas jurisprudenciales para determinar la existencia de un trato discriminatorio o en general la violación de un derecho fundamental, obedecen, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, a la dificultad que entraña la prueba de tales actos y a la necesidad de garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Lo anterior significa que tales reglas operan con independencia del procedimiento en el que se invoque la protección de estos derechos, lo verdaderamente relevante será que el trabajador alegue la lesión de una garantía fundamental para que haya lugar a aplicar los criterios jurisprudenciales sobre la prueba de la vulneración.

Téngase en cuenta que la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores no tiene en el ordenamiento colombiano una única vía de tramitación; además de la acción de tutela que es el mecanismo específico de protección de estos derechos, idéntico propósito está llamado cumplir el proceso ordinario laboral y los demás procedimientos especiales que se tramiten ante la jurisdicción laboral.

Aunque a la cuestión de la idoneidad de los procedimientos laborales para la protección de los derechos fundamentales nos dedicaremos en la parte final de este trabajo, desde ahora es necesario señalar que cuando dicha protección se demanda ante un juez laboral mediante el proceso ordinario, no existe razón jurídica alguna para no aplicar las reglas especiales en materia de prueba de la lesión en dicho procedimiento, cuando lo cierto es que estas reglas fueron establecidas por la jurisprudencia constitucional en razón de la materia debatida –la vulneración de un derecho fundamental– y no de la vía procesal escogida para su protección.

⁶³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-445 del 4 de julio de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

A las anteriores razones se les pueden agregar otras de índole legal y jurisprudencial. En efecto, el tema de la prueba de la vulneración de un derecho fundamental no es cuestión que haya sido tratada de forma exclusiva por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; existen disposiciones que se ocupan del tema ya sea de forma directa y específica en el ámbito laboral, o bien con carácter más general aunque con repercusiones en el proceso del trabajo.

Dentro del primer supuesto encontramos la reforma hecha al artículo 143 del CST por medio de la Ley 1496 de 2011 en materia de discriminación salarial. En el artículo 143 se consagra el principio de “a trabajo de igual valor, salario igual” y la ley 1496 introdujo una presunción de discriminación en favor del trabajador que obliga al empleador a demostrar los factores objetivos de diferenciación.

Se trata, entonces, de una norma que regula un supuesto particular de discriminación que es el que tiene lugar en materia salarial y de remuneración y cuyo conocimiento está atribuido, en principio, a la jurisdicción ordinaria laboral según lo dispone el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante, también CPT y SS). Con esto se pone de presente que la alteración de las reglas probatorias no obedece a la vía procesal en que se reclame la vulneración del derecho fundamental, sino al hecho mismo de la lesión.

Lo anterior se corrobora con la posición actual de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia de prueba de la discriminación salarial. En la sentencia 44317 de 2014, la Corte sostuvo que la inversión de la carga de la prueba también opera en los casos que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1496 de 2011.

Así, en virtud del principio de carga dinámica de la prueba, “si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato”⁶³⁶.

Aunque la Corte no justificó su decisión en el hecho de que se trataba de la afectación de un derecho fundamental, es claro que la razón de su decisión, que además es manifestada expresamente por la Corte, es la dificultad probatoria que ello entraña para el trabajador en contraste con la posición de privilegio que ostenta el empresario respecto de la prueba, lo

⁶³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 10 de diciembre de 2014, radicación 44317, MP.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

que constituye, ni más ni menos, uno de los fundamentos de alteración de las reglas probatorias sentadas por la Corte Constitucional.

Dentro del segundo supuesto incluimos la nueva regulación sobre distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso expedido en 2012:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

De esta manera, será la parte que se encuentre en mejores condiciones para probar un determinado hecho a quien corresponda su prueba previa determinación del juez, de oficio o a petición de parte. El mismo artículo establece los supuestos en los que una parte se considera que está en mejores condiciones para probar un hecho, incluido el estado de indefensión o incapacidad en el cual se encuentre la contraparte.

Las reglas sobre distribución de la carga de la prueba tienen aplicación en cualquier procedimiento con independencia del objeto material del litigio, es decir, independientemente de que se discuta o no la lesión de un derecho fundamental, aunque con más razón en este último evento debido a las razones superiores de índole constitucional que se imponen a su efectiva protección.

Ahora bien, debemos recordar que el hecho de que se trate de un artículo incluido en el estatuto procedimental civil, no impide su aplicación a los procesos surtidos ante la jurisdicción laboral por el reenvío normativo previsto en el artículo 145 del CPT y SS, según el cual, “a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial [entiéndase Código General del Proceso]”.

De manera, pues, que al no existir disposición expresa que regule lo relacionado con la carga de la prueba en el Código Procesal del Trabajo, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 167 del CGP que autoriza al juez a redistribuir la carga probatoria en función de la mejor posición que tenga alguna de las partes respecto de la prueba.

2. La configuración del despido vulnerador de derechos fundamentales y sus consecuencias

Una vez probada la lesión de los derechos fundamentales resta por determinar cuáles son las consecuencias que se derivan del despido realizado vulnerando tales derechos y, en particular, qué respuestas sobre este tema se ofrecen en cada uno de los ordenamientos de referencia, sin olvidar que en el caso colombiano las soluciones ofrecidas emanarán principalmente de la jurisprudencia constitucional.

2.1. La nulidad radical de la conducta en la doctrina del Tribunal Constitucional: antecedentes

De conformidad con la legislación vigente (artículos 53 y 55 ET) la calificación del despido, tanto disciplinario como objetivo, podrá ser de procedencia, improcedencia o nulidad. Así, el despido será procedente cuando el empresario acredite el incumplimiento del trabajador o las causas alegadas según el caso. Será improcedente cuando tales incumplimientos o causas no queden acreditados o cuando se omitan los requisitos formales previstos en el artículo 55.1 ET. Finalmente, será nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación o se produzca con violación de los derechos fundamentales⁶³⁷ de los trabajadores además de unos supuestos especiales en caso de maternidad o conciliación de la vida familiar y laboral.

Es entonces el legislador quien directamente sanciona con nulidad el despido que se produce con violación de los derechos fundamentales del trabajador y señala las consecuencias de dicha nulidad: la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación.

A diferencia de lo que sucede en los casos de despido improcedente, en donde la regla general es que el empresario tiene el derecho de opción entre el pago de una indemnización y la readmisión del trabajador –excepto en el caso de los representantes de los trabajadores–, esta opción no le es permitida cuando el despido es declarado nulo en cualquiera de los casos previstos en la ley. Precisamente la importancia de los intereses en

⁶³⁷ Tanto el Estatuto de los Trabajadores como la LRJS señalan que el despido será nulo cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución o se produzca con violación de los derechos fundamentales del trabajador. No obstante, como el despido discriminatorio es en últimas un despido atentatorio de derechos fundamentales, a efectos de evitar repeticiones innecesarias debe entenderse que cuando hagamos referencia únicamente al despido con violación de derechos fundamentales nos estamos refiriendo también al despido discriminatorio.

juego –derechos fundamentales y no discriminación– obliga a una reparación plena y absoluta que solo se logra mediante la readmisión obligatoria del trabajador⁶³⁸.

Ahora bien, aunque actualmente existe una regulación legal acerca del despido discriminatorio o con violación de derechos fundamentales calificándolo de nulo y señalando las consecuencias del mismo, los antecedentes⁶³⁹ de dicha regulación se encuentran en la doctrina del Tribunal Constitucional que introdujo la consideración de “nulidad radical” para este tipo de despidos, por lo menos con los efectos y consecuencias que actualmente tiene.

En efecto, a partir del desconocimiento del principio de no discriminación contenido en la Constitución española, el Tribunal Constitucional comienza a sostener que los despidos efectuados en contravención de dicho principio estaban afectado de nulidad radical lo cual comportaba la obligación del empresario de readmitir al trabajador sin que pudiera ejercer la opción de indemnización⁶⁴⁰.

Es precisamente en los efectos de la nulidad decretada por el Tribunal Constitucional en donde radica la diferencia entre la figura de la nulidad radical y la que hasta ese momento se preveía en el ordenamiento tratándose de despidos. Así, la nulidad por omisión de requisitos formales prevista en el entonces vigente Real Decreto-Ley 17/1977 tendría los mismos efectos del despido improcedente por expresa disposición de su artículo 36.

En concordancia con lo anterior, el Texto Refundido de la LPL de 1980 al regular el incidente de no readmisión equiparó, en la práctica, el despido nulo con el despido improcedente, de manera que el empresario podía evitar la readmisión del trabajador mediante el pago de la indemnización que preveía el artículo 211 de la normatividad señalada.

Así las cosas, la nulidad radical decretada por el Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 38/1981, de 23 de noviembre, impedía al empresario el ejercicio de cualquier facultad de opción con el fin de burlar la readmisión, deviniendo esta en obligatoria a efectos de restituir al trabajador en la integridad de su derecho conforme lo dispone el artículo 55.1 LOTC.

⁶³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan; GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás. *El despido disciplinario*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008, pág. 371.

⁶³⁹ Un análisis en detalle de esta evolución en PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Trotta, 1992, pág. 160-171.

⁶⁴⁰ STC 38/1981 de 23 de noviembre [RTC 1981, 38].

A partir de aquí fue evolucionando la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia y la figura de la nulidad radical, que en principio se estructuró a partir de casos en los que estaba comprometido el principio de no discriminación, empezó a ser utilizada en supuestos en los que el despido se realizaba con vulneración de otros derechos fundamentales⁶⁴¹.

En definitiva, fue al hilo de los pronunciamientos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se fue construyendo la figura de la nulidad radical del despido cuando tenía móviles discriminatorios o afectaba cualquiera de los derechos fundamentales de los trabajadores; figura que más adelante sería recogida y regulada en los textos legales.

2.2. Los efectos de la nulidad del despido

Conforme ya ha quedado expuesto, la declaración de nulidad del despido por violación de derechos fundamentales impide la extinción del vínculo contractual, siendo entonces su primera consecuencia, además de consustancial a tal declaración, la obligación de readmisión del trabajador.

Adicional a la restitución del demandante a su puesto de trabajo se encuentra obligado el empresario a pagar los respectivos salarios de tramitación, además de la reparación de los daños ocasionados con la conducta vulneradora de los derechos fundamentales, en los términos de los artículos 182 y 183 de la LRJS.

2.2.1. La readmisión del trabajador

Aunque la readmisión del trabajador no es efecto exclusivo del despido declarado nulo, ya que también puede tener lugar en el despido improcedente, la diferencia entre los dos supuestos radica en que en el despido improcedente es la voluntad del empresario o la del trabajador la que determina la readmisión, mientras que en el despido nulo es por disposición expresa del legislador que opera dicha readmisión⁶⁴².

En efecto, en el despido improcedente es al empresario a quien en principio le corresponde la elección entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, a menos que se trate de un representante de los trabajadores o delegado sindical, caso en el cual el derecho de opción radica en cabeza de estos últimos.

⁶⁴¹ Así, en la STC 99/1994 de 11 de abril [RTC 1994, 99] se declaró nulo el despido del trabajador por vulneración de sus derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en la STC 106/1996 de 12 de junio [RTC 1996, 106] la nulidad del despido se declaró por la violación del derecho a la libertad de expresión del trabajador.

⁶⁴² RIERA VAYREDA, Carlos. *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 45.

Por su parte, en el despido nulo es la ley –siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– la que dispone como única posibilidad “la readmisión inmediata” del trabajador (artículo 55.6 ET) junto con el abono de los salarios de tramitación, es decir, que no hay opción al pago de la indemnización para enervar la restitución del trabajador a su lugar de trabajo.

Esta es precisamente la consecuencia de que el despido realizado con vulneración de derechos fundamentales esté afectado con “nulidad radical” de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha señalado que dicha nulidad “es el tipo de ineficacia predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental, por las consecuencias que conlleva de obligada readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria”⁶⁴³.

Teniendo en cuenta que en estos casos la nulidad deriva de la lesión de bienes que son de la mayor valía para el hombre no podía ser otra la solución, ya que hacer depender la readmisión del trabajador de la voluntad del empresario, tornaría inútil la distinción entre el despido nulo y el simple despido improcedente, con lo cual la efectividad de las garantías fundamentales de los trabajadores resultaría inane.

En el mismo sentido, la LRJS señala que la ejecución de la sentencia que declara nulo el despido se hará “en sus propios términos”, esto en oposición a la posibilidad de que el juez –en aquellos eventos en que el empleador no cumpla con la orden de readmisión o la haga en términos irregulares– declare la extinción del contrato durante el trámite del incidente de no readmisión, condenando al empresario a pagar la indemnización del artículo 56 ET más una adicional por daños y perjuicios en caso de que haya lugar a ella.

Lo anterior quiere decir que, tratándose del despido improcedente, el empresario de una u otra manera puede lograr la efectiva extinción del contrato mediante el pago de una indemnización, bien sea porque opta por esta alternativa una vez declarada la improcedencia del despido o porque, aun decidiendo la readmisión del trabajador, se sustrae a su cumplimiento o no lo hace en los términos debidos, comportamiento con el que en última instancia obtiene la extinción definitiva del contrato en la sede incidental prevista en el artículo 280 y ss LRJS.

⁶⁴³ STC 88/1985 de 19 de julio [RTC 1985, 88].

Con el fin de evitar que esta maniobra del empresario impidiera que la declaratoria de nulidad del despido surtiera sus efectos, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sustrajo de la anterior regulación la ejecución de la sentencia que declara nulo el despido; todo con el fin de que el restablecimiento del vínculo laboral tuviera lugar sin que dependiera directa o indirectamente de la voluntad empresarial.

Así las cosas, esta sentencia deberá ejecutarse en “sus propios términos”, es decir, se trata de una ejecución *in natura* como única posibilidad de cumplimiento de la sentencia en los eventos de despidos nulos. Con esta previsión se persigue una tutela más eficaz del derecho lesionado al trabajador con el despido⁶⁴⁴.

En estos casos, las consecuencias de la negativa del empresario a cumplir con la orden de readmisión serán que i) el trabajador continuará percibiendo el salario junto con los incrementos que convencional o legalmente se produzcan hasta la readmisión efectiva y, ii) continuará en situación de alta y cotización en la seguridad social.

Se mantendría entonces la vigencia del contrato de trabajo en una situación similar a la prevista en el artículo 30 ET, ya que el trabajador continuará devengando el salario sin prestación efectiva del servicio por causa que es imputable exclusivamente a la voluntad empresarial⁶⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, son dos los eventos previstos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en que se puede extinguir el contrato sin que se haya hecho efectiva la readmisión del trabajador y que tienen, en cualquier caso, un evidente carácter excepcional.

El primero de ellos es cuando el empresario demuestre que se encuentra en imposibilidad de ejecutar dicha readmisión, ya sea por cese o cierre de la empresa obligada o por cualquier otra causa que torne imposible, material o legalmente, dar cumplimiento a la orden de reinstalación del trabajador en el cargo.

El segundo evento depende de la voluntad del trabajador y tiene lugar cuando la nulidad del despido se origina en un evento de acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de

⁶⁴⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. <La ejecución de sentencias firmes de despido> EN: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Valladolid: Lex Nova, 2001, pág. 882.

⁶⁴⁵ FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando; SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. *Comentarios a la ley reguladora de la jurisdicción social*. 3ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 1129.

violencia de género en el trabajo; en estos casos es la víctima la que puede optar por la extinción del contrato de trabajo en lugar de la readmisión.

En los dos casos anteriores el trabajador tendrá derecho al pago de las sumas de que trata el artículo 281.2 LRJS, esto es, la indemnización prevista para el despido improcedente y los salarios de tramitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Además tendrá derecho al pago de los salarios dejados de percibir desde la notificación de la sentencia que declaró nulo el despido, hasta la fecha en que se declara extinguido el contrato de trabajo en los términos del artículo 281.2 c) de la LRJS.

Respecto de las circunstancias en que debe producirse la readmisión del trabajador, se ha dicho que debe hacerse en las mismas condiciones que regían el contrato con anterioridad al despido; por tanto, el empresario deberá respetar las funciones que tenía asignadas el trabajador, salvo que aquel estuviera legitimado para introducir modificaciones sustanciales de conformidad con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores⁶⁴⁶.

2.2.2. Los salarios de tramitación

Otra de las consecuencias de la declaratoria de nulidad del despido es el pago de los salarios de tramitación, es decir, de “aquellas percepciones económicas causadas en un procedimiento por despido que sea declarado improcedente o nulo”⁶⁴⁷, equivalentes a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

Aunque la ley se refiera en algunos supuestos a salarios de tramitación y en otros a salarios dejados de percibir, la pluralidad de términos no impide que ambos gocen de un tratamiento unitario⁶⁴⁸, salvo un par de diferencias puntuales que en todo caso, ninguna incidencia tienen desde la óptica del trabajador.

La primera diferencia estaría en que tratándose de salarios de tramitación el empresario puede reclamar al Estado cuando la sentencia se haya dictado después de noventa días hábiles desde la presentación de la demanda; limitándose esta reclamación a las sumas causadas después del día noventa. Esta reclamación no está permitida cuando se trata de

⁶⁴⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2009, pág. 159.

⁶⁴⁷ BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa. <Salarios de tramitación>. *Actualidad Laboral*. 2009, Núm.2, pág. 228.

⁶⁴⁸ ESTEVE SAGARRA, Amparo. *Los salarios de tramitación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2009, pág. 27.

nulidad del despido, de manera que las previsiones del artículo 57 ET en este sentido en nada afectan al trabajador que en todo caso verá satisfecho su crédito.

Una segunda diferencia estaba relacionada con la posibilidad que tenía el empresario de enervar, o por lo menos limitar, el pago de los salarios de tramitación mediante el reconocimiento de la improcedencia del despido y el pago de la indemnización junto con los salarios de trámite causados hasta la fecha del depósito de dicha indemnización. De nuevo, tratándose de los salarios dejados de percibir a los que hace referencia el ET para el despido nulo no estaba prevista esta posibilidad.

Sin embargo, con la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, al Estatuto de los Trabajadores y la eliminación de la figura denominada por la doctrina como “despido-exprés” que hacía referencia al supuesto mencionado en el párrafo anterior, desaparece también la diferencia atrás planteada. Hay que tener en cuenta también que la reforma eliminó la procedencia de los salarios de tramitación para los casos en que, existiendo el derecho de opción, el empresario opta por el pago de una indemnización.

Frente a este aspecto de la reforma, el Tribunal Constitucional encontró que la regulación de los costes del despido improcedente “entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales que le es atribuida a aquél [el legislador] por la Constitución”, de manera que el haber eliminado los salarios de tramitación en tales supuestos, constituía una opción válida para el legislador que no sobrepasa “el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE”, siendo por tanto dicha reforma, ajustada a la Constitución⁶⁴⁹.

Similares consideraciones había hecho el Tribunal Constitucional en el ATC 43/2014, de 12 de febrero, frente a la misma cuestión pero en relación con el Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, en donde, desde la perspectiva de una eventual vulneración del principio de igualdad, sostuvo:

“Pues bien, en lo que ahora interesa, a efectos de rechazar lesión del principio de igualdad ex art. 14 CE, en estos pronunciamientos se indicó que las situaciones traídas a comparación –readmisión o extinción indemnizada– ‘no son, en modo alguno, homogéneas, sino, antes al contrario, radicalmente diferentes. En uno de los casos se mantiene en vigor la relación laboral entre empresa y trabajador, entendiéndose, a partir de la declaración de improcedencia del despido y de la opción por la readmisión, que dicha relación se ha mantenido igualmente en vigor, sin solución de continuidad, entre las fechas del despido y la readmisión. En el segundo de los casos, la relación laboral queda definitivamente extinguida con efectos de la fecha del despido’. Ante estos

⁶⁴⁹ STC 8/2015 de 22 de enero [RTC 2015, 8].

*presupuestos distintos, el reconocimiento de salarios de tramitación en la opción por la readmisión y su omisión en la opción por la indemnización no suponía, a juicio del Tribunal, una diferencia de trato desproporcionada o irrazonable, sino que 'constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad, al incidir sobre situaciones claramente diferenciadas desde la perspectiva de la finalidad contemplada'*⁶⁵⁰.

En definitiva, en lo que interesa al trabajador, podemos hablar indistintamente de salarios de tramitación o salarios dejados de percibir.

En cuanto a su naturaleza jurídica, mucho se ha discutido en la doctrina acerca de si tienen una verdadera connotación salarial o se trata más bien de una indemnización. Quienes defienden su naturaleza indemnizatoria⁶⁵¹ se basan en que i) se abonan sin tener como contraprestación la actividad personal del trabajador, ii) proceda la compensación con los ingresos obtenidos por aquel en virtud de otra relación laboral y, iii) por la posibilidad que existe, tratándose de despido improcedente, de reclamar al Estado una parte de su cuantía.

Por su parte, los partidarios de su naturaleza salarial consideran, especialmente en los casos de despidos declarados nulos, que como la decisión del empresario carece de eficacia jurídica como consecuencia de la declaración de la nulidad, la relación laboral continúa como si no se hubiera interrumpido y por tanto, los salarios de tramitación tendrían una clara connotación salarial⁶⁵².

En cualquier caso, sea cual fuere el estado de la discusión a nivel doctrinal, lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo –aunque ha oscilado entre una y otra postura– actualmente se ha decantado por otorgar un carácter indemnizatorio a los salarios de tramitación con independencia de que se trate de un despido improcedente o nulo. Sobre este punto recientemente sostuvo:

*“la figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente”*⁶⁵³.

De conformidad con lo anterior y como consecuencia de la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, son de aplicación a los eventos de despido nulo las deducciones de

⁶⁵⁰ ATC 43/2014 de 12 de febrero [RTC 2014, 43].

⁶⁵¹ Cfr. ESTEVE SAGARRA, Amparo. *El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 27.

⁶⁵² Cfr. RIERA VAYREDA..., *El despido...*, pág. 367.

⁶⁵³ STS del 12 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3650].

que trata el artículo 56.2 ET, esto es, el descuento de las sumas recibidas a título salarial producto del ejercicio de otra actividad remunerada.

En efecto, aunque la disposición citada sólo hace referencia al despido improcedente, el Tribunal Supremo ha entendido que los salarios de tramitación cumplen idéntica función tratándose de despido nulo y en ambos casos pretenden compensar al trabajador los perjuicios derivados de la pérdida de ingresos consecuencia del despido; por tanto, al concurrir en los dos supuestos el carácter resarcitorio del pago, procede el descuento de los salarios percibidos por el trabajador con ocasión de otro empleo o colocación.

“...si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento. Así pues, en estos casos desaparece la ‘ratio legis’, el fundamento esencial que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica y genera, esta obligación no puede existir, al menos en la cuantía coincidente”⁶⁵⁴.

El anterior criterio jurisprudencial es aplicable tanto a los casos en que los ingresos del trabajador provienen del ejercicio de un trabajo por cuenta ajena como a aquellos en que derivan de una actividad por cuenta propia⁶⁵⁵; a menos que, en este último caso, la actividad fuese realizada por el trabajador con anterioridad a la fecha de despido, eventos en los que no se podrá hacer descuento alguno conforme la ha sostenido el Tribunal Supremo⁶⁵⁶.

2.2.3. La reparación del daño causado

Finalmente, el empresario está obligado a reparar el daño ocasionado con la lesión de los derechos fundamentales del trabajador. En este sentido, el artículo 182.1.d) de la LRJS señala que la sentencia que declare la existencia de la vulneración alegada dispondrá, además del restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición a la situación anterior, “la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo mencionado, es claro que la obligación que surge para el empresario en relación con la reparación del daño comprende diversos aspectos que no se limitan a la indemnización de que trata el artículo 183. Sobre este punto volveremos en el siguiente capítulo donde analizaremos con más detalle el alcance de esta

⁶⁵⁴ STS del 18 de abril de 2007 [RJ 2007, 3540].

⁶⁵⁵ STS del 1 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3398].

⁶⁵⁶ STS del 12 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3650].

disposición, aunque desde ya dejamos en claro que los dos efectos antes mencionados – la readmisión y los salarios de tramitación– hacen parte de esta reparación.

2.3. El régimen sobre despidos en Colombia: su consagración legal y la influencia constitucional

El panorama frente al despido vulnerador de derechos fundamentales dista de la claridad que presenta en el ordenamiento español precisamente por la circunstancia, tantas veces anotada, de la ausencia de normas de derecho positivo que regulen este aspecto tan problemático de la relación laboral.

La regulación actual sobre la terminación del contrato de trabajo es anterior a la Constitución vigente y la protección de los derechos fundamentales del trabajador continúa abriéndose camino en contra de la interpretación que de estas normas se sigue haciendo sin tener en cuenta que ahora se encuentran influidas por unas disposiciones constitucionales con pleno valor normativo.

Excepción hecha de la jurisprudencia de la Corte Constitucional –promotora y casi que única exponente de la interpretación en clave constitucional del Derecho Laboral– hasta hace muy poco tiempo encontrábamos sentencias en la jurisdicción ordinaria, incluida la Corte Suprema de Justicia, que por ejemplo, declaraban la “legalidad” de la extinción del contrato a término fijo de una mujer embarazada a la terminación del plazo pactado, sin importar si la verdadera razón de la terminación fue el embarazo y si el empleador contrataba a otra persona para reemplazarla.

Esta era la solución que se ajustaba al “ordenamiento jurídico” porque la ley –el Código Sustantivo del Trabajo– permite al empleador dar por terminado el contrato a término fijo siempre que preavise al trabajador con una antelación no menor a 30 días previos a la expiración del plazo inicialmente pactado; luego si la ley lo permite, no hay nada que reprochar en la conducta del empresario.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos referiremos sucintamente a la regulación legal sobre el despido, las modificaciones que ha introducido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, los casos en que han tenido lugar dichas modificaciones y, finalmente, defenderemos la extensión de las reglas que emanan de dicha jurisprudencia a todos los casos de violación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

2.3.1. La configuración legal del despido en el ordenamiento colombiano

De conformidad con la regulación existente en el CST sobre extinción del contrato de trabajo, cualquiera de las partes puede ponerle fin manifestándole a la otra su decisión en este sentido con fundamento en alguna de las causales previstas en la ley. En caso de que la terminación corresponda a la decisión unilateral del empleador y dicha decisión no encuadre dentro de alguna de las causales establecidas en el artículo 62 CST, estará obligado a pagar la indemnización de perjuicios.

De acuerdo con lo anterior, es claro que una de las facultades que la ley reconoce a las partes en el marco de la relación laboral, es la posibilidad de terminar el contrato de trabajo en cualquier momento con sujeción a lo que establece el CST, es decir, fundamentando su decisión en una de las causas legales para darlo por terminado o, pagando la indemnización de perjuicios prevista en la ley cuando es el empleador quien decide poner fin a la relación laboral.

Aunque la anterior es la regla general –la posibilidad de terminar el contrato de trabajo en cualquier momento a través del pago de una indemnización –, existen eventos en que la ley establece un régimen especial para el despido, que de no cumplirse, da lugar al reintegro del trabajador ya sea porque el despido sea anulable o porque se disponga su ineficacia, en ambos casos, se insiste, por voluntad expresa del legislador⁶⁵⁷.

Así, son anulables los despidos de los trabajadores amparados con fuero sindical sin la previa autorización del juez del trabajo y el de los trabajadores que a primero de enero de 1991 llevaran 10 años o más trabajando al servicio del mismo empleador. Este último supuesto actualmente es de poca ocurrencia ya que fue derogado por la Ley 50 de 1990 y solo continúa vigente para algunos trabajadores⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ ESCOBAR HENRÍQUEZ, Francisco. <Los despidos anulables, ilícitos e ineficaces y sus principales consecuencias jurídicas> EN: *Investigación y doctrina en Derecho del Trabajo: homenaje a Hernando Franco Idárraga*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 22.

⁶⁵⁸ En efecto, la reforma del Código Sustantivo del Trabajo introducida con el Decreto 2351 de 1965 introdujo una acción de reintegro para los trabajadores que tuviesen más de 10 años al servicio del empleador y fueren despedidos sin justa causa. Esta posibilidad fue derogada por la Ley 50 de 1990 que la mantuvo sólo para los trabajadores que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley tuvieran 10 o más años al servicio del empleador. De igual forma, la Ley 789 de 2002 que modificó las cuantías indemnizatorias por despido sin justa causa, dispuso que quienes tuvieran 10 años o más de servicio al momento de entrada en vigencia de dicha ley, continuarían siendo beneficiarios de lo dispuesto en la normatividad de 1990 y si a su vez, estas personas cumplían con el requisito de antigüedad previsto en la Ley 50, seguían siendo destinatarias de la opción de reintegro prevista en el Decreto 2351 de 1965.

Por su parte, la ley considera ineficaz el despido colectivo de trabajadores cuando se realiza sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo y el de la trabajadora embarazada que es despedida durante los descansos remunerados por maternidad o licencia de enfermedad motivada en el embarazo o parto.

En estos casos el despido no produce efectos jurídicos –a diferencia de los supuestos anteriores en donde la terminación del contrato produce todos sus efectos pero puede ser anulable judicialmente– y aunque la ineficacia opera de pleno derecho, el trabajador deberá acudir a la jurisdicción para que declare dicha ineficacia y sus consecuencias⁶⁵⁹.

Por tanto, a pesar de las excepciones anotadas, se puede afirmar que la regla general es que el empleador puede dar por terminado el contrato en cualquier momento mediante el pago de una indemnización. Este es el sentido del artículo 64 CST que establece la condición resolutoria en todos los contratos de trabajo por incumplimiento de lo pactado y con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida.

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento civil, la generalidad en el contrato laboral es que el ejercicio de la condición resolutoria sólo le da al trabajador la posibilidad de reclamar la indemnización de perjuicios –entendiéndose en todo caso que el contrato ha quedado resuelto–, no existiendo la alternativa del cumplimiento de la obligación más la indemnización como lo dispone el artículo 1546 del Código Civil.

Quiere ello decir que el trabajador, en principio, no puede solicitar el restablecimiento del contrato sino únicamente la indemnización de perjuicios o, en otras palabras, el trabajador no cuenta con acción de reintegro que le permita obtener la reinstalación a su puesto de trabajo. Esta es, insistimos, la regla general que se deriva de las disposiciones legales y que cuenta con las excepciones que dejamos anotadas.

Así las cosas, se ha entendido que la posibilidad de dar por terminados los contratos de trabajo, aún sin justa causa, es una facultad que la ley le concede al empleador y que para hacer uso de ella le basta con pagar la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

En otros términos, salvo los casos diferenciales de estabilidad laboral anotados, el empleador puede decidir libremente la terminación unilateral de los contratos de trabajo sin

⁶⁵⁹ BERMÚDEZ ALARCÓN, Katerine. <Vicisitudes del contrato de trabajo> EN: *Derecho del Trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 268-270.

justa causa mediante el pago de una indemnización⁶⁶⁰. Esta afirmación, no obstante, debe ser matizada a través de la lectura constitucional de las normas laborales como expondremos más adelante.

2.3.2. La configuración del despido desde el punto de vista constitucional: los derechos fundamentales como límites a los poderes empresariales

La Corte Constitucional ha consolidado una extensa línea jurisprudencial acerca de la extinción del contrato de trabajo cuando está de por medio la afectación de alguna garantía fundamental en dos supuestos concretos⁶⁶¹: el despido de mujeres embarazadas y de trabajadores en situación de discapacidad.

Lo anterior, puesto en términos del principio constitucional de estabilidad en el empleo, es lo que se conoce como estabilidad laboral reforzada⁶⁶². Se trata de una forma especial de estabilidad que solo cubre a un determinado grupo de trabajadores que se encuentren en alguna situación especial que los haga acreedores a ella –entre ellos las mujeres embarazadas y los trabajadores en situación de discapacidad– y se traduce en que solo pueden ser despedidos si existe una justa causa y previa autorización del Inspector del trabajo, so pena de considerarse ineficaz el despido.

Además de los dos casos anteriores, la Corte también ha decantado extensa jurisprudencia acerca de la protección del derecho de asociación sindical, el derecho de negociación colectiva y el uso abusivo de las facultades del empleador para desconocer dicha garantía, especialmente en los casos de despido.

Aunque en ambos casos se trata de una limitación constitucional de la libertad empresarial relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales, en los casos de estabilidad laboral reforzada concurren además una serie de circunstancias y obligaciones de especial protección en cabeza del Estado que trascienden de la simple garantía de estos derechos, razón por la cual estudiaremos ambos eventos por separado.

⁶⁶⁰ Se ha dicho incluso que el empleador “tiene el derecho de prescindir, en forma arbitraria, de los servicios de los trabajadores a su cuenta a cambio de pagarles una suma relativa de dinero...” (ESCOBAR HENRÍQUEZ..., <Los despidos..., pág. 23).

⁶⁶¹ Aunque no se limitan solo a estos, se trata de los tres casos que ocupan la mayoría de pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁶⁶² Corte Constitucional, sentencia T-445 del 4 de julio de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

2.3.2.1. Los casos de estabilidad laboral reforzada

La Corte Constitucional ha dicho que en virtud de la existencia de preceptos de orden superior –principios y valores constitucionales– que obligan a otorgar una especial protección a personas que por sus condiciones se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, las reglas generales sobre estabilidad laboral se modifican en favor suyo haciéndose acreedores a una mayor protección frente al despido.

La garantía de estabilidad laboral reforzada deriva entonces de la jurisprudencia constitucional, que al interpretar las normas legales sobre protección de las categorías de trabajadores que están sujetos a ella, ha establecido la ineficacia del despido cuando este se produce sin justa causa y sin permiso del Inspector del Trabajo. Tales categorías son, entre otras, las trabajadoras embarazadas y las personas en situación de discapacidad.

En el caso de las mujeres embarazadas la especial protección de que son titulares tiene su fundamento en cuatro pilares de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁶³:

- En primer lugar, se fundamenta en el artículo 43 de la Constitución que le otorga una “especial asistencia y protección” por parte del Estado durante el embarazo y después del parto;
- En segundo término, encuentra sustento en la prohibición de discriminación en contra de la mujer, especialmente en el ámbito del empleo, derivada de los artículos 13, 25, 43 y 53 constitucional. Lo anterior teniendo en cuenta que *“una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez...”*⁶⁶⁴;
- En tercer lugar, se asienta en la concepción de la vida como elemento fundante del ordenamiento constitucional y la prevalencia de los derechos de los niños en el orden jurídico, cuestión que hace a la mujer merecedora de una especial protección *“como gestadora (sic) de la vida que es”*⁶⁶⁵;
- Finalmente, la protección de la mujer embarazada también encuentra asidero en la relevancia de la familia como institución básica de la sociedad que recibe una protección integral por parte del Estado (artículo 44 C.P.).

⁶⁶³ Corte Constitucional, sentencia T-138 del 27 de marzo de 2015, MP.: María Victoria Calle Correa.

⁶⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁶⁵ *Ibíd.*

En virtud de lo anterior es que se concede a la trabajadora embarazada la protección frente a la terminación del contrato⁶⁶⁶, para lo cual la Corte Constitucional ha definido una serie de criterios que determinan el grado de protección en función de distintos factores, entre ellos, si el empleador tenía conocimiento o no del estado de embarazo y la modalidad de vinculación de la trabajadora.

El grado de protección mayor lo constituye la declaración de la ineficacia del despido con la consecuente orden de reintegro de la trabajadora a su puesto de trabajo y tiene lugar, por regla general, cuando el empleador conoce el estado de embarazo y se trata de un contrato a término indefinido. En los contratos de trabajo temporal la ineficacia del despido y el reintegro dependerá, además del hecho de que el empleador tuviera conocimiento del embarazo, del momento en que se tome la decisión de terminar el contrato⁶⁶⁷.

Tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional ha dicho que también tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en tanto se encuentran en situación de debilidad manifiesta, por tanto tienen derecho a mantener el empleo y a no ser despedido sin la previa autorización del Inspector de Trabajo.

Si el trabajador que se encuentra en estas condiciones es despedido omitiendo el anterior requisito, la Corte ha entendido que se trata de un despido discriminatorio hecho en razón de la situación de discapacidad del trabajador, con lo cual el despido es ineficaz y el empresario estará en obligación de reintegrarlo a su puesto de trabajo⁶⁶⁸.

La regla anterior tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la interpretación que ha hecho de las normas legales que regulan la protección de las personas en situación de discapacidad contenidas en la Ley 361 de 1997, en especial de la protección frente al despido consagrada en el artículo 26 de la citada ley.

En dicho artículo se estableció que ninguna persona con discapacidad podía ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo autorización de la oficina del trabajo. Quienes fuesen despedidos sin esta autorización, tenían derecho al pago de una

⁶⁶⁶ La estabilidad reforzada de la mujer embarazada procede frente a la terminación del contrato cualquiera que sea la causa y no únicamente frente al despido. Lo anterior es así ya que no solo cobija el contrato a término indefinido, sino también a las modalidades de contrato de trabajo temporal en los que la terminación puede tener lugar por causas objetivas distintas de la decisión del empleador, v. gr. La expiración del plazo fijo pactado o la realización de la obra o labor contratada (artículo 61 CST).

⁶⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, MP.: Alexei Julio Estrada.

⁶⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-359 del 10 de junio de 2014, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

indemnización equivalente a 180 días de salario más las prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la ley laboral vigente.

En el análisis de constitucionalidad del artículo mencionado la Corte sostuvo que desde la perspectiva constitucional y en atención a la especial protección ordenada por el constituyente frente a las personas con discapacidad, las previsiones de la Ley 361 de 1997 frente al despido resultaban insuficientes y por tanto, era necesario armonizarlas con el texto de la Constitución.

Dicha armonización pasaba por el desconocimiento de cualquier efecto jurídico al despido que se producía en contravención de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361, es decir, una adecuada protección laboral para el trabajador discapacitado en clave constitucional debía considerar la ineficacia del despido. De esta manera, en la sentencia C-531 de 2000, declaró exequible el artículo mencionado

“bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad..., así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos..., carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”⁶⁶⁹.

Estos dos eventos de estabilidad laboral reforzada constituyen los casos paradigmáticos de influencia constitucional en la regulación legal de las relaciones laborales y particularmente de la forma en que los derechos fundamentales condicionan la actuación del empleador. Adicional a estos dos supuestos encontramos la prolija jurisprudencia sobre protección del derecho de asociación sindical y la forma en que este derecho limita el ejercicio de las facultades que la ley concede al empleador.

2.3.2.2. El uso abusivo de la facultad de terminación del contrato sin justa causa –y en general de las facultades del empleador– como instrumento de vulneración de la libertad sindical

La Corte Constitucional ha reconocido, a propósito del estudio de la procedencia de la acción de tutela cuando la reclamación se enmarca en la ejecución de un contrato de trabajo, que el ejercicio de los poderes y facultades empresariales puede dar lugar a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 10 de mayo de 2000, MP.: Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-386 del 5 de abril de 2000, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

De esta manera, la libertad con que cuenta el empleador para el ejercicio de las prerrogativas que la ley le reconoce se encuentra limitada por las normas constitucionales y por el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, en tanto que el empresario, como cualquier particular, se encuentra sujeto a la Constitución y al respeto y observancia de sus postulados.

“Pero además, estima la Sala que la libertad patronal para celebrar pactos colectivos que coexistan con convenciones colectivas, cuando ello es permitido según las precisiones anteriores, igualmente se encuentra limitada por las normas constitucionales. En efecto, la sumisión de los patronos a la Constitución no sólo se origina y fundamenta en los arts. 1o., 4o, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido, sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y de las organizaciones sindicales.

Lo dicho antes permite a la Sala establecer como regla general que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos, valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical”⁶⁷¹.

Lo dicho en el aparte transcrito –pronunciamiento que se dio a propósito de la celebración de un pacto colectivo con trabajadores no sindicalizados en detrimento de los afiliados al sindicato– aplica igualmente para el ejercicio de cualquiera de las facultades empresariales, en tanto todas sus actuaciones se encuentran sometidas a la vigencia del orden constitucional.

Así las cosas, aunque el ordenamiento reconoce y regula la libertad con que cuenta el empleador para despedir sin justa causa mediante el pago de una indemnización, es claro que aquel no puede hacer uso de dicha facultad como instrumento para discriminar o violar cualquiera de los derechos fundamentales de los trabajadores, en tanto que esto últimos obligan tanto a las autoridades públicas como a los particulares.

Tal como lo ha señalado expresamente la Corte Constitucional, “al patrono no le puede ser permitido, escudado en la libertad para convenir o contratar y para disponer libremente de su patrimonio, desconocer los derechos principios y valores constitucionales”⁶⁷². Por tanto,

⁶⁷¹ Corte Constitucional, sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁷² *Ibíd.*

las actuaciones del empleador, que fundadas en la libertad empresarial desconozcan los derechos fundamentales de los trabajadores, constituyen un claro ejercicio abusivo de dicha libertad.

Ello es así por la preeminencia de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho que funda su legitimidad, ya no solamente en el reconocimiento de tales derechos, sino en la real eficacia y observancia de los bienes constitucionales fundamentales⁶⁷³. Es así como los derechos fundamentales condicionan y limitan el ejercicio de las facultades empresariales, de manera que

“no existe, pues, una libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo una relación laboral. Si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales, hace que el despido constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal”⁶⁷⁴.

Aunque el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo contempla un cierto margen de discrecionalidad para el empresario al momento de hacer uso de la facultad en ella concedida, es claro que, a pesar de dicha discrecionalidad, el despido de un trabajador no puede desconocer el ordenamiento superior que le sirve de fundamento a la norma que consagra la potestad empresarial de extinción del contrato sin justa causa.

Por tanto, no le es dado al empleador ampararse en el uso ilimitado y sin condicionamiento alguno de la facultad de terminación de los contratos de trabajo para desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores. Tal proceder constituye un ejercicio abusivo de una facultad legal en contravención de normas de carácter superior a cuyo respeto se encuentra obligado de conformidad con el artículo 4 de la Constitución⁶⁷⁵.

Ahora bien, esta limitación se predica no solo del despido en los contratos a término indefinido, sino también frente a la extinción de los contratos de trabajo cuya duración ha sido previamente acordada por las partes, es decir, el contrato a término fijo.

Así, en los contratos de trabajo temporales la ley también reconoce al empleador la facultad de no renovación de los mismos una vez llegado cumplido el plazo de duración pactado o cualquiera de sus prórrogas, para lo cual le bastará con avisar al trabajador su decisión de no renovar el contrato, con una antelación de 30 días a la fecha de vencimiento.

⁶⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-1328 del 10 de diciembre de 2001, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-965 del 6 de diciembre de 2011, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De la misma forma en que sucede con el despido –se trata también de una facultad legal con la única diferencia que el vencimiento del plazo pactado no genera indemnización en favor del trabajador– la terminación de los contratos a término fijo no puede ser utilizada por el empleador como instrumento de violación de los derechos fundamentales del trabajador⁶⁷⁶.

Se da un uso abusivo de esta facultad cuando su ejercicio está fundamentado en móviles antisindicales –v. gr. Impedir la fundación de un sindicato, disminuir el número de afiliados procurando su desaparición, o impedir el ejercicio del derecho de negociación colectiva, etc.–, discriminatorios o, en general, cuando con ella se desconocen los derechos fundamentales del trabajador.

“Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo”⁶⁷⁷.

En definitiva, a pesar de la facultad con que cuenta el empleador para terminar los contratos y con independencia de que se trate de un despido con o sin justa causa, “lo que resulta inadmisibles desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es que el despido obedezca a una utilización abusiva de una facultad legal para esconder un trato discriminatorio hacia un empleado”⁶⁷⁸.

La lesión de las garantías fundamentales de los trabajadores puede tener lugar mediante el ejercicio de cualquiera de las facultades o poderes del empleador que dimanen del

⁶⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-701 del 14 de agosto de 2003, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, MP.: Alexei Julio Estrada. Se debe precisar que esta sentencia versó sobre la protección laboral reforzada de que gozan las mujeres embarazadas, situación que por tener unos fundamentos constitucionales particulares, tiene así mismo unas reglas precisas de protección que difieren de las que en general otorga la Corte en casos de lesión de derechos fundamentales. No obstante lo anterior, en tanto el aparte transcrito refleja la doctrina constitucional acerca de los derechos fundamentales como límites a las facultades empresariales es aplicable con carácter general a cualquier evento de no renovación del contrato que obedezca a móviles discriminatorios.

⁶⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-445 del 4 de julio de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

contrato de trabajo: en la terminación del mismo, en el ejercicio del poder de subordinación, en el *ius variandi*, en el ejercicio de la potestad sancionadora, etc.

Es por lo anterior que frente a la terminación del contrato durante el periodo de prueba, también operan los derechos fundamentales como límites a la facultad empresarial. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en abundante jurisprudencia y más recientemente en la T-1097 de 2012, en apartados que reproducimos *in extenso*

“Esta Corporación ha precisado que la aplicación del periodo de prueba no es absoluta comoquiera que su ejercicio está limitado por los derechos del trabajador, con el fin de evitar que la parte débil de la relación laboral quede a merced del arbitrio del empleador...”

...el uso ilimitado de las facultades legales antes mencionadas puede sustentar el ejercicio de actos discriminatorios fundados en las categorías prohibidas por el inciso segundo del artículo 13 Superior (prohibición de la discriminación por género, raza origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política a religiosa)...

...de esta manera, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, ‘si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada’...

...la Corporación ha sintetizado que no puede concederle los efectos legales propios al periodo de prueba, cuando se ha ejercido en contra de los derechos de los trabajadores. Una conclusión contraria a la señalada llevaría a vulnerar normas constitucionales, en concreto derechos fundamentales⁶⁷⁹.

Resulta indiferente entonces cual sea el escenario utilizado por el empresario para violentar los derechos de los trabajadores y cual sea el derecho vulnerado siempre que se trate de un derecho fundamental, casos en los cuales se debe dar aplicación a la normativa constitucional que ordena garantizar la efectividad de los derechos en ella reconocidos.

2.3.2.3. Las reglas sentadas por la Corte Constitucional frente a la libertad sindical son aplicables a cualquier evento de violación de derechos fundamentales

Aunque las subreglas sobre despidos violatorios de derechos fundamentales han sido extraídas en la jurisprudencia constitucional a partir de eventos de lesión del derecho de asociación sindical, ello no quiere decir, ni mucho menos, que tales subreglas no sean aplicables a cualquier evento de lesión de los derechos laborales inespecíficos del

⁶⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1097 del 18 de diciembre de 2012, MP.: Luis Ernesto Vargas silva.

trabajador o al ejercicio de cualquier facultad reconocida por la ley al empresario distinta del despido.

La irrupción de la Constitución con toda su fuerza normativa al contrato de trabajo –la constitucionalización del Derecho Laboral– supone una limitación clara de las facultades que emanan del ejercicio del poder de subordinación por parte del empleador y aquellas que pueden derivarse de la libertad contractual.

De esta manera, es claro que lo que subyace detrás de los pronunciamientos de la Corte Constitucional es la protección de los derechos fundamentales del trabajador cualquiera que estos sean y la garantía de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento e incluso sobre las actuaciones de los particulares.

Por lo anterior, en otras oportunidades en las que se ha visto comprometido un derecho fundamental distinto de la libertad sindical o por fuera de los casos de estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional ha ordenado el reintegro de los trabajadores.

Así sucedió en la sentencia T-327 de 2009⁶⁸⁰ en la que juzgaba el caso de un trabajador miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día a quien su religión no le permitía trabajar el día sábado. El empleador decidió modificar su jornada de trabajo –que era de lunes a viernes– para incluir también los sábados en las mañanas, aún a sabiendas de que el trabajador profesaba una religión que le impedía trabajar este día de la semana.

Como consecuencia de la negativa del trabajador, la empresa decidió despedirlo alegando como justa causa el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La Corte encontró que el despido obedeció a la negativa del trabajador a laborar el día sábado, con lo cual el empleador lesionó su derecho fundamental a la libertad religiosa.

Así mismo, en la sentencia T-276 de 2014, la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales de un trabajador que fue despedido por haber usado un disfraz que dejaba al descubierto sus nalgas y haberlo exhibido delante de sus compañeros en el parqueadero de la empresa antes de abordar el bus dispuesto por esta para el transporte de sus trabajadores.

El empleador lo despidió alegando como justa causa el quebrantamiento grave del reglamento interno de trabajo de la empresa que obliga a los trabajadores a “guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros” y a “observar

⁶⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-327 del 14 de mayo de 2009, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

las buenas costumbres durante el servicio y fuera de él”. Así las cosas, el trabajador cometió una falta grave consistente en la “ejecución de un acto inmoral en las instalaciones de la empresa”⁶⁸¹.

La Corte encontró que en este caso se había violado el derecho fundamental del demandante al debido proceso, en la medida en que el despido de que fue objeto el trabajador fue considerado arbitrario y desproporcionado por desconocer los elementos de culpabilidad y proporcionalidad consustanciales al ejercicio de la potestad disciplinaria.

2.3.2.4. Las consecuencias del acto vulnerador de los derechos fundamentales: la ineficacia del despido y el reintegro del trabajador

El acto transgresor de los derechos fundamentales, por ser abiertamente contrario a la Constitución, no produce efectos jurídicos. La consecuencia, o la sanción si se quiere, cuando se actúa en franca rebeldía del ordenamiento constitucional, violando los derechos fundamentales de los trabajadores, es la ineficacia del acto que origina la lesión.

“...así como en el ámbito del derecho civil se estudia cómo la causa inmoral o ilícita vicia de nulidad la manifestación de la voluntad humana, en el caso que nos ocupa, la motivación que en sí misma es lesiva de derechos fundamentales, hace que la situación jurídica que en tal motivación toma pie no pueda surtir efectos, porque precisamente dichos efectos se erigen como la concreción material de la violación de los derechos mencionados”⁶⁸².

Es claro entonces que si el despido –o en general cualquier actuación del empresario que emana del ejercicio de los poderes de dirección y subordinación– resulta lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, dicha actuación no se encuentra protegida por el ordenamiento y no puede, en consecuencia, producir los efectos jurídicos que en otras circunstancias estaría llamada a producir.

La Corte Constitucional ha señalado reiteradamente la ineficacia del despido cuando se trata de sujetos acreedores de estabilidad laboral reforzada. Igualmente, en los eventos de despido antisindical, la jurisprudencia ha dicho que la terminación del contrato no produce efectos jurídicos.

La razón de lo anterior es que se trata de una actuación en franca rebeldía con el ordenamiento constitucional, es decir, el despido con violación de un derecho fundamental es una transgresión directa de la Constitución y dada la supremacía que esta tiene en el

⁶⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-276 del 6 de mayo de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

⁶⁸² Corte Constitucional, sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa.

ordenamiento jurídico, los actos que la contraríen son contrarios a derecho y por tanto ineficaces.

“Bajo esa línea argumentativa, si un despido tiene como fundamento la afiliación de una persona al sindicato, debe considerarse opuesto a la Constitución Política y, por lo tanto, ineficaz. Ahora bien, desde el punto de vista probatorio, resulta evidente que cuando el empleador acude a su facultad legal de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa para afectar de esa forma la libertad sindical no hace explícitos sus propósitos de atentar contra la existencia y funcionamiento del sindicato”⁶⁸³.

Consecuencia lógica de la ineficacia del despido es que el contrato de trabajo se mantiene vigente y resulta procedente el reintegro del trabajador. En efecto, si la consecuencia consustancial al acto de despido es la terminación del contrato de trabajo y, dado que en virtud de la declaración de ineficacia del mismo no produce efectos, debe entenderse que la relación laboral jamás llegó a su fin manteniéndose vigente el vínculo contractual entre las partes.

Asignar al despido discriminatorio con violación de derechos fundamentales las mismas consecuencias previstas para el despido sin justa causa –el pago de una indemnización–, desconoce el mandato contenido en la Constitución acerca de la obligación que tienen las autoridades públicas de garantizar la efectividad de los derechos en ella reconocidos.

De esta manera no tendría sentido hacer distinción entre el despido injusto y aquel que atenta contra los derechos fundamentales en tanto que las consecuencias jurídicas serían las mismas. Por tanto, de nada serviría indagar acerca de los verdaderos motivos que guiaron la actuación empresarial si, aun desvelándolos, su actuación contraria al ordenamiento constitucional tendría la virtualidad de romper el contrato de trabajo.

Tampoco sería de recibo sostener que el reintegro solo es procedente en aquellos casos en que se encuentra expresamente previsto en la ley, ya que cuando la impugnación del despido se basa en la violación de un derecho fundamental, la solución trasciende del simple apego a la legalidad ordinaria y se torna en un asunto de relevancia constitucional en el que se ha de imponer la supremacía de la Constitución (artículo 4° C.P.).

Una eficaz protección de los derechos fundamentales vulnerados comporta el restablecimiento del vínculo contractual que fue roto de forma ilegítima por el empleador y

⁶⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-842A del 18 de noviembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

que pierde su fuerza extintiva como consecuencia de la declaración de ineficacia hecha por el juez.

Por tanto, el trabajador tendrá derecho a ser reinstalado en su lugar de trabajo junto con el pago de los salarios dejados de percibir, en la medida en que se considera que el contrato nunca llegó a su fin y aquel no accedió a la remuneración a que tendría derecho por causa imputable al empresario.

2.3.3. El “viejo derecho” y su entendimiento de las normas laborales: un obstáculo pendiente de superar para la efectiva protección de los derechos fundamentales de los trabajadores

La configuración actual del Derecho del Trabajo, debida en gran parte al fenómeno de la constitucionalización de esta rama del derecho, le asigna diversas funciones que van más allá del tradicional entendimiento de esta disciplina como reguladora de las relaciones capital-trabajo. Tales funciones giran en torno a la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos⁶⁸⁴:

En primer lugar, los derechos laborales propiamente dichos que fueron reconocidos al trabajador en tanto parte débil de la relación laboral y que significaron en últimas el nacimiento del Derecho del Trabajo. Tales derechos serían: salario mínimo, jornada máxima, indemnización de perjuicios ante la ruptura contractual, etc.

En segundo término, los derechos fundamentales de contenido típicamente laboral: el derecho de asociación sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva; derechos que pertenecen al trabajador precisamente por ostentar esta condición y a través de los cuales logra, como sujeto colectivo, la adecuada defensa de sus intereses.

Finalmente y en épocas más recientes, los derechos laborales inespecíficos incorporados al contrato de trabajo gracias al reconocimiento del valor normativo de los textos constitucionales y su supremacía en el resto del ordenamiento jurídico.

De cualquier forma, el reconocimiento de esta última función del Derecho Laboral en lo que a la protección de los derechos de los trabajadores se refiere, no ha sido pacífico y la tendencia es a aceptar solo las dos primeras, negando o minimizando el valor de la relacionada con la protección de los derechos laborales inespecíficos.

⁶⁸⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. <La Tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro>. *Revista de Derecho*. 2007, Vol. 20, Núm. 2, pág. 51-52.

Como señala Ugarte⁶⁸⁵, el “laboralismo conservador”, muy ligado al legalismo propio de las épocas del Estado legicentrista⁶⁸⁶, tiende a desconocer la relevancia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el contrato y a considerar que sólo son merecedores de atención los derechos reconocidos en la ley.

Lo anterior se deriva de la reticencia que aún se encuentra en diversos sectores a aceptar el nuevo paradigma constitucional producto del reconocimiento del valor normativo y por tanto de la plena eficacia jurídica de la Constitución, propio del constitucionalismo moderno. Estos sectores, anquilosados en las épocas en que la ley y los códigos eran el eje central del ordenamiento, se niegan a reconocer la irradiación de la Constitución –y de más está decirlo, su supremacía– en la interpretación y aplicación del derecho.

Se trata de la negación del “nuevo derecho”⁶⁸⁷ –afincado en nuestro ordenamiento principalmente a partir de la expedición de la Constitución de 1991–, esto es, una nueva concepción de aquel conformada por una serie de argumentos de corte antiformalista que propenden por dejar de lado los criterios jurídicos tradicionales en lo relacionado con la interpretación del derecho, el sistema de fuentes o el papel del juez en la creación del mismo⁶⁸⁸.

Este nuevo entendimiento parte de la transformación de la Constitución en una norma jurídica propiamente dicha, que además de validar la pertenencia al ordenamiento de otras normas de inferior jerarquía, permite la aplicación directa de los derechos, valores y principios que consagra en cualquier tipo de relaciones ciudadanas, incluidas las que tienen lugar entre particulares⁶⁸⁹ y que tradicionalmente han estado sujetas al dogma de la autonomía de la voluntad.

La concepción axiológica de la Constitución implica que los valores en ella reconocidos ya no son solo normas de carácter programático, sino que están dotados de fuerza normativa que determina la conformidad constitucional de la resolución de los litigios en cualquiera de

⁶⁸⁵ UGARTE CATALDO..., <La Tutela de derechos fundamentales y el Derecho..., pág. 52.

⁶⁸⁶ Cfr. Capítulo I.1.

⁶⁸⁷ Viejo derecho en oposición al nuevo derecho, de ahí el título de este acápite. Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego. <Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho: examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística>. *Revista de Derecho*. Universidad de los Andes. 2012, Núm. 47.

⁶⁸⁸ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. <El “nuevo derecho” en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?>. *Revista de Derecho*. 2008, Núm. 29, pág. 292.

⁶⁸⁹ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. <Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción> EN: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (edits.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pág. 210-211.

las ramas del ordenamiento jurídico⁶⁹⁰. Esto quiere decir que los principios y valores constitucionales condicionan la aplicación del derecho en la solución de un caso concreto.

En contraste, el viejo derecho continúa pensando que si la ley (artículo 64 CST) consagra la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo mediante el pago de una indemnización, no puede desconocerse esa facultad cuando es ejercida en los términos de la norma que la consagra.

El viejo derecho entiende que el empleador que despide a una mujer embarazada sin autorización del Inspector del Trabajo (artículo 239 CST), puede dotar de eficacia jurídica a su decisión extintiva con sólo pagar las indemnizaciones que consagra la ley; está adecuando su conducta a las disposiciones legales con lo que ningún reproche cabe a quien actúa conforme a lo que estipulan los Códigos.

Para el viejo derecho no existe limitación alguna para que el empresario de por terminado el contrato de trabajo durante el periodo de prueba ya que de la regulación legal del mismo se extrae que no es una decisión causal (artículo 80 CST); por el contrario, se puede decir que la norma consagra una facultad de desistimiento para las partes que ejercida en los términos del Código se reputa legal y por tanto ajustada al ordenamiento jurídico.

La no renovación de los contratos a término fijo es, para el viejo derecho, una facultad del empleador que solo requiere, para hacer uso de ella, cumplir con las previsiones legales en cuanto a la antelación con que debe avisarse al trabajador la decisión de no renovación (artículo 46 CST). Así, si el empresario preavisa al trabajador con los 30 días de antelación que manda la ley ninguna responsabilidad le cabe por la terminación de un contrato que se hizo con apego a la legalidad vigente.

En fin, para el viejo derecho la fuerza extintiva de la decisión empresarial de dar por terminado el contrato de trabajo depende exclusivamente del apego de su conducta a lo que disponga la ley y el Código Sustantivo del Trabajo⁶⁹¹. No tienen cabida aquí las

⁶⁹⁰ *Ibidem*, pág. 236.

⁶⁹¹ Como esta(ría) de enquistado este entendimiento en la cultura jurídica nacional, que aun dentro de la propia Corte Constitucional en sus inicios se alzaban voces en contra de la nueva concepción del derecho que comenzaba en ese entonces a abrirse paso, precisamente –atención a la paradoja– gracias a la labor de la Corte Constitucional. No pueden ser más ilustrativas las palabras de un magistrado expuestas en sendos salvamentos de voto a las sentencias SU-342 de 1995 y SU-256 de 1996, en la última de las cuales sostuvo: “Es el **nuevo derecho** que ha reemplazado los códigos: ya no le basta a nadie sujetar su conducta a la ley vigente, contratar o realizar, en general, actos jurídicos de conformidad con ella. Y no le basta porque siempre podrá el juez de tutela, basándose en imaginarios quebrantos de derechos fundamentales, hacer a un lado las leyes y dispensar justicia

eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores cuando el empleador cumple su carga legal: pagar la indemnización de perjuicios.

Menos cabida tiene aún, para esta concepción del derecho, una orden de reintegro en un proceso ordinario de despido bajo la supuesta violación de un derecho fundamental, cuando bien es sabido que la ley solo prevé la posibilidad de reintegro en unos supuestos muy concretos y en todo caso, excepcionales.

Ejemplos de este entendimiento de las normas laborales al margen de las disposiciones constitucionales se pueden encontrar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pieza clásica en este sentido lo constituye la sentencia 13561 de 2000⁶⁹² en donde la CSJ, mediante una argumentación que es la más pura muestra de la concepción legalista del derecho, se niega a acoger la jurisprudencia constitucional sobre protección a la trabajadora embarazada.

En dicha sentencia la Corte Suprema desconoce la obligatoriedad del precedente constitucional⁶⁹³, controvierte la facultad de la Corte Constitucional de dictar sentencias de constitucionalidad condicionada y al final señala el entendimiento que en su criterio se debe dar a las normas legales de protección a la maternidad; dicho entendimiento, no está de más decirlo, le reconoce la fuerza extintiva al despido realizado durante el embarazo o los tres meses posteriores al parto aun sin autorización administrativa.

Adicionalmente, aun cuando reconoce eventos de ineficacia del despido en los artículos 239 –despido durante el embarazo o los tres meses posteriores al parto– y 241 –despido durante los descansos o licencias que tengan como causa el embarazo– del CST, dicha ineficacia no la hace derivar de la protección que los artículos 13, 53 y 43 de la Constitución ordenan en favor de la mujer embarazada, sino del propio texto legal que en un caso

a su arbitrio. El **nuevo derecho** implica la generalización de la “ley del encaje” a que se refiriera don Quijote en su discurso sobre la edad dorada” (negrillas originales).

⁶⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 11 de mayo de 2001, radicación 13561, MP.: Germán Valdés Sánchez.

⁶⁹³ Uno de los argumentos para negar el carácter vinculante del precedente radica en que la única interpretación de la ley que es obligatoria para el juez es la que hace el Congreso por vía de autoridad como lo dispone el Código Civil; es decir, que a argumentos de índole constitucional derivados, entre otras cosas, de la función de intérprete autorizado de la Constitución que la misma Carta Política le otorga a la Corte Constitucional, la Sala Laboral de la Corte Suprema le opone el Código Civil, esto es, una norma de inferior jerarquía. Un ejemplo más de la consideración de la “todopoderosa” ley en el Estado Legal de Derecho. Cfr. Capítulo I.1.

prohíbe el despido por motivo de embarazo (artículo 239) y en el otro, consagra expresamente la ineficacia del despido (artículo 241).

También el entendimiento del despido como facultad del empleador en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se hace con absoluta prescindencia del texto constitucional, un ejemplo de ello lo constituye la sentencia 38288 de 2014.

En esta sentencia se resolvió la demanda de un trabajador que alegaba que el despido fue discriminatorio y por ende ineficaz, ya que la causa alegada por el empleador fue que en la misma empresa trabajaba su cónyuge⁶⁹⁴. Como esta motivación no constituye justa causa a la luz del artículo 62 del CST, la empresa reconoció y pagó la indemnización correspondiente.

Pues bien, con independencia de que en realidad se tratará de un despido discriminatorio o no, lo cierto es que la CSJ omitió cualquier análisis en este sentido, limitándose a estudiar la facultad de terminación del contrato sin justa causa con pago de indemnización a la luz de la codificación sustantiva laboral. Es decir, a pesar de que el actor planteaba un asunto de relevancia constitucional, ningún pronunciamiento le mereció a la Corte dicha circunstancia y terminó decidiendo el caso con fundamento exclusivo en el CST.

Sostiene la Corte que la legislación colombiana optó por un sistema de estabilidad laboral relativa en donde el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo en cualquier momento mediante el pago de una indemnización; reconociendo además que se trata de un caso de abuso del derecho, pero que al estar autorizado por la ley, no genera más consecuencias que el resarcimiento de los perjuicios en la forma dispuesta en el CST.

Como tuvimos oportunidad de exponerlo *supra*, las anteriores afirmaciones no darían lugar a un ápice de discusión de no ser porque, se insiste, el caso sometido a la Corte planteaba un problema de discriminación que no fue tenido en cuenta. A pesar de la corrección apriorística del anterior razonamiento, no puede sostenerse que el mismo sea válido cuando

⁶⁹⁴ El problema jurídico fue señalado por la Corte en los siguientes términos “En suma, lo que se plantea en las acusaciones es la ineficacia del despido ante la motivación dada por la entidad, independientemente de que mediara el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues a juicio del censor argüir la existencia de un vínculo de carácter matrimonial, es una actuación contraria a la Constitución y a la ley”. Debe advertirse no obstante, que la sentencia es confusa en este sentido ya que más adelante sostiene que el actor alega un vicio del consentimiento de su parte o una actuación dolosa de la demandada, aspectos que en principio, nada tienen que ver con la violación de un derecho fundamental.

lo que se alega es la vulneración de un derecho fundamental. Pero la Corte Suprema parece no entenderlo de esa manera:

“...tales disposiciones lo que ratifican es la potestad del empleador de terminar el vínculo sin talanquera distinta que la satisfacción de una sanción previamente referida, salvo que se encuentre demostrado un perjuicio mayor...”

...Bajo tal línea legislativa, la pluricitada (sic) sanción por la terminación, salvo que se demuestre un perjuicio aun mayor, que no es el caso, conlleva a que se prescindiera de las razones dadas por el empleador, que incluso pueden no existir, sin que ello se traduzca en una nulidad, se insiste, ante la habilitación que hacen las normas atrás referidas.

Si de lo que se trata es de una confrontación desde la perspectiva constitucional, lo cierto es que independientemente de que se valide la decisión adoptada por la entidad demandada, no puede considerarse trasgresor el resultado pues lo que existió fue una compensación sobre una medida injusta que se reguló conforme con las leyes laborales...”⁶⁹⁵ (negrilla añadida).

Es decir, para la Corte la regla antes enunciada no sufre ninguna alteración, ni siquiera en los casos que ofrezcan una relevancia constitucional, debido a que el empresario pagó la indemnización que el Código Sustantivo del Trabajo ordena para los despidos sin justa causa. En términos más sencillos: la Corte encontró que la actuación del empleador, aun planteada en perspectiva constitucional, era legítima en tanto se ajustó a la legalidad ordinaria (¿?).

Otra situación que ejemplifica lo que estamos planteando y que tenía ocurrencia hasta hace muy poco en la jurisprudencia de la Corte Suprema, era la relativa a la protección de las mujeres embarazadas en contratos a término fijo. La Sala Laboral sostenía que en tales casos no se podía hablar de despido discriminatorio en la medida en que lo que operaba era una forma diferente de terminación del contrato que era el vencimiento del plazo fijo pactado.

“No podría entonces predicarse que existió un despido injusto, sino que, simplemente, en atención al vencimiento del plazo, la demandada decidió no renovarlo, situación que en modo alguno podría desconocerse, ni menos reprocharse.

Aun cuando las mujeres en estado de embarazo, o en periodo de lactancia, merecen especial protección del Estado, y que en muchas oportunidades los empleadores, motivados por su situación, desconocen abruptamente sus derechos, lo cierto es que tal razón no puede servir de argumento para desdibujar la figura del contrato a término fijo, cuando, como en este caso, las partes conocían de antemano tal circunstancia y la aceptaron con las consecuencias que ello acarrea.

⁶⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 30 de julio de 2014, radicación 38288, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

En tal sentido, no se encuentra acreditado que la terminación del vínculo obedeciera a una decisión unilateral e injusta del demandado, sino, se reitera, a una consecuencia contractual y por ello no es viable acceder a las indemnizaciones pretendidas, ni al pago de la licencia de maternidad⁶⁹⁶.

Volvemos nuevamente sobre el mismo punto: aunque desde una óptica estrictamente formal –otra vez el formalismo jurídico propio del Estado legicentrista– es cierto que el despido y la extinción del contrato por vencimiento del plazo fijo pactado son modos diferentes de terminación del contrato a los que la ley otorga consecuencias distintas, no lo es menos que lo que en estos casos se discute es el uso de estas facultades como instrumento de violación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En el aparte resaltado de la sentencia transcrita se puede observar como la Corte, a pesar de reconocer expresamente la existencia de argumentos de orden constitucional (la protección especial del Estado y la discriminación) que justifican por sí mismos un análisis en esa línea de la solución del caso, decide dejar de lado tales argumentos dándole más peso a las disposiciones legales.

Es decir, la Corte elimina de un tajo el artículo 4° de la Constitución que le ordena aplicarla en forma preferente frente a cualquier otra norma del ordenamiento que la contradiga; todo ello en nombre de un inaceptable culto a la ley en detrimento de las garantías fundamentales del trabajador⁶⁹⁷.

Hay que señalar en cualquier caso, que en los últimos años se viene dando un giro, aunque todavía tímido, en dirección contraria a la que hemos expuesto. Una de ellas es precisamente la rectificación del criterio jurisprudencial señalado sobre la protección a la maternidad en contratos a término fijo⁶⁹⁸.

Dicha rectificación se dio en la sentencia 38239 de 2015⁶⁹⁹ en la que la Corte observó la necesidad de armonizar “la configuración legal del contrato a término fijo” con la protección

⁶⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 8 de febrero de 2011, radicación 37502, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁶⁹⁷ Como lo dije en la sentencia, no se puede proteger a la mujer embarazada a riesgo de “desdibujar la figura del contrato a término fijo”.

⁶⁹⁸ Esta modificación también ha tenido lugar en lo relativo a la protección de los trabajadores en situación de discapacidad. Sobre este tema la Corte Suprema ha acogido la jurisprudencia constitucional que entiende el despido ineficaz. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 28 de agosto de 2012, radicación 39207, MP.: Jorge Mauricio Burgos Ruíz; sentencia del 18 de septiembre de 2012, radicación 41845, MP.: Carlos Ernesto Molina Monsalve y sentencia del 13 de marzo de 2013, radicación 41380, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁶⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 25 de marzo de 2015, radicación 38239, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverry Bueno. Posición reiterada en la sentencia 47001 del 15 de abril de 2015, MP.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

constitucional a la maternidad. Esta armonización se logra entendiendo que en estos casos la vigencia del contrato se mantiene durante el embarazo y el tiempo de la licencia de maternidad posparto⁷⁰⁰, aun cuando su vencimiento y el correspondiente preaviso, hubiesen tenido lugar en cualquiera de estos periodos.

En todo caso la Corte mantiene en su argumentación la necesidad de evitar que se desdibuje el contrato a término fijo, por eso habla de la armonización entre dicha configuración legal y la protección a la maternidad. También por ello la solución no es un reintegro indefinido, sino la vigencia del contrato en los términos que quedaron expuestos.

No obstante lo anterior, se mantiene la duda acerca de que pasaría cuando es evidente que la terminación del contrato obedece al estado de embarazo de la mujer. Es decir, cuál sería la resolución del caso si se establece que hubo un ejercicio abusivo de la facultad de terminación del contrato con ánimos discriminatorios.

Sobre esto no dijo nada la Corte, pero dado el afán que muestra en preservar intacta una institución legal –el contrato a término fijo– aun cuando lo que esté de por medio sean los derechos fundamentales del trabajador, dudamos que la solución difiera de la planteada en la sentencia comentada.

En definitiva, la pervivencia del viejo derecho en la forma de entender e interpretar el ordenamiento laboral ha supuesto que, a pesar del cambio constitucional operado, se siguen ofreciendo las mismas soluciones del viejo orden constitucional con el argumento de que “la ley no lo establece”, o “no lo permite” o “no lo prohíbe”⁷⁰¹; sin importar que con ello los derechos de los trabajadores se reduzcan a letra muerta.

⁷⁰⁰ La Corte aclara que se trata del periodo de la licencia que se disfrute después del parto toda vez que la ley ordena, como regla general, que dos de las catorce semanas que reconoce como licencia de maternidad sean disfrutadas por la trabajadora con anterioridad al parto (artículo 1, Ley 1468 de 2011).

⁷⁰¹ Nuevamente la sentencia 38288 sirve para ejemplificar el asunto: en ella la Corte sostiene que aunque el despido sin justa causa con pago de perjuicios es una manifestación de la teoría del abuso del derecho, como la ley lo permite no puede entenderse nulo el despido. Hay que recordar que esta manifestación tuvo lugar en una sentencia en la que se alegaba el carácter discriminatorio del despido.

CAPÍTULO SÉPTIMO: LOS DAÑOS OCASIONADOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y SU REPARACIÓN

Tradicionalmente la cuestión relativa a la vulneración de los derechos fundamentales se ha resuelto a través de la tutela inhibitoria más que la resarcitoria. En este sentido, el tema de la protección de los derechos fundamentales se ha centrado en la nulidad de la conducta lesiva, su ineficacia o en general, al cese del comportamiento que atenta contra los derechos fundamentales; poca atención se ha prestado a la reparación de las consecuencias que estas lesiones suponen o pueden suponer en quien las sufre⁷⁰².

La jurisprudencia en el ámbito social había sido particularmente reacia a reconocer indemnizaciones en los eventos de lesión de derechos fundamentales limitando su pronunciamiento a la declaración de nulidad radical de la conducta enjuiciada⁷⁰³.

Esta situación era más patente en los despidos con vulneración de derechos fundamentales en donde una interpretación restrictiva del artículo 182 LPL, llevaba a plantear la duda acerca de la procedencia de indemnización por este concepto en la medida en que el cauce procesal utilizado era el del despido y no el de protección de derechos fundamentales⁷⁰⁴.

Para completar el panorama, la redacción del artículo 179 de la LPL entonces vigente, frente al tema de la indemnización por violación de un derecho fundamental, resultaba ambigua en tanto señalaba que se establecería por el juzgador “cuando procediera”, redacción que dio lugar también a la discusión acerca de las circunstancias en que debía entenderse que procedía tal indemnización⁷⁰⁵.

No obstante, la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo ha sido objeto reciente de una “singular revitalización” con la regulación que en este sentido introdujo la LRJS, concretamente el artículo 183.1 que ya no deja dudas acerca de la

⁷⁰² GOERLICH PESET, José María. <La reparación de la vulneración de derechos fundamentales en el orden social: el papel de la indemnización por daños> EN: GOERLICH PESET, José María; BLASCO PELLICER, Ángel (coords.). *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*. Valencia: Universitat de València, 2010, pág. 233.

⁷⁰³ *Ibidem*, pág. 233.

⁷⁰⁴ GONZÁLEZ VELASCO, Jesús. <Indemnización por lesión de un derecho fundamental en el proceso por despido> EN: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Valladolid: Lex Nova, 2001, pág. 307-309.

⁷⁰⁵ ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. <Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo>. *Revista de Derecho Social*. 2014, Núm. 66, pág. 36.

procedencia de la indemnización derivada de la lesión de los derechos fundamentales, en tanto señala que el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de dicha indemnización⁷⁰⁶.

Este camino resultaba inevitable si se tiene en cuenta que ya se había constatado la insuficiencia de la tutela inhibitoria como mecanismo adecuado de protección de derechos fundamentales en aquellas circunstancias en que resultaba imposible la reposición a la situación anterior a la lesión⁷⁰⁷. La reparación de los daños aparece entonces como solución idónea para otorgar una satisfacción al trabajador que ha visto sacrificado su derecho.

Así las cosas, es claro que la lesión del derecho fundamental da lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios, siendo del caso determinar los daños que quedan comprendidos en dicha indemnización conforme al artículo 183 LRJS y en general, los que tienen lugar como consecuencia de la violación.

1. La reparación por vulneración de derechos fundamentales (I): los daños inmateriales

La lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores por parte del empresario puede producir unos daños, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que deben ser reparados. Así ha sido reconocido por la jurisprudencia y la legislación positiva en España al regular los procedimientos de tutela de los derechos fundamentales.

Los daños patrimoniales podrán ser, siguiendo los mismos lineamientos establecidos en la legislación civil, el daño emergente y el lucro cesante; el primero representado por las pérdidas sufridas con la lesión y el segundo, por las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del acto lesivo.

Al margen de estas consecuencias patrimoniales se producen otras de carácter extrapatrimonial o inmaterial que también generan la obligación resarcitoria para el empleador y que son las que nos interesan a los efectos de este trabajo. La cuestión radica precisamente en determinar cuáles son estas consecuencias, es decir, cuáles son los daños de carácter inmaterial que genera la lesión de un derecho fundamental.

En este sentido seguiremos la clasificación existente en los ordenamientos de referencia para determinar el tipo de daño resarcible en estos casos a partir de los que ha reconocido la jurisprudencia; todo sin perjuicio, claro está, de asumir una posición crítica frente a lo resuelto por los tribunales y de fijar nuestra posición acerca de los daños que deben ser

⁷⁰⁶ *Ibidem*, pág. 37.

⁷⁰⁷ GOERLICH PESET..., <La reparación..., pág. 237.

reparados en los eventos de vulneración de derechos fundamentales. De esta manera, la determinación de los daños inmateriales dependerá de los que hayan sido aceptados por cada ordenamiento.

En el caso español se ha reconocido la procedencia del daño moral por la lesión de un derecho fundamental, lo que no impide defender la procedencia del daño corporal o daño a la salud como lo señalaremos más adelante.

En el ordenamiento colombiano por su parte, se acepta la existencia del daño moral, el daño a la vida de relación, el daño a la salud y el daño por vulneración de bienes constitucionales y será a partir de esta categorización que encuadraremos el daño inmaterial que surge por la lesión de un derecho fundamental.

1.1. El daño moral producto de la lesión de un derecho fundamental

La recepción del daño moral en las relaciones de trabajo⁷⁰⁸ ha tenido lugar tanto en el ordenamiento español como colombiano, aunque en cada uno de ellos dicha aceptación se ha hecho sobre bases y fundamentos distintos y a partir de supuestos diferentes.

Mientras en Colombia la reparación del daño moral se ha admitido en cualquier evento de terminación injusta del contrato al margen de cualquier consideración sobre una eventual lesión de derechos fundamentales del trabajador, bastando para tal efecto la prueba de su existencia⁷⁰⁹; en el caso español ha sido precisamente en los eventos de vulneración de derechos fundamentales donde se ha dado el mayor desarrollo de la figura de los daños morales en el contrato de trabajo.

El artículo 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante también LOLS) dispuso que cuando el órgano judicial encontrase probada la violación del derecho a la libertad sindical decretaría, además del cese inmediato de la conducta antisindical, la reparación de las consecuencias ilícitas del acto.

Con la adopción del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la LPL de 1990, se dispuso en su artículo 179.1 que la sentencia que declarara la existencia de la

⁷⁰⁸ Cuando hablamos de la recepción del daño moral en las relaciones de trabajo dejamos por fuera los eventos de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de un accidente de trabajo.

⁷⁰⁹ Teniendo en cuenta que la reparación del daño moral por despido injusto no ha sido abordada por la jurisprudencia laboral colombiana a propósito de la lesión de derechos fundamentales, creemos más conveniente incluir su estudio en el acápite dedicado a la compatibilidad entre indemnizaciones tarifadas y otras adicionales por la extinción contractual. Cfr. Capítulo VII.2.1.1.

vulneración denunciada dispondría, entre otras cuestiones, la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluidas las indemnizaciones que procedieran.

Aunque de las disposiciones mencionadas resultaba claro que el trabajador podía incluir en su demanda de protección del derecho fundamental la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la lesión, la cuestión debatida era la forma o circunstancias en que dicha indemnización tenía lugar y debía ser decretada por el juez.

Se inicia entonces la labor de concreción acerca de la procedencia de la indemnización por daño moral derivada de la lesión de derechos fundamentales llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, labor que no ha estado exenta de críticas por la forma en que ha evolucionado y sobre todo, porque ha dado lugar a diversas interpretaciones a nivel de tribunales superiores de justicia a pesar de existir doctrina unificada al respecto⁷¹⁰.

1.1.1. La (mal llamada) doctrina de la automaticidad del daño moral

La existencia o no de un daño moral en los eventos de vulneración de derechos fundamentales y los requisitos para que se entendiera procedente una condena en este sentido fueron expuestos inicialmente por el Tribunal Supremo en la STS de 9 de junio de 1993, a propósito de un caso de lesión del derecho a la libertad sindical.

La cuestión decidida por el Supremo en dicha sentencia consistía en determinar si el juez, una vez declarada la existencia de la violación del derecho fundamental, debía ordenar la reparación correspondiente incluyendo la indemnización que procediera, o si por el contrario, era necesario que el demandante probara la existencia del perjuicio para proceder a su reparación.

Para resolver el problema jurídico planteado el TS recurrió al artículo 179.1 LPL que establecía las decisiones que debía adoptar el juez en la sentencia, señalando que dicha sentencia tiene un contenido complejo que obliga al juez a pronunciarse sobre i) la declaración de nulidad radical de la conducta, ii) la orden de cese inmediato de la misma, iii) la restauración al afectado a la situación anterior y, iv) la reparación de las consecuencias del acto, incluyendo la reparación que procediera. Fundamentado en lo anterior concluye el Tribunal que

⁷¹⁰ Cfr. CARDENAL CARRO, Miguel. *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical. Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2006. Especialmente crítico se muestra el autor con el hecho de que incluso en el seno del propio Tribunal Supremo parecen encontrarse imprecisiones acerca del alcance de su jurisprudencia y la evolución de la misma en torno a este tema.

*“...Debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, **una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño** y debe decretarse la indemnización correspondiente...*

*...se debe estimar en parte el recurso de igual clase formulado por el actor y señalar una indemnización de 200.000 ptas. (doscientas mil pesetas) que debe abonar la empresa demandada en concepto de resarcimiento por el daño moral producido al actor con la vulneración de su derecho de libertad sindical, **cifrándose la compensación en esta cantidad ponderando las circunstancias concurrentes en el caso, la naturaleza de la lesión y el escaso período de tiempo que duró el comportamiento antisindical...**”⁷¹¹ (negritas añadidas).*

La doctrina ha entendido que en esta sentencia el Tribunal Supremo establece una condena automática de indemnización de daños con la sola constatación de la vulneración de un derecho fundamental, en lo que se ha conocido como la tesis o doctrina de la automaticidad del daño moral.

Consideramos que el verdadero alcance de este pronunciamiento es el de establecer una presunción de daño en los eventos de lesión de derechos fundamentales, descartando una pretendida “indemnización automática” por este concepto; lo que se desprende no solo de las propias palabras usadas por el TS –“se presume la existencia del daño”– sino de los criterios utilizados para su cuantificación: las circunstancias concurrentes del caso y la naturaleza de la lesión.

Aunque pueda pensarse que es indiferente la terminología utilizada en tanto las consecuencias son idénticas, lo cierto es que no sólo es jurídicamente más acertado hablar de una presunción de daño que de una “producción automática” de los mismos, sino que también es la solución que más se adecúa a la propia naturaleza del daño reclamado.

La dificultad que representa probar la afección de la esfera íntima de la persona hace que no solo sea plausible sino necesario acudir a las presunciones como forma de determinar la existencia de un daño moral de acuerdo con unas reglas concretas, reglas que ya se pueden anticipar en la sentencia que ahora comentamos cuando el Tribunal Supremo acude a criterios como las circunstancias en que se produjo la lesión y la naturaleza de la misma. En cualquier caso, la doctrina contenida en esta sentencia sería prontamente abandonada en sentencias posteriores.

⁷¹¹ STS de 9 de junio de 1993 [RJ 1993, 4553].

1.1.2. La alegación adecuada de los elementos del daño o la carga de acreditar y argumentar el daño

La STS de 22 de julio de 1996 rectifica el anterior criterio jurisprudencial señalando expresamente, que la doctrina contenida en la STS de 1993, no significa que una vez acreditada la lesión al derecho fundamental alegada, el juez deba inexorablemente proferir condena al pago de una indemnización.

Para ello, esto es, para que prospere la indemnización de daños causados con la lesión, se impone a la parte solicitante una doble carga:

“en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”⁷¹².

Se tiene entonces que al trabajador le incumbe la carga de alegar y argumentar la existencia del daño moral reclamado y aportar los indicios suficientes que permitan fulminar una condena por este concepto. Por ello se ha dicho que más que una carga probatoria frente a los daños morales, lo que se impone al trabajador es una carga de argumentación⁷¹³.

Consideramos que esta doctrina es altamente confusa y dificulta en grado sumo la concreción de la exigencia que se hace al trabajador a efectos de lograr la prosperidad de su pretensión de resarcimiento. Es confusa porque la indeterminación de un concepto tal, como “las bases y elementos clave de la indemnización”, impide que el trabajador sepa de antemano que es lo que concretamente se le está exigiendo para poder obtener una condena por daño moral.

Nada dice el Tribunal Supremo sobre el contenido preciso de dicha exigencia –y seguramente nada podría decir tratándose de un concepto tan vago e impreciso–, lo que convierte en un albur el éxito de las pretensiones del trabajador. La distinción entre la prueba del daño y la argumentación de su existencia como lo exige el Tribunal Supremo es supremamente difícil⁷¹⁴ y en últimas, no permite establecer criterios satisfactorios acerca de cuándo se entiende cumplida dicha carga.

⁷¹² STS de 22 de julio de 1996 [RJ 1996, 6381].

⁷¹³ GOERLICH PESET..., <La reparación..., pág. 243.

⁷¹⁴ GOERLICH PESET..., <La reparación..., pág. 243.

A lo anterior se debe sumar que la evolución de esta doctrina, lejos de clarificar el panorama, lo ha tornado mucho más confuso en tanto ha introducido elementos que impiden darle efectividad a la reparación prevista en la ley adjetiva. La tendencia ha sido endurecer cada vez más los requisitos de acreditación del daño en lugar de aligerar la carga para el trabajador⁷¹⁵.

Una muestra de lo anterior lo encontramos en la STS de 24 de octubre de 2008 en la que sostuvo que para obtener la indemnización por daños y perjuicios “es precisa la alegación de elementos objetivos”, y que por tanto, no se puede condenar por un daño moral que “únicamente pretende justificarse en ‘vejación, humillación y sufrimiento’, sin referencia a elemento objetivo alguno; lo que -con arreglo a la doctrina inmediatamente antes citada- excluye ese concreto resarcimiento”⁷¹⁶.

Esta sentencia es un ejemplo de los riesgos que conlleva una aplicación rígida de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acreditación del daño. En efecto, exigir al trabajador la aportación de elementos objetivos con los que respaldar su pretensión resarcitoria frente a los daños morales, es ponerlo en un imposible jurídico ya que este tipo de daño, al estar referido a los sentimientos, se refleja en el fuero interno de la persona, con lo cual, dicha exigencia enervará cualquier posibilidad de reparación para el trabajador.

Esta tendencia a pretender aplicar a los daños morales los mismos criterios de prueba de su existencia y cuantificación que se siguen respecto de los daños patrimoniales –que pueden y deben ser acreditados con base en parámetros objetivos–, podría explicar en parte la controversia que tradicionalmente ha acompañado a la cuestión del daño moral⁷¹⁷.

Recordar hoy que el daño moral por su propia naturaleza es inestimable objetivamente resultaría necio de no ser porque la sentencia anotada echa de menos la aportación de

⁷¹⁵ LAHERA FORTEZA, Jesús. <Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social>. *Relaciones Laborales*. 2012, núm. 8, pág. 2. En criterio del autor, en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del daño causado, se pueden apreciar tres fases o etapas: la primera, en la que se acoge la tesis de la automaticidad; la segunda, iniciada por la STS de 22 de julio de 1996 que exige la acreditación de indicios o puntos de apoyo adicionales para la prosperidad de la condena; y la tercera, que es la consolidación de la anterior doctrina con el endurecimiento de los requisitos probatorios de la acreditación del daño.

⁷¹⁶ STS de 24 de octubre de 2008 [RJ 2008, 7399].

⁷¹⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. <El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio>. *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*. 2012, núm. 1 extra., vol. 22, pág. 251.

elementos objetivos que den cuenta de su existencia, con lo cual se incurre, cuando menos, en una contradicción insalvable.

La consolidación de esta doctrina en los términos expuestos se tradujo, en la práctica, en la inoperatividad de las normas que consagraban la indemnización por lesión de derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, en la imposibilidad de que prosperaran las reclamaciones por daño moral⁷¹⁸.

En esta línea, la STS de 6 de abril de 2009 el Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida en el punto de la indemnización debido a que el demandante no cumplió “la carga de determinar y acreditar el daño moral que alega”⁷¹⁹. Nótese como se pasa de “la obligación de alegar y razonar en su demanda los fundamentos de su pretensión indemnizatoria”⁷²⁰ a la exigencia contenida en la STS de 2009 de “acreditar” la existencia del daño.

Un punto de inflexión en la materia lo marca la STC 247/2006 donde el Tribunal Constitucional decide el recurso de amparo interpuesto por un trabajador contra la sentencia del Tribunal Supremo que casó y anuló la dictada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias que a su vez había concedido una indemnización en su favor por la vulneración del derecho de libertad sindical por parte de la Consejería de Educación del gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La sentencia, aunque no corrige la doctrina de la argumentación en tanto no ve en ella visos de inconstitucionalidad –en palabras del Tribunal Constitucional, dicha doctrina “desde la perspectiva constitucional resulta irreprochable”⁷²¹–, si constituye un elemento atenuante en la rigidez con que se venía aplicando el criterio del Tribunal Supremo sobre la acreditación de los daños morales.

La resolución del caso no la aborda el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la validez de la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo sobre la procedencia de la indemnización por lesión de derechos fundamentales, sino desde la óptica del cumplimiento

⁷¹⁸ BALLESTER PASTOR, María Amparo. <El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales>. *Revista de Derecho Social*. 2015, Núm. 69, pág. 44.

⁷¹⁹ STS de 6 de abril de 2009 [RJ 2009, 2616].

⁷²⁰ STS de 23 de marzo de 2000 [RJ 2000, 3121].

⁷²¹ Debemos señalar que el Tribunal Constitucional no ofrece ningún tipo de argumentación tendiente a justificar porque la doctrina del Tribunal Supremo es irreprochable desde la perspectiva constitucional, simplemente lo afirma y emprende el estudio del recurso de amparo desde la óptica del cumplimiento de los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo para la procedencia de la indemnización.

de los criterios y requisitos en ella impuestos. Es decir, el Tribunal Constitucional encontró acreditados los indicios o puntos de apoyo suficientes que sustentaban la condena impuesta por el Tribunal Superior de Justicia.

En efecto, para el Tribunal Constitucional las bases y elementos claves de la indemnización fueron aportados y tenidos en cuenta por las sentencias de instancia en tanto aludieron a i) la intensidad y agresividad del comportamiento antisindical, ii) su carácter burdo, evidente y ostensible, iii) la finalidad disuasoria de dicho comportamiento frente al propio trabajador demandante y a sus compañeros, iv) el traslado de centro de que fue objeto el demandante, v) la reducción drástica de su jornada e ingresos, vi) el hecho de que se le hubiera impedido durante meses el ejercicio de funciones sindicales, incluida la asistencia a las reuniones del comité de empresa.

Puede considerarse entonces, por lo menos frente a los tres primeros puntos expuestos por el Tribunal Constitucional, que tales comportamientos se pueden erigir en pautas o criterios generales a tener en cuenta por parte de los jueces a la hora de apreciar la existencia del daño que dé lugar a la indemnización por lesión de derechos fundamentales.

Ahora bien, hay una cuestión que nos interesa resaltar y es que, a pesar de que el Tribunal Constitucional no encuentra reproches de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Supremo, hay una serie de elementos en dicha sentencia que parecen situar la posición del Tribunal Constitucional más cerca de la doctrina contenida en la STS de 9 de junio de 1993 que de la doctrina actual

“resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole”⁷²².

Nótese como el Tribunal Constitucional se refiere a la existencia de un daño cuando el trabajador es sometido a un trato discriminatorio producto del ejercicio de su función sindical y aunque hace referencia a la intensidad y duración en el tiempo que quedó acreditada en el caso concreto, lo que parece haber detrás es un afán por no dejar sin reparación un ataque a los derechos fundamentales del trabajador en tales condiciones.

⁷²² STC 247/2006 de 24 de julio [RTC 2006, 247].

Ello puede ser corroborado con el hecho de que frente a los criterios con los que entiende que el demandante cumplió la carga de argumentación que le correspondía y que se expusieron más arriba, sólo los tres primeros se refieren a las circunstancias en que ocurrió la lesión al derecho fundamental, mientras que los tres restantes hacen referencia directa a la lesión misma.

Fundamentar la procedencia de la indemnización en el traslado de centro del demandante (iv), la reducción de jornada e ingresos (v) y el habersele impedido el ejercicio de las funciones sindicales (vi), implica que está derivando la existencia del daño de la propia lesión al derecho fundamental. En otras palabras, estos aspectos son los que constituyen la lesión de la libertad sindical del demandante y no las circunstancias que rodearon la lesión, de manera que implícitamente se estaría aceptando la existencia del daño con la sola vulneración del derecho fundamental.

En la misma línea se inscribiría la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido de que la nulidad radical de la conducta no es suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho conculcado cuando el mismo es lesionado “con la intensidad y duración en el tiempo” en que lo fue en el caso resuelto. En tales casos, considera el Tribunal Constitucional que negar la indemnización vulnera directamente el derecho fundamental alegado.

Las matizaciones introducidas por el Tribunal Constitucional en cuanto a que las exigencias de alegar adecuadamente las bases de determinación del daño reclamado se entienden cumplidas cuando se prueban comportamientos lesivos particularmente intensos y prolongados en el tiempo, fueron acogidas de forma expresa por el Tribunal Supremo al señalar, en la STS de 5 de febrero de 2013⁷²³, que la cuantificación del daño se puede basar en las propias características de la conducta infractora, entre ellas, la gravedad y reiteración del comportamiento.

También debe decirse que algunos aires de atenuación de esta doctrina soplaban ya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, particularmente en los eventos de lesión al derecho al honor y a la libertad sindical frente a los cuales ha sostenido que la existencia del daño moral puede derivarse de la sola lesión del derecho, supuesto que en cualquier caso resulta excepcional y no implica el abandono de la doctrina de los elementos y bases del daño

⁷²³ STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013, 3368].

“hay que precisar, sin embargo, que, dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión. Esto es lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales, como la considerada en la STC 184/2006 (RTC 2006, 184)”⁷²⁴.

Un nuevo eslabón en lo que se refiere a la acreditación del daño moral lo constituye la expedición de la LRJS, concretamente de los artículos 179.3 y 183.2 en los que se recogen las matizaciones a la doctrina del Supremo introducidas con la STC 247/2006, de 24 de julio⁷²⁵. En efecto, en tales artículos se mantiene la carga para el demandante de aportar los elementos adecuados para la estimación del daño, pero se rebajan las exigencias frente a los eventos de difícil prueba.

Así, el artículo 179.3 LRJS señala que el demandante “deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración”, además de la cuantía de la indemnización pretendida junto con “la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”; para tal efecto “deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”.

El trabajador queda liberado de esta carga cuando “la estimación detallada” de los daños morales le resulte difícil; en estos casos, dispone el artículo 183 LRJS que “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”.

Esta nueva regulación –que el propio Tribunal Supremo reconoce más flexible que la anterior⁷²⁶– aunque no implica la derogación de la doctrina actual acerca de la aportación de “las bases y elementos clave de la indemnización reclamada”, es indudable que comporta una flexibilización de las exigencias probatorias que de dicha doctrina se derivan⁷²⁷.

Se ha dicho entonces, que las novedades introducidas por la LRJS son reflejo de la evolución de esta doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo junto con los matices introducidos por la STC 247/2006, de 24 de julio, desde una doble perspectiva: en primer

⁷²⁴ STS de 18 de julio de 2012 [RJ 2012, 9605].

⁷²⁵ MANEIRO VÁZQUEZ..., <El derecho a la indemnización..., pág. 247; LAHERA FORTEZA..., <Las acciones de indemnización..., pág. 3.

⁷²⁶ STS de 15 de abril de 2013 [RJ 2013, 5129].

⁷²⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego. <La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”>. *Relaciones Laborales*. 2014, núm. 9, pág. 6.

lugar al exigir en la demanda la especificación y concreción de los hechos y daños alegados y, en segundo término, al relajar la prueba de la cuantía de los daños morales cuando sean de difícil estimación⁷²⁸.

Así, la última vuelta de tuerca en este tema viene a ser dos sentencias recientes del Tribunal Supremo en las que realmente se concreta la flexibilización de las reglas que trajo consigo la expedición de la LRJS; es decir, que dicha flexibilización no solo se anuncia como un simple elemento más del cambio normativo, sino que se materializa en las decisiones finalmente adoptadas.

La primera de ellas es la STS de 2 de febrero de 2015 en la que el Tribunal Supremo reconoce la modificación que ha sufrido su doctrina en los últimos años en atención a criterios aperturistas frente al resarcimiento del daño moral. Pero, quizás, lo más importante de esta sentencia es que elimina las referencias a los parámetros objetivos para la determinación de dicho daño, reconociendo que ello es imposible por la propia naturaleza de aquellos y señalando además la excepción a la carga de acreditación en aquellos casos en que el daño moral es de difícil estimación, excepción que viene impuesta por la LRJS.

“Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando (...) a una (...) exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena...”

...en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I_15/06/10 -rec. 804/06 -], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, ‘diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio’ de la aplicación de parámetros objetivos, pues ‘los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados ‘no tienen directa o secuencialmente una traducción económica’... Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS, precepto para el que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»⁷²⁹.

⁷²⁸ LAHERA FORTEZA..., <Las acciones de indemnización..., pág. 8.

⁷²⁹ STS de 2 de febrero de 2015 [RJ 2015, 762].

Mayor relevancia tiene la STS de 5 de febrero de 2015 en la medida en que incluye unos razonamientos que la acercan más a la presunción del daño moral que había sostenido en la STS de 9 de junio de 1993, que no a la doctrina actual sobre acreditación del daño basada en la carga de argumentación.

Aunque tal cercanía no se mencione expresamente en la sentencia, puede deducirse de las referencias que hace el Tribunal Supremo a la importancia que reviste la indemnización del daño moral en la vulneración de los derechos fundamentales y en la argumentación de la sentencia que va dirigida a poner de relieve los cambios que en este sentido introdujo la LRJS.

Bajo esta línea de argumentación, los puntos más relevantes extraídos de la STS de 5 de febrero de 2015 y referidos a esta conexión íntima entre daño moral y lesión de derechos fundamentales son:

Que del artículo 179.3 LRJS, en tanto señala que la demanda deberá incluir la cuantía de la indemnización con la adecuada especificación de los daños y perjuicios, “es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental”.

De igual forma, como el artículo 182.1.d LRJS señala que la sentencia debe disponer, entre otras cosas, el restablecimiento del derecho con inclusión de la indemnización que proceda, entiende el Tribunal Supremo que “la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la ‘*integridad*’ del derecho o libertad vulnerados”.

Por su parte, cuando el artículo 183.1 LRJS señala que el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización en función del daño moral por la vulneración del derecho fundamental, lo que hace el legislador es reiterar “los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental”.

Frente a la cuantía del daño, cuando quiera que la determinación de su importe exacto pueda resultar difícil o costosa, el Tribunal Supremo pone de relieve la facultad que se le otorga al juez de determinarlo de forma prudencial y además, resalta “que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además ‘*para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*’, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención”.

El siguiente apartado de la sentencia es muy dicente acerca de los cambios que parece que se han iniciado frente al tema de la acreditación del daño moral por lesión de derechos fundamentales:

*“En el presente caso, entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, la Sala de instancia debía, entre otros pronunciamientos, decretar la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas (arg. ex art. 15 LOLS), disponiendo el restablecimiento del Sindicato demandante en la integridad de su derecho, integridad que comporta, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (arg. ex art. 182.1.d LRJS); debiendo, como regla, fijarse la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*⁷³⁰(negritas añadidas).

Como puede observarse, en esta sentencia el Tribunal Supremo enfatiza la relación de inescindibilidad entre la vulneración de un derecho fundamental y la indemnización de los daños que dicha vulneración provoque. Estas sentencias comportan una atenuación sin precedentes en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acreditación del daño, solamente comparable con la doctrina de la “automaticidad” contenida en la STS de 1993.

En todo caso creemos que aún es pronto para establecer si estos criterios se mantendrán y se convertirán en la nueva doctrina sobre la materia, máxime si tenemos en cuenta que la evolución que hasta ahora ha presentado no se ha dado de manera uniforme ni con la claridad que el asunto amerita como es reconocido por el propio Tribunal en las sentencias comentadas.

1.1.3. Nuestra posición: la presunción como forma de acreditar el daño moral

La cuestión acerca de la prueba del daño moral es sin duda –junto con la determinación de su cuantía– uno de los aspectos más problemáticos referidos a este tipo de daños, precisamente por su carácter inaprehensible y la imposibilidad de acreditar su existencia con base en parámetros objetivos, ya que los daños morales son, de suyo, inconmensurables.

Ahora bien, la reconocida dificultad en la acreditación del daño moral es precisamente la que obliga a la adopción de criterios razonables que faciliten el cumplimiento de la carga probatoria de los mismos a quien le incumbe, en nuestro caso al trabajador; tanto más cuando lo que se alega como hecho causante del daño es la vulneración de un derecho fundamental.

⁷³⁰ STS de 5 de febrero de 2015 [RJ 2015, 895].

Como hemos tenido oportunidad de decirlo en múltiples ocasiones a lo largo de este trabajo, la plena efectividad de los derechos fundamentales, que emana del carácter normativo de la Constitución, obliga a brindar una protección integral de los mismos que pasa por el reconocimiento de la tutela resarcitoria cuando quiera que la vulneración de aquellos produce un daño a su titular.

Esta tutela resarcitoria se torna inocua cuando se exige al trabajador que acredite plenamente la existencia del daño moral, bien sea que dicha exigencia se haga de forma expresa o de forma un tanto vedada como sucede con la doctrina del Tribunal Supremo, que aunque desde un punto de vista formal no reclama la plena prueba del daño, la rigidez con la que es entendida y aplicada conduce en la práctica a un resultado similar.

En este orden de ideas, consideramos que una adecuada protección de los derechos fundamentales que esté acorde con la preeminencia que ocupan en el ordenamiento jurídico requiere el establecimiento de presunciones, que de estar presentes ciertas condiciones, permitan tener por acreditada la existencia del daño moral.

La presunción requeriría, además de la acreditación de la existencia de la lesión al derecho fundamental, la indagación acerca de la afectación de la dignidad del trabajador y las condiciones concretas que rodearon dicha lesión a efectos de determinar la procedencia o no de los daños morales.

En otras palabras, se puede presumir la existencia del daño moral por la violación de un derecho fundamental siempre que con la lesión de este derecho se haya afectado gravemente la dignidad del trabajador; así, el menoscabo de la dignidad y la gravedad de la misma se determinarán de conformidad con las circunstancias del caso concreto.

Lo anterior no quiere decir que en los eventos en que no se vea comprometida la dignidad del trabajador –aunque pocos casos podríamos imaginar donde la vulneración del derecho fundamental no afecte también la dignidad humana de quien la padece– o que dicha afectación no pueda calificarse de grave, no sea procedente la reparación del daño moral.

Lo que se quiere significar es que en tales eventos no operará la presunción y la existencia de los daños morales deberá acreditarse por otros medios aptos para tal fin, v. gr., la doctrina del Tribunal Supremo sobre la alegación adecuada de los elementos del daño o carga de la argumentación.

En apoyo de esta tesis pueden ofrecerse diversos argumentos. El primero de ellos ya lo hemos adelantado cuando nos referíamos a la preeminencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y el efecto de irradiación de la Constitución que se deriva del reconocimiento de su valor normativo.

El menoscabo a la dignidad del trabajador que suele venir aparejado a la vulneración de los derechos fundamentales de aquel, debe ser la base a partir de la cual se construya una doctrina sólida sobre reparación del daño moral que se causa con la lesión de tales derechos; todo bajo el entendido que es en los bienes espirituales de la persona donde mayores quebrantos produce la lesión de un derecho fundamental⁷³¹.

Así, desde algunos sectores de la doctrina se ha sostenido que existen argumentos para defender que toda lesión de un derecho fundamental suponer *per se* la existencia de un “daño mínimo de base” y el trabajador solo deberá acreditar los perjuicios mayores cuyo resarcimiento pretenda⁷³², o que la vulneración de un derecho fundamental que afecte la dignidad del trabajador genera siempre un daño moral⁷³³, o, en la misma línea que defendemos aquí, que la condena por daños morales es “lógica consecuencia de la radicalidad con que operan los derechos fundamentales” en la medida en que estos constituyen “la manifestación más inmediata de la dignidad de la persona en el plano jurídico”⁷³⁴.

En este sentido, compartimos plenamente la posición defendida por Álvarez Alonso en el sentido de encontrar justificada la presunción del daño moral con la sola constatación de la vulneración de un derecho fundamental, en tanto que “es claro que todo atentado o privación de derechos y libertades constitucionales implica en sí mismo una lesión de la dignidad [de la persona] con el consiguiente quebranto en la esfera subjetiva de la víctima”⁷³⁵.

⁷³¹ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. <Indemnización por daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales>. *Revista de Derecho Social*. 2006, Núm. 33, pág. 50.

⁷³² TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. <La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva>. *Actualidad Laboral*. 2009, Núm. 10, pág. 6.

⁷³³ BEJARANO HERNÁNDEZ..., <Indemnización por daños y perjuicios..., pág. 50.

⁷³⁴ ALAMEDA CASTILLO..., <Repensando el modelo..., pág. 38. En un sentido similar Álvarez Alonso quien considera que la pretensión indemnizatoria por lesión de un derecho fundamental en el contrato de trabajo no solo tiene fundamento legal propio en la LRJS más allá de las normas generales sobre responsabilidad civil, sino que “deriva directamente del imperativo constitucional de protección real y efectiva de los derechos fundamentales” (ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 3-4).

⁷³⁵ ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 10.

La dignidad del trabajador se convierte entonces en el eje a partir del cual se fundamenta la pretensión indemnizatoria frente a los daños morales y el sustento de la presunción de su existencia cuando aquella se vea afectada de modo significativo con la lesión del derecho fundamental. Puede decirse entonces que el daño moral “va anexo al atentado a los derechos fundamentales porque es el daño a la dignidad personal, el sufrimiento aparejado a la violación de lo que es más consustancial a la persona”⁷³⁶.

Un antecedente en este sentido lo encontramos en la sentencia 42706 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia en la que, si bien no habló de presunción, si fundamentó el reconocimiento de los perjuicios morales en la lesión de la dignidad del trabajador. En aquella ocasión sostuvo la Corte:

“El desatino es ostensible, en la medida en que, por lo menos, resulta contradictorio colegir que, no obstante que la conducta empresarial resultó abiertamente nociva para la estima y la dignidad del empleado, en tanto comportó una degradación de su estatus laboral, no le ocasionó un daño moral resarcible, dado que necesariamente una agresión contra bienes tan valiosos inherentes a la persona, que cuentan con protección constitucional, en la dimensión que tuvo por acreditada el ad quem, no puede dispensarse con el argumento de que no fueron de «extrema intensidad», para concluir que no procedía la imposición de los perjuicios morales”⁷³⁷.

También en la sentencia 32720 de 2008, aunque en un caso de accidente de trabajo, la Corte sustentó la condena por daños morales en el reconocimiento de la dignidad humana del trabajador:

“En realidad, el pretium doloris o precio del dolor como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo como se dijo, la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, a efecto no sólo de garantizarle sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera”⁷³⁸.

Otro argumento en favor de esta tesis es que la misma no constituye ninguna novedad ya que ha sido –y sigue siendo– usada por la jurisprudencia colombiana como forma de probar la existencia del daño moral en algunos supuestos. Así, tanto el Consejo de Estado⁷³⁹, como

⁷³⁶ BALLESTER PASTOR..., <El proceloso camino..., pág. 43.

⁷³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 12 de febrero de 2014, radicación 42706, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁷³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32720, MP.: Luis Javier Osorio López.

⁷³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 31252, CP.: Enrique Gil Botero.

la Corte Suprema de Justicia en sus salas Civil⁷⁴⁰ y Laboral⁷⁴¹, han admitido que los daños morales puedan ser probados mediante una presunción judicial en los eventos de muerte de la víctima y frente a los parientes más cercanos.

También en el ordenamiento español encontramos un evento de presunción de daño que es el previsto en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En dicho artículo se establece que “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima” en los derechos que son objeto de protección en dicha ley.

Así las cosas, si esta forma de probar el daño ha sido utilizada en otros eventos, con mayor razón puede servir para acreditar el daño moral derivado de la lesión de un derecho fundamental, precisamente por la naturaleza de los interés lesionados y la garantía que se deriva de encontrarse reconocidos en la Constitución.

1.2. El daño corporal o daño a la salud

Además del daño moral, es claro que existen eventos en que la vulneración de un derecho fundamental puede causar otro tipo de daños también de carácter inmaterial y concretamente un daño a la salud o daño corporal conforme ha sido reconocido en la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia o como se reconoce en el ordenamiento español.

Así, los eventos de acoso moral constituirían el ejemplo paradigmático de como la lesión de un derecho fundamental puede generar un daño a la salud, ya que en este tipo de eventos suele estar comprometida la integridad psíquica del trabajador y es perfectamente posible que incluso queden secuelas de esta naturaleza.

En este sentido, se ha defendido por algunos la necesidad de una clasificación sistemática de los distintos tipos de daño generados al trabajador con la vulneración del derecho fundamental que permita deslindar los diferentes requerimientos frente a la acreditación y valoración de cada uno de los daños.

⁷⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 2000, radicación 5651, MP.: Jorge Antonio Castillo Rugeles: "...los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial".

⁷⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 16 de octubre de 2013, radicación 42433, MP.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Se ha dicho entonces que los daños que se pueden causar al trabajador son de tres tipos: el daño patrimonial en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante, el daño moral y el daño biológico o daño a la salud, incluyendo dentro de estos últimos “los daños corporales directos, los daños psíquicos inmediatos y las secuelas físicas o psicológicas perdurables en el futuro”⁷⁴².

Compartimos plenamente la anterior posición en tanto se trata de tres tipos de daño completamente diferentes que exigen una reparación adecuada, sin que pueda decirse que estemos reparando varias veces el mismo perjuicio. Pero además, la reparación del daño corporal no es ajena al ordenamiento español⁷⁴³ y es solo cuestión de aplicarla a los supuestos de acoso moral cuando impliquen una lesión psíquica para la víctima.

Otro tanto se puede decir del caso colombiano donde la jurisprudencia ha admitido la reparación del daño a la salud, y aunque se ha hecho desde la jurisdicción contencioso-administrativa, no existe razón jurídica alguna para no trasladar aquellas justificaciones al ámbito del contrato de trabajo cuando se produce una lesión de este tipo al trabajador.

1.3. El daño por vulneración de bienes constitucionales

En el ordenamiento colombiano la tipología del daño inmaterial reconocido por la jurisprudencia incluye categorías adicionales al daño moral⁷⁴⁴ y la cuestión será determinar si tales categorías pueden ser reconocidas también en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales en el contrato de trabajo. La respuesta a este interrogante creemos que es positiva.

En primer lugar recordemos que los daños inmateriales que se han reconocido, distintos del daño moral, difieren en función del orden jurisdiccional de que se trate y la evolución de cada uno de ellos ha transitado por caminos separados, aunque en épocas recientes se han acercado más en función, precisamente, del daño por la vulneración de derechos fundamentales.

Así, mientras en la jurisdicción contencioso-administrativa el Consejo de Estado actualmente reconoce el daño moral, daño a la salud y daño por vulneración de intereses convencional o constitucionalmente protegidos; en la jurisdicción civil, la Corte Suprema de

⁷⁴² ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 9-10.

⁷⁴³ Cfr. Capítulo IV.2.2.2.

⁷⁴⁴ Cfr. Capítulo IV.2.2.1.

Justicia repara el daño moral, daño a la vida de relación y, recientemente, empezó a hablar del daño por vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia constitucional.

De esta manera, teniendo en cuenta que la tendencia actual en la jurisprudencia colombiana es la de reconocer la autonomía del daño por vulneración de derechos fundamentales, creemos que lo más conveniente es acoger esta doctrina en la jurisdicción laboral para reparar adecuadamente la lesión a estos derechos del trabajador.

Habíamos dicho que ante los nuevos intereses que buscan tutela resarcitoria en el ámbito de la responsabilidad civil, la solución ofrecida desde la doctrina era la creación de nuevas categorías de daño o el encuadramiento de los perjuicios producidos por la lesión de tales intereses en las categorías existentes⁷⁴⁵.

Bajo estos lineamientos, encontramos que la jurisprudencia colombiana se decantó por la primera posibilidad al establecer una categoría de daño por lesión de derechos fundamentales, cuya autonomía frente a las restantes es defendida por las sentencias que la introducen.

Así las cosas, teniendo en cuenta que lo que reparan es la lesión en sí misma y no las consecuencias que de ella se derivan, consideramos más acertada la reparación mediante el reconocimiento de esta tipología y no del daño a la vida de relación, cuya indeterminación podría terminar dificultando la labor de protección de los derechos fundamentales del trabajador.

Frente a la autonomía del daño por lesión de bienes jurídicos de especial relevancia constitucional, la Corte Suprema sostuvo

“el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda”⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 25. Cfr. Capítulo IV.3.4.

⁷⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez. Insistimos en poner de presente la contradicción en que incurre la sentencia cuando por una parte, resalta la autonomía del daño por vulneración de bienes de especial relevancia constitucional frente a las demás categorías de daño inmaterial y, por la otra, sostiene que en ocasiones la reparación de este daño puede tener lugar a través de las categorías ya reconocidas. A pesar de lo anterior, creemos que el espíritu de la sentencia es el de reconocer la necesidad de reparar el daño por lesión de derechos fundamentales y que las referencias a la subsunción de este en las demás categorías, obedece a la necesidad ya expuesta por la misma Corte de evitar una eventual doble indemnización.

En idéntico sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado que ha señalado que el daño a bienes o derechos constitucionalmente amparados “es una nueva categoría de daño inmaterial”, en consecuencia, es un daño autónomo “porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos” y consiste en “vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales”⁷⁴⁷.

Sobre la reparación de este tipo de daño, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

“i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial”⁷⁴⁸.

Tales circunstancias están presentes –de ello no cabe duda alguna– en la lesión de los derechos fundamentales de que es víctima el trabajador en la ejecución del contrato de trabajo. De manera que la relevancia constitucional de aquellos obliga a reparar adecuadamente los daños que genere dicha lesión y ello ha de conducir indefectiblemente al reconocimiento de esta doctrina jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1.4. La cuantificación del daño

Una de las cuestiones más problemáticas en la reparación del daño inmaterial lo constituye la determinación de la cuantía del mismo en tanto que se trata de un daño que por definición no puede ser objeto de determinación con base en parámetros objetivos, de manera que su tasación siempre estará sujeta a cierto margen de discrecionalidad del juzgador.

⁷⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, CP.: Ramiro Pazos Guerrero.

⁷⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, CP.: Ramiro Pazos Guerrero.

1.4.1. La cuantificación del daño moral

Los criterios de cuantificación del daño moral difieren entre el ordenamiento español y el colombiano, aunque tienen en común la inexistencia de una referencia externa de tasación expresamente establecida para ello, aunque en ambos casos, de una manera u otra, se haya acudido a este tipo de referencias para determinar el monto de la reparación.

En el ordenamiento español se ha dicho que la discrecionalidad con que cuenta el juzgador de instancia para la cuantificación del daño no puede confundirse con arbitrariedad y aunque no existan criterios legales precisos para su determinación, el juez deberá actuar con observancia de las reglas de razonabilidad y proporcionalidad⁷⁴⁹.

En tales circunstancias, debe entenderse que los criterios de razonabilidad implican tener en cuenta i) el repudio social que merece la transgresión del derecho fundamental lesionado, ii) la eficacia de la indemnización para satisfacer a la víctima del daño y, iii) el carácter ejemplarizante de la medida frente a futuros comportamientos del agresor⁷⁵⁰. También serán criterios a tener en cuenta para la tasación del daño la intensidad del comportamiento lesivo y su prolongación en el tiempo⁷⁵¹.

En cualquier caso, a pesar de la inexistencia de criterios legales específicos de determinación del daño moral, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recurrido a referencias externas más o menos objetivas para su cuantificación, aunque incluso se trate de materias ajenas a la reparación del daño. También ha habido ocasiones en que la cuantía de la indemnización se fija sin hacer alusión a parámetro alguno⁷⁵².

Así, en algunas ocasiones ha utilizado el baremo de circulación establecido en el anexo al Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor⁷⁵³, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre; mientras que en otras ha recurrido a las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, como criterio de referencia para la cuantificación del daño.

La utilización de la LISOS como criterio de cuantificación del daño moral fue admitida inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC 247/2006, de 24 de

⁷⁴⁹ MANEIRO VÁZQUEZ..., <El derecho a la indemnización..., pág. 255.

⁷⁵⁰ ALAMEDA CASTILLO..., <Repensando el modelo..., pág. 50.

⁷⁵¹ STC 247/2006 de 24 de julio [RTC 2006, 247].

⁷⁵² STS de 5 de febrero de 2015 [RJ 2015, 895].

⁷⁵³ STS del 23 de junio de 2014 [RJ 2014, 4761].

julio, y sería acogida con posterioridad por el Tribunal Supremo en diversas sentencias⁷⁵⁴, aunque desde la doctrina⁷⁵⁵ se hayan alzado voces en contra de la utilización de un parámetro sancionador para la cuantificación del daño.

Durante la vigencia de la LPL no existían normas que se refirieran a la forma de determinación del daño moral, no obstante, con la expedición de la LRJS se modifica este panorama teniendo en cuenta que, como se ha dicho en diversas ocasiones, en ella aparece reflejada la evolución jurisprudencial acerca de la reparación del daño moral, no solo la del Tribunal Supremo, sino que también refleja los aportes hechos por la STC 247/2006, de 24 de julio.

Bajo esta línea, el artículo 179.3 LRJS señala que el trabajador en su demanda “deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”.

Aunque desde un punto de vista material este artículo no comporta ninguna novedad ya que tales requisitos venían dados por la jurisprudencia, el verdadero impacto de la reforma lo constituye, no la disposición transcrita, sino la excepción a esta regla.

En efecto, el artículo 180 LRJS prevé que cuando la prueba del importe exacto del daño resulte demasiado difícil o costosa, el juez lo determinará prudencialmente para resarcir suficientemente a la víctima y restablecerla en la integridad de su derecho devolviéndola a la situación anterior a la lesión en la medida en que ello fuere posible.

En cualquier caso, la fijación de la cuantía de la indemnización es cuestión que compete a los jueces de instancia no siendo, por regla general, revisable en el recurso de casación. En este sentido, el Tribunal Supremo ha dicho que “el importe de resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable”⁷⁵⁶.

En lo que se refiere al ordenamiento colombiano, de antaño se ha sostenido que el *quantum* del daño moral debe establecerse *arbitrium iudicis*, no siendo posible en consecuencia,

⁷⁵⁴ Entre otras, STS de 15 de diciembre de 2008, STS de 15 de febrero de 2012, STS de 5 de febrero de 2013, STS de 8 de julio de 2014 y STS de 2 de febrero de 2015.

⁷⁵⁵ DESDENTADO BONETE, Aurelio. <Lesión de la libertad sindical e indemnización de los daños morales: otra discrepancia entre el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo>. *Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. 2007-II, pág. 1772-1773.

⁷⁵⁶ STS de 2 de febrero de 2015 [RJ 2015, 762].

acudir para ello a la prueba pericial⁷⁵⁷ o a la estimación que sobre este tipo de daños se haga en otros ordenamientos como puede ser el Código Penal que limita su cuantía hasta en mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

Lo que sí puede suceder –como de hecho sucede– es que el quantum de la indemnización se exprese en salarios mínimos legales mensuales vigentes, sistema que permite, de una parte racionalizar la reparación del daño inmaterial⁷⁵⁸ y de la otra, evitar los efectos de pérdida de poder adquisitivo de la moneda en la medida al utilizar un patrón de actualización permanente.

Así, aunque en las jurisdicciones contencioso-administrativa, civil y laboral se acudió en algún momento a las normas del Código Penal a efectos de determinar la cuantía de la indemnización y sobre todo a fijar un tope a dicha indemnización, esta tesis se fue abandonando progresivamente en cada uno de los órdenes jurisdiccionales bajo el entendido de que los topes establecidos en la legislación penal eran únicamente aplicables al daño moral proveniente del delito⁷⁵⁹.

En consecuencia, ante la inexistencia de disposiciones sustantivas aplicables a la determinación del daño moral, queda al arbitrio del juzgador establecer el importe indemnizatorio dentro de cierto margen de discrecionalidad, que en ningún caso, como tiene dicho la jurisprudencia colombiana, quiere decir arbitrariedad.

“su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor, lo que no obsta, sin embargo, para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio, partiendo precisamente de la existencia del dolor”⁷⁶⁰.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha establecido unos topes máximos sugeridos frente a la cuantía del daño moral, topes que no actúan como camisa de fuerza para el juez de

⁷⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 26 de marzo de 2014, radicación 39779, MP.: Gustavo Hernando López Algarra.

⁷⁵⁸ HENAO..., <Las formas de reparación..., pág. 294.

⁷⁵⁹ La primera en abandonar este criterio fue la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 27 de septiembre de 1974, más delante lo haría la Sala Laboral que ya en sentencia del 8 de abril de 1987 rechazaba la aplicación de la legislación penal y finalmente, lo haría el Consejo de Estado en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes 13232 y 15646, MP.: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

⁷⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32720, MP.: Luis Javier Osorio López.

instancia⁷⁶¹, sino que deben servir de guía a efectos de mantener cierta uniformidad en la reparación del daño.

1.4.2. El carácter satisfactorio de la indemnización tratándose de los daños inmateriales

En la doctrina suele haber consenso⁷⁶² en que la indemnización de los daños extrapatrimoniales tienen naturaleza satisfactoria, en la medida en que con ella no se pretende entregar una suma de dinero equivalente al valor de los intereses afectados, sino “hacer menos gravosa la situación del ofendido, proporcionándole los medios para desarrollar actividades que sean agradables para él”⁷⁶³.

Otros hablan del carácter compensatorio para significar la misma cuestión: la indemnización no pretende resarcir el perjuicio en estricto sentido de manera que la víctima quede materialmente indemne, sino que cumple más bien una función compensatoria en el sentido de que mediante la entrega de una suma de dinero, lo que se pretende es ayudarla a aliviar la pena causada con el hecho dañino⁷⁶⁴.

En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia que entiende que la reparación del daño extrapatrimonial no cumple una función resarcitoria ya que los bienes inherentes al ser humano no tienen una equivalencia en dinero, de manera que la indemnización “cumple la función de contribuir a la adquisición de satisfacciones o sensaciones placenteras que atenúen la pérdida del bien no patrimonial”⁷⁶⁵.

En la doctrina española también se ha sostenido que los daños extrapatrimoniales no son resarcibles sino compensables, ya que el pago de la indemnización precisamente cumple la finalidad de compensar el sufrimiento del perjudicado en orden a proporcionarle unas satisfacciones que permitan neutralizar los padecimientos sufridos⁷⁶⁶.

En el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar que los daños morales actúan como compensadores de los eventuales sufrimientos psíquicos irrogados a

⁷⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 29 de junio de 2007, MP.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁷⁶² Cfr. KOTEICH KHATIB..., *La reparación...*, pág. 328-330; TAMAYO JARAMILLO..., pág. 489.

⁷⁶³ M^cCAUSLAND SÁNCHEZ..., pág. 73.

⁷⁶⁴ HENAO..., *El daño: análisis comparativo...*, pág. 231.

⁷⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

⁷⁶⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio V; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Rodrigo. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de Trabajo*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003, pág. 62-63.

la víctima, de manera que el dinero, aunque no actúe como equivalente, permite al menos paliar el padecimiento sufrido⁷⁶⁷.

1.4.3. Acerca de la función disuasoria de la indemnización

La función tradicional de la responsabilidad civil ha sido la función resarcitoria en donde a la víctima lo que interesa es que le sean reparados los perjuicios sufridos sin que importe mucho, para estos efectos, el comportamiento del causante del daño⁷⁶⁸. No obstante, adicional a dicha función resarcitoria aparece una que es la preventiva⁷⁶⁹, que se muestra como secundaria o complementaria frente a la primera y que busca evitar la producción de daños⁷⁷⁰.

Algunos autores plantean que la indemnización cumple únicamente una función resarcitoria ya que su cuantía se determina de acuerdo con la entidad del daño y no en función de la gravedad de la conducta o la reprochabilidad de la misma y aunque la indemnización pueda tener efectos preventivos o disuasorios, dichos efectos serán en todo caso secundarios frente al principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil⁷⁷¹.

En lo que hace a la indemnización por violación de derechos fundamentales en el contrato de trabajo, el debate ha surgido por la redacción del artículo 183 LRJS que incluye dentro de los criterios de valoración del daño por parte del juez, la finalidad preventiva que aquella debe cumplir.

Así, algunos autores han sostenido que el artículo 183 LRJS ha introducido la figura de los daños punitivos en el ordenamiento español⁷⁷², por lo menos en lo que a la reparación por vulneración de derechos fundamentales en el contrato de trabajo se refiere, que es justo el ámbito de aplicación de dicho artículo.

⁷⁶⁷ STS del 14 de julio de 2006 [RJ/2006/4965].

⁷⁶⁸ CORTÉS..., *Responsabilidad civil...*, pág. 61-64.

⁷⁶⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi. <Daños y perjuicios en el orden social>, 2015, pág.2. Artículo facilitado por el autor, quien habla de las cinco funciones que cumple el derecho de daños, dentro de las cuales se encuentra la función preventiva.

⁷⁷⁰ REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. T.I, 5ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, pág. 81.

⁷⁷¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. <Formas de reparación del daño (I)>. *Práctica de Derecho de Daños*. 2010, Núm. 80. Disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>

⁷⁷² Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Análisis de la nueva ley de la jurisdicción social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012, pág. 317. El autor sostiene que cuando el artículo 183 habla de “la finalidad de prevenir el daño”, lo que ha hecho es aceptar la teoría de los daños punitivos. En el mismo sentido LAHERA FORTEZA..., <Las acciones de indemnización...>, pág. 4, quien sostiene que los daños indemnizables por lesión de la libertad sindical pueden sistematizarse en tres categorías: daño material, daño moral y daño punitivo.

Una defensa clara y sin ambages de la consagración de los daños punitivos la realiza Ballester Pastor⁷⁷³, quien sostiene que el artículo 183 LRJS, al incorporar expresamente la función disuasoria, “legitima la aplicación de cuantías adicionales indemnizatorias dirigidas a cumplir estrictamente” con dicha función. Se trata, en sentir de la autora, de la incorporación expresa de los daños punitivos en el ordenamiento español por cuenta del mencionado artículo 183.

En defensa de su tesis sostiene que la inclusión del factor disuasorio no es nueva en el ordenamiento español que de antaño cuenta con instrumentos “híbridos” de indemnización reparadora-disuasoria como el recargo de prestaciones de la seguridad social establecida en el artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS). En idéntico sentido las previsiones sobre indemnización adicional en el incidente de no readmisión en las sentencias de despido en las que no se aprecia que la funcionalidad de dicha indemnización sea la efectiva reparación del daño sufrido.

Otro antecedente de daños punitivos lo encuentra la autora en el artículo 18 de la Directiva 2006/54 sobre aplicación del principio de igualdad; en dicho artículo se consagra una indemnización real y efectiva en favor de la víctima por los perjuicios sufridos a causa de una discriminación que debe ser “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. El efecto disuasorio del que habla el artículo era, en definitiva, el establecimiento del daño punitivo en la mencionada Directiva.

Una posición contraria es la sostenida por Alameda Castillo quien considera que el principal problema de aceptar la existencia de los daños punitivos radica en su contradicción con el principio de legalidad y de taxatividad (tipicidad). En efecto, sostiene que los daños punitivos cumplen una función ejemplarizante y disuasoria-preventiva a través de una medida de naturaleza sancionatoria, que consiste en la elevación cuantiosa de las indemnizaciones como consecuencia del carácter especialmente reprochable de la conducta dañina⁷⁷⁴.

De conformidad con lo anterior, continúa la autora, los daños punitivos tienen una naturaleza “inequívocamente sancionadora”, lo que los sitúa, en cuanto a sus fines, en terrenos coincidentes con el derecho penal o el derecho administrativo sancionador.

De esta manera, al no existir una descripción clara en la ley acerca las acciones u omisiones que determinan la procedencia de los daños punitivos, ni estar consagrada expresamente

⁷⁷³ BALLESTER PASTOR..., <El proceloso camino..., pág. 34-43.

⁷⁷⁴ ALAMEDA CASTILLO..., <Repensando el modelo..., pág. 44.

su procedencia, ni el grado o tipo de reproche o la intolerabilidad de la conducta del agente, ni la naturaleza y la extensión de la sanción, debe entenderse que la aceptación de dicha figura en el artículo 183 LRJS desconoce los principios de legalidad y taxatividad⁷⁷⁵.

Concordamos con esta última posición. En efecto, la interpretación del artículo 183 LRJS no puede hacerse de forma aislada para incluir en él una figura que no ha sido prevista expresamente por el legislador y que además plantea serias dudas desde el punto de vista constitucional, sin que sea dable descartar una eventual vulneración de la Constitución por el solo hecho de no haberse establecido para figuras similares como puede ser el recargo de prestaciones⁷⁷⁶.

Consideramos que son dos cuestiones diferentes y diferenciables, por más que estén relacionadas entre sí, la función disuasoria o preventiva de la indemnización y los daños punitivos. La primera cuestión pretende evitar la producción de un daño y la segunda castigar a quien lo ha producido. Se ha dicho entonces que prevenir no es lo mismo que castigar⁷⁷⁷ y en ese sentido la punición siempre trae consigo la prevención, no ocurriendo lo mismo en sentido contrario, es decir, lo preventivo no necesariamente será punitivo⁷⁷⁸.

Así, la función preventiva no es ninguna novedad de la LRJS y por el contrario ella ya era defendida como otra de las funciones o efectos de la responsabilidad, en todo caso secundario frente a la principal que no es otra que la reparación del daño. De esta manera, lo único que hizo la LRJS fue explicitar un carácter preventivo que ya venía siendo admitido por la doctrina y la jurisprudencia⁷⁷⁹.

En definitiva, creemos que la función disuasoria de la indemnización por lesión de derechos fundamentales se puede cumplir mediante la imposición de condenas en cuantía suficiente que permita hacer efectiva la finalidad de prevención del daño⁷⁸⁰, sin que ello signifique, en ningún caso, la adopción de daños punitivos que llevaría la indemnización al terreno

⁷⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 45.

⁷⁷⁶ BALLESTER PASTOR..., <El proceloso camino..., pág. 38. La autora rechaza las objeciones que desde la perspectiva de la constitucionalidad se hacen a los daños punitivos teniendo en cuenta la existencia de figuras similares frente a las cuales no se ha establecido dicha inconstitucionalidad.

⁷⁷⁷ LLAMAS POMBO, Eugenio. <Nuevo debate sobre los *punitive damages*>. *Práctica de Derecho de Daños*. 2012, Núm. 101. Disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>.

⁷⁷⁸ ALAMEDA CASTILLO..., <Repensando el modelo..., pág. 48.

⁷⁷⁹ STS de 5 de febrero de 2015 [RJ 2015, 895].

⁷⁸⁰ FABREGAT MONFORT, Gemma. <Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar> EN: RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo E.; ALFONSO MELLADO, Carlos L. (dirs.). *La nueva ley de la jurisdicción social: texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*. Bomarzo: Albacete, 2012, pág. 214.

sancionador, con las consecuentes dificultades que frente a ello imponen el respeto del principio de legalidad y tipicidad⁷⁸¹.

1.4.4. La cuantificación del daño por vulneración de bienes constitucionales

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la reparación del daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se realiza principalmente a través de medidas de justicia restaurativa, privilegiándose tales medidas frente a la reparación mediante indemnización.

Quiere ello decir que cuando el juez encuentre lesionado alguno de estos derechos, deberá ordenar, dentro del elenco de medidas de reparación no pecuniaria previstas en el derecho internacional, aquellas que resulten adecuadas a la lesión sufrida y que el juez determinará conforme a las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, excepcionalmente este tipo de daños pueden ser reparados mediante una indemnización siempre que las medidas de reparación no pecuniarias, a criterio del juez, “no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles”; en tales casos podrá decretar una indemnización de hasta 100 SMLMV, cuantía que en todo caso “deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado”⁷⁸².

2. La reparación por vulneración de derechos fundamentales (II): la indemnización como forma de reparación del daño

La forma más natural de reparación del daño y la primera que debe intentarse es la reparación *in natura* o reparación en forma específica, que consiste en la remoción de la causa del daño y la realización de los actos necesarios para reponer al sujeto dañado al estado en que se encontraba previo a la lesión⁷⁸³.

En caso de que no se pueda reintegrar a la víctima del daño al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del evento dañino, procede la reparación en dinero mediante el pago de una indemnización⁷⁸⁴. Es decir, la prelación en materia de reparación del daño la tiene

⁷⁸¹ ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 3-4.

⁷⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, CP.: Ramiro Pazos Guerrero.

⁷⁸³ ÁNGEL YÁGÜEZ..., *Tratado...*, pág. 904.

⁷⁸⁴ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*. 6ª ed. Madrid: Montecorvo, 1991, pág. 312-317.

la *restitutio in integrum*, sólo cuando esta no es posible es que se acude a la indemnización como forma de reparación.

No obstante, a pesar de que la reparación *in natura* es la forma prístina de reparación del daño, la indemnización es la que tiene mayor ocurrencia especialmente en los eventos en que resulta imposible la restitución al estado anterior. Se parte de la base de que el dinero es un medio apto para satisfacer o reponer todo tipo de intereses, de manera que esta reparación por equivalente hace las veces de “precio” del daño causado⁷⁸⁵.

Tratándose del contrato de trabajo y más concretamente en los casos de despido, la reparación *in natura* implica el restablecimiento del vínculo contractual terminado en forma ilegítima, solución prevista en los regímenes más cercanos a una estabilidad laboral absoluta o plena.

En Colombia este nivel de estabilidad tiene un carácter absolutamente excepcional, siendo la regla general la reparación mediante indemnización⁷⁸⁶. El reintegro del trabajador solo procede en los casos en que está previsto por la ley o que la jurisprudencia lo ha establecido por tratarse de sujetos protegidos por una estabilidad laboral reforzada o en los casos de despido con vulneración de derechos fundamentales.

El ordenamiento español se mueve más en un estadio intermedio al consagrar la opción entre readmisión o indemnización en cabeza del empresario cuando el despido ha sido declarado improcedente, opción que desaparece en los eventos en que la ley dispone la obligatoria readmisión del trabajador como en los despidos nulos o de representantes de los trabajadores.

Son múltiples los escenarios en los que el empresario, en la ejecución del contrato de trabajo, puede causar un daño al trabajador dando origen a la obligación de reparar⁷⁸⁷. Así por ejemplo, cuando el empleador niega el reingreso a un trabajador que lo ha solicitado oportunamente a la finalización del periodo de excedencia voluntaria habiéndose producido vacantes en la empresa, cuando se declara nula la sanción impuesta al trabajador, cuando ocurre un accidente de trabajo mediando culpa del empresario o, cuando resulta lesionado un derecho fundamental del trabajador.

⁷⁸⁵ ÁNGEL YÁGÜEZ..., *Tratado...*, pág. 904.

⁷⁸⁶ Cfr. Capítulo VI.2.2.1.

⁷⁸⁷ Cfr. ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo; MARTÍN LÓPEZ, María Paz. <La responsabilidad de daños y perjuicios en el orden laboral>. Westlaw, BIB 2000/2008, pág. 6-11.

La gran mayoría de supuestos que dan lugar a la reclamación de daños y perjuicios por parte del trabajador están sujetos a la regla general en materia de daños, relativa a la obligación que tiene quien los reclama de probar no solo su existencia sino la cuantía de los mismos. La obligación de indemnizar no deriva entonces de meros incumplimientos contractuales, sino de la efectiva causación de un daño, que en consecuencia, debe ser probado⁷⁸⁸.

En tales condiciones la cuantía de la indemnización dependerá de lo que resulte probado en el proceso, siendo relevantes los siguientes criterios a efectos de la valoración de la indemnización⁷⁸⁹:

- En tanto no existe norma que determine la cuantía del daño, el límite de dicha cuantía será el daño mismo, es decir, se reparará todo el daño que se logre acreditar;
- La indemnización deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para reparar todos los daños sufridos por el trabajador;
- La reparación no debe exceder del daño sufrido, de manera que no se convierte en fuente de enriquecimiento sin justa causa para quien los reclama y;
- La existencia del daño debe ser real y cierta, no se pueden reparar daños eventuales o hipotéticos.

En otros eventos la cuantía de la indemnización viene determinada previamente por el legislador y a dicha tasación deben estarse los jueces cuando conozcan de las reclamaciones de los trabajadores. El caso típico de indemnización tarifada es el despido, donde normalmente se determina su importe en función del salario del trabajador y la antigüedad en la empresa. Otro evento es de los accidentes de trabajo en el ordenamiento español donde tienen aplicación los baremos previstos en el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En una especie de estadio intermedio entre la indemnización tarifada y la que determine el juez conforme las probanzas del proceso se encuentra el supuesto regulado en el artículo 281.2 de la LRJS acerca del incidente de no readmisión⁷⁹⁰, en dicho artículo se faculta al juez para condenar al empresario al pago, no solo de la indemnización prevista en el artículo

⁷⁸⁸ GARCÍA VIÑA..., Jordi. <Daños y perjuicios..., pág. 20.

⁷⁸⁹ ALEMANY ZARAGOZA...; MARTÍN LÓPEZ...; <La responsabilidad..., pág. 5-6.

⁷⁹⁰ GARCÍA VIÑA..., Jordi. <Daños y perjuicios..., pág. 22.

56 ET, sino también a una indemnización adicional por los perjuicios ocasionados con la no readmisión o la readmisión irregular, “de hasta quince días de salario por año de servicios y un máximo de doce mensualidades”.

Siguiendo los derroteros trazados en el capítulo anterior, limitaremos nuestro estudio a la indemnización tarifada en los eventos del despido –excepción hecha de lo relativo a los daños inmateriales– atendiendo a que son los que mayor litigiosidad presentan en las relaciones laborales⁷⁹¹ y quizás los de mayor relevancia, teniendo en cuenta que la extinción del contrato conlleva la pérdida de ingresos del trabajador, fuente de su sostenimiento y el de su familia.

2.1. Las indemnizaciones tarifadas en el contrato de trabajo

Frente a la ruptura del contrato de trabajo, cuando esta tiene lugar sin que exista causa legal para ello –ya sea despido improcedente, injusto o la terminación a instancias del trabajador por incumplimientos graves y culpables del empresario⁷⁹²– la ley determina el monto de la indemnización que dicha ruptura origina en favor del trabajador.

Se trata de las denominadas indemnizaciones tarifadas en las que se establece una presunción acerca de la existencia del daño y de su cuantía. En consecuencia, el trabajador queda relevado de la prueba del daño cuyo resarcimiento opera por mandato de la ley. Para nada es relevante si el trabajador despedido sufrió un daño menor al reparado o incluso si no sufrió daño alguno, ya que es el legislador el que de manera previa ordena su reparación y determina su cuantía.

Esta forma de regulación de la indemnización por despido tiene una clara finalidad protectora del trabajador⁷⁹³ en tanto queda liberado de acreditar la existencia de unos determinados perjuicios ocasionados por la ruptura contractual y, queda relevado también de probar que el montante de los perjuicios causados asciende a la cantidad reconocida en la ley.

Se ha dicho que las indemnizaciones tasadas en los casos de despido no tienen por objeto resarcir la pérdida del trabajo en la medida en que no tienen la estructura propia del

⁷⁹¹ ESCOBAR HENRÍQUEZ..., <Los despidos..., pág. 21.

⁷⁹² GIL Y GIL, José Luis; SAGARDY DE SIMÓN, Iñigo. *La protección contra el despido disciplinario*. Madrid: Ediciones Cinca, 2007, pág. 132.

⁷⁹³ GARCÍA VIÑA..., Jordi. <Daños y perjuicios..., pág. 24.

resarcimiento de daños⁷⁹⁴. No obstante, creemos que son dos cuestiones diferentes que además no son incompatibles entre sí.

En efecto, es consustancial a la indemnización, cualquiera que ella sea, que su función sea reparar un daño, de manera que si la actuación que la origina es la ruptura del contrato de trabajo, es claro, en nuestra opinión, que lo que pretende resarcir es precisamente la pérdida del empleo.

Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva que hemos señalado, las reglas de determinación del daño en este caso sí se apartan del régimen común del resarcimiento de daños; pero esta divergencia no implica en modo alguno que no se pretenda reparar los perjuicios que ocasiona al trabajador la extinción injusta del contrato.

Estamos ante una forma especial de reparación de daños donde la cuantía es fijada *ex lege* atendiendo, por una parte, finalidades globales de política social y económica⁷⁹⁵ y por la otra, una finalidad de protección al trabajador a quien en todo caso se le garantiza una reparación del perjuicio sufrido sin que tenga que probar su existencia. Es, como dijimos, una presunción legal de daño cuya cuantía es fijada con prescindencia de la entidad real del daño causado.

2.1.1. La (in)compatibilidad de la indemnización tarifada con la reclamación de otros daños

En la tasación anticipada de los perjuicios que hace el legislador en el Estatuto de los Trabajadores se entienden comprendidos todos los que se deriven de la extinción del contrato de trabajo; lo anterior significa que, por regla general, el trabajador no podrá reclamar ninguna suma adicional por el mismo concepto. En otras palabras, la indemnización tarifada por la ruptura del contrato absorbe una eventual responsabilidad adicional del empresario por daños y perjuicios⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1990, pág. 19.

⁷⁹⁵ STC 6/1984 de 24 de enero [RTC 1984, 6].

⁷⁹⁶ Hay algunos que defienden la compatibilidad, con carácter general, de las indemnizaciones tasadas con la reclamación de daños y perjuicios al empresario en razón de la responsabilidad contractual derivada de su incumplimiento, más allá de las excepciones que actualmente existen. Entienden que la indemnización por despido pretende reparar la pérdida del empleo pero no los daños causados al trabajador por la conducta culpable del empresario. Cfr. GIL Y GIL, José Luis. <La indemnización por despido improcedente> EN: GIL Y GIL, José Luis; VALLE, José Manuel del (coords.). *El despido disciplinario. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*. Madrid: Editorial Cinca, 2009, pág. 417-419.

Lo anterior quiere decir que, en principio, al juez no le está permitido la apreciación de otros daños por encima de la indemnización prevista en la ley. Esta ha sido la doctrina que de vieja data ha sostenido el Tribunal Supremo. Así, en la STS de 3 de abril de 1997 sostuvo que la previsión del artículo 50 ET contiene una regla similar a la del artículo 1124 CC, en tanto consagra la condición resolutoria en favor de una de las partes por el incumplimiento de la otra de las obligaciones que le incumben

No obstante, las consecuencias indemnizatorias provenientes del ejercicio de dicha facultad vienen previstas en la normatividad laboral, que para tales efectos reenvía a la indemnización por despido improcedente tasada en el artículo 56 ET. Así las cosas, habiendo norma especial en el ordenamiento laboral, es esta la que habrá de aplicarse y en ella se determina la cuantía de la indemnización a que tiene derecho el trabajador, no siendo posible entonces la aplicación de la normatividad civil, ni en dicho proceso ni en otro posterior en el que se pretenda la indemnización por daños y perjuicios⁷⁹⁷.

En la STS de 11 de marzo de 2004 se reiteran los anteriores planteamientos, señalando además que la indemnización por despido improcedente “es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen «ex lege» por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar”⁷⁹⁸.

La regla anterior sobre incompatibilidad de indemnizaciones tiene, no obstante, una excepción: cuando la extinción del contrato tiene lugar con violación de derechos fundamentales. Debe precisarse en todo caso, que nos estamos refiriendo a los supuestos de extinción del contrato a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario, ya que cuando la decisión extintiva proviene del empleador y se violan los derechos fundamentales del trabajador el despido será nulo y no improcedente, supuestos en los que opera la readmisión obligatoria del trabajador.

Un primer antecedente de esta excepción lo encontramos en la STS de 12 de junio de 2001 donde el Tribunal Supremo señaló que en los casos de despido discriminatorio, además de la readmisión y el pago de los salarios de tramitación, era procedente ordenar el pago de

⁷⁹⁷ STS de 3 de abril de 1997 [RJ 1997, 3047].

⁷⁹⁸ STS de 11 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3401].

los perjuicios adicionales causados al trabajador, tanto de carácter moral como patrimonial, siempre que tales perjuicios se encuentren probados en el proceso⁷⁹⁹.

Aunque se trata de supuestos distintos a los que estamos analizando, traemos esta sentencia a colación porque el fundamento radicaba en la lesión de una garantía fundamental del trabajador, criterio este que sería utilizado más adelante por el Tribunal Supremo para introducir la excepción a su doctrina de la incompatibilidad de indemnizaciones. Sobre esta sentencia volveremos con detenimiento en el siguiente capítulo cuando estudiemos los daños que genera la violación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

Sería concretamente en la STS de 17 de mayo de 2006 donde el Tribunal Supremo expresaría con claridad la procedencia de la indemnización adicional cuando el supuesto de extinción del artículo 50 ET, tuviera lugar mediante la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo ratificó su doctrina sobre la incompatibilidad entre la indemnización tasada en los eventos de extinción del contrato por incumplimiento grave y culpable del empleador y la indemnización de daños y perjuicios, señalando que dicha regla encuentra una excepción cuando la conducta que da lugar a la aplicación del artículo 50 ET es constitutiva de un atentado a los derechos fundamentales del trabajador⁸⁰⁰.

A pesar de lo acertado del planteamiento, los fundamentos de la sentencia son no obstante, altamente criticables. En efecto, el Tribunal Supremo recalca que la diferencia entre el caso que allí resolvía y el enjuiciado en la STS de 11 de marzo de 2004, estribaba en el hecho de que en este último se reclamaba una indemnización adicional ex artículo 1124 CC; mientras que en la sentencia que se comenta, el actor alegó desde un principio –y en ello basó su *petitum*– la existencia de una lesión de sus derechos fundamentales.

Se trata de un argumento formalista que no tiene en cuenta que materialmente los supuestos enjuiciados eran similares: en ambos la extinción del contrato tenía su origen en los tratos vejatorios de que habían sido víctimas los demandantes. De manera que, con independencia de la fuente invocada para obtener el resarcimiento de los perjuicios, es claro que tanto en uno como en otro estábamos en presencia de una vulneración de

⁷⁹⁹ STS de 12 de junio de 2001 [RJ 2001, 5931].

⁸⁰⁰ STS de 17 de mayo de 2006 [RJ 2004, 7176].

derechos fundamentales que había producido un daño y que por tanto, hacía compatible las indemnizaciones.

Habrà de tenerse en cuenta también que más allá de la norma sustantiva que se invoque como sustento de la pretensión indemnizatoria, lo cierto es que lo verdaderamente relevante a efectos de determinar la procedencia o no de una indemnización adicional, no puede ser otra circunstancia distinta a la existencia de un daño efectivamente causado y probado en juicio.

En este sentido apunta el voto particular contenido en la sentencia a la que nos referimos⁸⁰¹. La discrepancia con la sentencia se refiere principalmente a la cuestión de no haber rectificado el Tribunal Supremo la doctrina expuesta en la sentencia de 11 de marzo de 2004 y la fundamentan en que el sustento de la reclamación de una indemnización adicional es la existencia de un daño causado con la actuación ilícita del empresario, con independencia de que dicha actuación se califique como un incumplimiento contractual o como la vulneración de una norma constitucional.

La cuestión se centra en determinar –se insiste en el voto particular– si además del daño que genera la conducta empresarial que obliga al trabajador a poner fin al contrato, se generan otros daños que deban ser igualmente indemnizados independientemente de la calificación jurídica del incumplimiento, esto es, si contractual o constitucional. La respuesta en este caso es que la indemnización tasada a que se refiere el artículo 56 ET repara únicamente el daño por la extinción del contrato de trabajo, pero no otros daños producidos al margen de dicha extinción y que pueden concurrir con ella.

Con los cambios introducidos por la Ley Orgánica de Igualdad (Ley 3/2007, en adelante también LOI) a la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral, se introdujo el sustento normativo expreso de la compatibilidad de la indemnización por violación de un derecho fundamental “con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”⁸⁰². Dicha previsión se mantuvo en el artículo 183 LRJS.

En definitiva, la actual doctrina del Tribunal Supremo⁸⁰³ admite la compatibilidad entre la indemnización tarifada prevista en el artículo 56 ET (por la remisión hecha en el artículo 50

⁸⁰¹ Voto particular suscrito por los Magistrados Aurelio Desdentado Bonete y Jesús Gullón Rodríguez.

⁸⁰² Artículo 180.1 LPL.

⁸⁰³ Reiterada recientemente en la STS de 20 de septiembre de 2011 [RJ 2011, 7057].

del mismo estatuto) con otra indemnización adicional por daños y perjuicios, únicamente cuando la causa extintiva constituya a su vez, una lesión de los derechos fundamentales del trabajador⁸⁰⁴.

Todo lo hasta aquí dicho tiene como referente el ordenamiento español, de manera que la solución es diferente en el caso colombiano de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia.

En este contexto la cuestión se plantea desde una doble perspectiva: en primer lugar acerca de si se pueden reclamar daños en cuantía superior a la tarifada en la ley y, en segundo lugar, acerca de la naturaleza de los daños que pueden pedirse por fuera de la indemnización tasada.

El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo señala que “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente”.

La literalidad del precepto permitiría entender, *a priori*, que el legislador ya previó los perjuicios que la ruptura unilateral e injusta del contrato puede ocasionar al trabajador y determinó su cuantía, de forma que por fuera de estos no habría lugar a reclamar nada distinto con excepción de los daños morales.

No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de precisar el alcance de dicho artículo dándole un entendimiento distinto. Así, en cuanto a la primera cuestión planteada, esto es, la de si pueden reclamarse daños por encima de los tasados, la Corte Constitucional ha dicho que la respuesta es afirmativa y que en tal caso corresponderá al trabajador la prueba de su existencia y cuantía.

En la sentencia C-1507 de 2000⁸⁰⁵ la Corte sostuvo que al ser la indemnización tarifada una medida de protección del trabajador, dicha indemnización se ajustaba a la Constitución siempre que con ella se repararan la totalidad de los daños ocasionados con el despido

⁸⁰⁴ GINÈS I FABRELLAS, Anna. <La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios>. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. 2008, Núm. 1, pág. 6.

⁸⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1507 del 8 de noviembre de 2000, MP.: José Gregorio Hernández Galindo.

injusto; de lo contrario, el empleador estará obligado a indemnizar plenamente al trabajador que acredite un perjuicio en cuantía superior a la tasada previamente por el legislador.

Esta misma línea ha sido seguida por la Corte Suprema de Justicia que ha aceptado la posibilidad de reclamar perjuicios por encima de los previstos en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo a condición de que se encuentren plenamente acreditados por el trabajador, tanto en su existencia como en su cuantía⁸⁰⁶; de manera que tales perjuicios deben tener un nexo de causalidad con el despido y dicho nexo debe ser probado por el demandante

“y para dar por establecida esta causalidad no es suficiente advertir la existencia de una secuencia cronológica entre los hechos; si bien, al despido le sigue el desempleo, y a este la falta de medio para la subsistencia, una y otras son situaciones diferentes, que responden a encadenamientos de causalidad diversos; el uno restringido a ámbito de la empresa, a las relaciones del empleador con su trabajador; la del desempleo a las estado de la economía, a la demanda la mano de obra, a la capacitación y experiencia de quien la ofrece, etc.; y la situación de carencia de ingresos, en parte al despido cuando este no ha sido resarcido, pero también a las oportunidades y manera de aprovecharlas que ha tenido el trabajador durante toda su vida laboral”⁸⁰⁷.

De conformidad con lo anterior, el nexo de causalidad no queda acreditado con el solo hecho del despido, es decir, que no cualquier adversidad originada en la falta de medios económicos como consecuencia del despido⁸⁰⁸, permite dar por sentada la causalidad requerida.

En cuanto a la naturaleza de los perjuicios que puede reclamar el trabajador por encima de la tarifa consagrada en el artículo 64 CST, la jurisprudencia ha admitido que pueden ser tanto materiales como morales. Frente a estos últimos, el criterio de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia 8533 de 1996 ha sido el de aceptar la procedencia del daño moral por la ruptura injusta del contrato.

En dicha sentencia la Corte sostuvo que de la redacción del artículo 64 del CST cuando señala que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no puede desprenderse la improcedencia del daño moral, ya que el legislador en dicho artículo lo que dispuso fue que la indemnización allí contenida reparaba únicamente los perjuicios de orden material, pero en modo alguno prohibía el resarcimiento de los daños

⁸⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 18 de febrero de 2005, radicación 22850, MP.: Francisco Javier Ricaurte Gómez.

⁸⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 20 de febrero de 2004, radicación 22015, MP.: Eduardo López Villegas.

⁸⁰⁸ *Ibíd.*

morales en tanto se produzcan con la terminación del contrato y el trabajador los haya probado.

Partiendo de la jurisprudencia civil que de antaño había aceptado la reparación de los perjuicios morales ocasionados en un incumplimiento contractual, aun cuando las normas del Código que servían de fundamento a dicha responsabilidad solo se referían a la indemnización por daño emergente y lucro cesante, sostuvo la Corte que no había razón alguna para negar dicha reparación cuando el perjuicio tuviera origen en un incumplimiento contractual de índole laboral.

“Cerrarle el paso a la posibilidad de que esta clase de daños ocurra y exonerar de consiguiente a quien los causa, constituiría una grave afrenta para el ser humano que trabaja, pues sería tanto como decir que el trabajador no tiene, por la sola circunstancia de serlo, un patrimonio moral, como sí lo tendría, en cambio, en tanto en cuanto actúa en desarrollo de contratos civiles o mercantiles”⁸⁰⁹.

Más adelante, en la sentencia 22014 de 2004⁸¹⁰, la Corte se encargó de precisar las circunstancias que dan origen a la existencia de daños morales por la terminación injusta del contrato. En este sentido sostuvo que no es el acto de despido en sí mismo el que se puede considerar generador del sufrimiento moral del demandante, sino conductas del empleador que tengan la capacidad de generar una afectación al patrimonio moral del trabajador.

En otras palabras, el solo hecho del despido sin justa causa no puede considerarse como causante de un daño moral al trabajador aun teniendo en cuenta la afectación que ello puede suponer en su estado de ánimo, sino que deben concurrir circunstancias graves en la actuación del empleador que tengan la entidad suficiente para causar el menoscabo moral cuya reparación se solicita.

También ha precisado la Corte que la causación de los daños morales no se contrae exclusivamente a los eventos de terminación unilateral del contrato sin justa causa, por el contrario, la reparación del daño moral en el ámbito de la relación laboral es procedente “independientemente de la fuente de su origen”⁸¹¹. La ocurrencia de un accidente de trabajo con culpa patronal es uno de estos eventos.

⁸⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 12 de diciembre de 1996, radicación 8533, MP.: Rafael Méndez Arango.

⁸¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 12 de mayo de 2004, radicación 22014, MP.: Fernando Vásquez Botero.

⁸¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 16 de marzo de 2010, radicación 35795, MP.: Gustavo José Gnecco Mendoza.

Hasta épocas recientes la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre reconocimiento del daño moral por despido injusto, no pasaba de las consideraciones acerca de la posibilidad meramente teórica de causación de un daño de esta naturaleza por la terminación injusta del contrato. Lo anterior quiere decir que, a pesar de que la Corte había admitido la posibilidad de reconocer daños morales por el despido, no existían condenas en este sentido con el argumento de la insuficiencia probatoria acerca de la existencia de aquellos.

Una muestra de ello es precisamente la sentencia 22014 de 2004 donde las precisiones que se hicieron acerca de las circunstancias que pueden generar en el trabajador sentimientos de angustia o sufrimiento por la terminación del contrato, fueron las que sirvieron de fundamento a la Corte para desechar su existencia y absolver a la empresa de la condena por este concepto.

Esta tendencia parece haber quedado atrás con dos sentencias más o menos cercanas en el tiempo, en las que la Corte Suprema acoge las pretensiones del trabajador sobre el reconocimiento de daños morales ocasionados con la terminación injusta del contrato de trabajo.

Aunque ninguna de las sentencias es rica en argumentos que permitan consolidar una doctrina general sobre la causación de estos daños por el despido, vale la pena detenerse un poco en ellas en tanto rompen el paradigma de ausencia de condenas reales por este tipo de daños e incluyen en sus fundamentos algunas cuestiones relevantes de cara a la protección de los derechos fundamentales del trabajador.

La primera de ellas es la sentencia 42706 de febrero de 2014. La demanda que le dio origen la interpuso un trabajador que había dado por terminado el contrato de trabajo con justa causa –entiéndase imputable al empleador– y reclamaba el pago de la indemnización por despido injusto y la correspondiente a los daños morales.

En el proceso quedó demostrado que el empleador instó al demandante a la terminación consensuada del contrato de trabajo y que, ante la negativa de este, inició maniobras tendientes a que el trabajador presentara su renuncia. Con este propósito lo reasignó en un cargo de inferior categoría que, si bien no conllevó una desmejora salarial, si implicó una degradación de las funciones del trabajador.

En este caso la Corte encontró que la afectación del patrimonio moral del trabajador estaba dada por la conducta empresarial que degradó su estatus laboral con la consecuente afectación de su estima y su dignidad.

*“El desatino es ostensible, en la medida en que, por lo menos, resulta contradictorio colegir que, no obstante que la conducta empresarial resultó abiertamente nociva para la estima y la dignidad del empleado, en tanto comportó una degradación de su estatus laboral, no le ocasionó un daño moral resarcible, dado que **necesariamente una agresión contra bienes tan valiosos inherentes a la persona, que cuentan con protección constitucional, en la dimensión que tuvo por acreditada el ad quem, no puede dispensarse con el argumento de que no fueron de «extrema intensidad», para concluir que no procedía la imposición de los perjuicios morales**”⁸¹² (negrilla añadida).*

Aunque la Corte no ahonda en el anterior argumento en la forma en que hubiese sido deseable, es claro que en este caso la existencia del padecimiento moral del trabajador la hizo derivar de que la conducta empresarial constituía un atentado a la dignidad del trabajador y de la relevancia constitucional que ostenta la dignidad de la persona en el ordenamiento.

Esta sentencia constituye un antecedente claro acerca de la causación de daños morales cuando quiera que se atenta contra la dignidad del trabajador y que, a nuestro juicio, está llamado en el futuro a servir de *ratio iuris* en los eventos en que se juzgue la existencia de perjuicios morales en el contrato de trabajo. Consideramos también que no existe obstáculo para hacerla extensiva a los casos de vulneración de derechos fundamentales del trabajador, derechos que también son “inherentes a la persona” y “cuentan con protección constitucional”.

La otra sentencia a destacar sobre este punto es la 39642 de octubre de 2014. En ella la Corte reitera que la indemnización tasada del artículo 64 del CST solo incluye el daño emergente y el lucro cesante, de manera que es viable el resarcimiento del daño moral siempre que se pruebe su configuración por una actuación del empleador que haya dado lugar a este tipo de perjuicios.

Sobre la concreción del daño moral en este caso, que no estaba ligado a una lesión de derechos fundamentales sino al presunto incumplimiento de las directrices de la empresa, la Corte sostuvo

“Aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente.

⁸¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 12 de febrero de 2014, radicación 42706, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Lo anterior está estrechamente ligado con el concepto de la actividad como tal, pues el individuo en sus espacios laborales no solo cumple una función determinada por la que percibe un salario, sino que en ellos desarrolla toda una serie de relaciones sociales a través de las cuales deriva una imagen propia que es la que proyecta tanto a su familia como a sus amigos. Además de ello, la actividad productiva remunerada le permite plantearse una vida a corto, mediano o largo plazo y eso, sin duda le da cierta estabilidad emocional.

La consagración de toda una vida de esfuerzo en una determinada empresa genera a su vez cierta aspiración al reconocimiento de la labor efectuada, y a la contraprestación moral por la misma, máxime cuando ella va acompañada de una trayectoria intachable y de una actividad proactiva”⁸¹³.

Queda claro entonces que la indemnización de perjuicios por ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo es compatible con la pretensión de reparación de los daños morales que dicha terminación pueda ocasionar. Sin embargo, hasta el momento la Corte no ha dicho nada acerca de la posibilidad de hacer compatibles las indemnizaciones anteriores con otros daños de carácter inmaterial que puedan causarse al trabajador.

En efecto, debemos recordar que en la jurisprudencia colombiana los daños morales hacen parte de un género mayor que son los daños inmateriales, es decir, aquellos son apenas una especie de estos y por tanto se han reconocido otro tipo de daños inmateriales más allá del daño moral⁸¹⁴. Así, la propia jurisprudencia laboral ha reconocido el daño a la vida de relación junto con el daño moral en los eventos de accidentes de trabajo en los que ha mediado la culpa patronal.

La cuestión a determinar será entonces si en el marco del contrato de trabajo y por fuera de los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales regulados en el artículo 216 del CST, se pueden causar y reconocer al trabajador daños inmateriales distintos del daño moral. Sobre este punto remitimos a lo dicho sobre la reparación del daño inmaterial por la violación de derechos fundamentales.⁸¹⁵

2.1.2. La cuantía de la indemnización

Las indemnizaciones tarifadas por la terminación del contrato sin justa causa, aunque pretenden reparar al trabajador los perjuicios ocasionados con la ruptura contractual, no tienen en cuenta la entidad de los daños causados a efectos de la fijación de su importe;

⁸¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 22 de octubre de 2014, radicación 39642, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁸¹⁴ Capítulo IV.2.2.1.

⁸¹⁵ Capítulo IV.3.

para ello toman en consideración otros factores que suelen ser el salario y el tiempo de servicios.

Ya hemos señalado como las normas que establecen la indemnización tasada de perjuicios consagran una verdadera presunción de daño y fijan su cuantía de forma anticipada bajo el entendido de que dicha cuantía resulta suficiente para compensar tales perjuicios. De esta manera el trabajador queda relevado de probar, no solo la existencia del daño, sino la cuantía del mismo.

Es precisamente por la anterior circunstancia que la indemnización tarifada de perjuicios es entendida como un instrumento cuya finalidad es proteger al trabajador, ya que le garantiza el resarcimiento de los perjuicios con independencia de su real causación, es decir, aun cuando el daño no haya tenido lugar, la ley ordena su reparación.

En Colombia el sistema de indemnización tarifada basado en la antigüedad del trabajador y el salario devengado fue instituido mediante la reforma al Código Sustantivo del Trabajo introducida por el Decreto 2351 de 1965. Hasta ese entonces existían dos instituciones que dejaban al trabajador en franca desventaja frente a una decisión empresarial de terminación del contrato realizada en forma intempestiva o arbitraria.

La primera de ellas es la que se denominaba plazo presuntivo (aún vigente en la legislación aplicable a los trabajadores oficiales) que consistía en que el contrato de trabajo cuya duración no hubiese sido estipulada, se entendía celebrado por periodos sucesivos de seis meses al término de los cuales, el empleador podía darlo por terminado libremente.

La otra figura era la cláusula de reserva que aplicaba a los contratos de duración indeterminada y que permitía al empleador terminarlo libremente con el único requisito de preavisar al trabajador con una antelación no inferior al periodo de pago del salario, término que fue ampliado a cuarenta y cinco días por el Decreto 616 de 1954. En cualquier caso, el empleador podía desconocer el preaviso si pagaba al trabajador el salario del tiempo correspondiente a dicho preaviso.

Si el empleador daba por terminado el contrato por fuera de estas dos circunstancias y sin justa causa, la indemnización que correspondía al trabajador equivalía a los salarios del tiempo que faltase para cumplirse el plazo del contrato, ya fuese el pactado por las partes o el presunto de seis meses.

Bajo este contexto, el uso indiscriminado y sin control por parte de los empresarios de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo para terminar los contratos de trabajo provocó la protesta de los trabajadores que desembocó en la primera gran reforma al Código Sustantivo del Trabajo de 1950 y que se llevó a cabo con la expedición del Decreto 2351 de 1965⁸¹⁶.

En dicha reforma se eliminó el plazo presuntivo y se estableció el contrato a término indefinido que tendría vigencia en tanto subsistieran las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. También se eliminó la cláusula de reserva y en contrapartida se estableció el sistema indemnizatorio por tablas de antigüedad para el contrato a término indefinido.

Se determinó la cuantía de la indemnización a partir de una base de cuarenta y cinco días de salario por el primer año de servicios, suma que se vería incrementada en otro tanto por cada año adicional de trabajo en función de la antigüedad del trabajador. La norma no limitaba la indemnización a un máximo de mensualidades, sino que la misma dependería exclusivamente de los años trabajados.

Para los trabajadores que tuviesen más de diez años de servicio y fuesen despedidos sin justa causa se previó la acción de anulación del despido⁸¹⁷ –conocida como acción de reintegro– que comportaba la reinstalación del trabajador junto con el pago de los salarios dejados de percibir. Se trataba de un despido que en principio producía efectos jurídicos, pero que podía ser anulado a instancia del trabajador⁸¹⁸.

En todo caso, la decisión final acerca del reintegro quedaba en manos del juez quien podía negarlo cuando, de las circunstancias acreditadas en el proceso, apareciera que aquel era desaconsejable en razón de las incompatibilidades creadas con el despido. En tal caso, el trabajador tenía derecho a la indemnización tasada en los términos expuestos anteriormente.

Las reformas a la legislación laboral de corte neoliberal que se iniciaron en Colombia a partir de la década de los noventa, dieron inicio a una tendencia flexibilizadora de las normas

⁸¹⁶ GONZÁLEZ CHARRY..., *Derecho laboral...*, pág. 519-520.

⁸¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Segunda. Sentencia del 2 de diciembre de 1994, radicación 6684, MP.: Francisco Escobar Henríquez.

⁸¹⁸ ESCOBAR HENRÍQUEZ..., <Los despidos...>, pág. 25-27.

laborales que se ha mantenido hasta épocas más o menos recientes y que han incluido desmejoras en la estabilidad de los trabajadores y abaratamiento de los costes del despido.

Así, la Ley 50 de 1990 eliminó la posibilidad de reintegro para los trabajadores con antigüedad superior a diez años que fuesen despedidos sin justa causa y en compensación, elevó de treinta a cuarenta días de salario la indemnización por cada año de servicio adicional al primero.

Con la Ley 789 de 2002 se produce una reducción sustancial de las cuantías indemnizatorias, siendo aún mayor dicha reducción para los trabajadores con mayores ingresos. Los que devenguen menos de diez salarios mínimos parten de una base de treinta días de salario por el primer año más veinte adicionales por cada año subsiguiente; mientras que los que ganen más de diez salarios mínimos tienen derecho a veinte días de salario por el primer año y quince más por cada año adicional al primero.

En los contratos de duración determinada, esto es, los contratos a término fijo y por duración de la obra o labor contratada, se ha mantenido la indemnización prevista inicialmente en el Código Sustantivo del Trabajo para el primer tipo de contrato y en el Decreto 2351 de 1965 para el de duración de la obra o labor.

En ambos casos la indemnización consiste en el pago de los salarios del tiempo que faltase para la terminación del contrato en función de la naturaleza de cada uno. Así, en el contrato a término fijo los salarios del tiempo restante hasta la expiración del plazo fijo pactado y, en el contrato por duración de la obra o labor, el tiempo que faltare para la terminación de dicha obra o labor, que en cualquier caso no podrá ser inferior a quince días de salario.

En lo que respecta al ordenamiento español⁸¹⁹ el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores consagra las consecuencias económicas que se derivan del despido disciplinario improcedente cuando el empresario no opta por la readmisión o es condenado al pago de la indemnización durante el incidente de no readmisión.

Múltiples reformas al Estatuto de los Trabajadores de 1980 han ido modificando las garantías inicialmente previstas en favor de los trabajadores, y de tales modificaciones no

⁸¹⁹ Sobre la indemnización tasada en el ordenamiento español solo haremos una breve mención en la medida en que aquella no tiene lugar en los despidos discriminatorios o con violación de derechos fundamentales. Por tanto, su estudio no pretende ser exhaustivo y quedan por fuera múltiples aspectos que sin duda son importantes cuando se habla de despido improcedente, pero que no tienen mayor relevancia para los efectos de este trabajo.

ha escapado el instituto del despido y las consecuencias económicas que de él se derivan para el empresario.

En las sucesivas reformas laborales, por regla general, el abaratamiento del despido no se había hecho mediante la reducción de la indemnización, sino de forma indirecta a través de diversas regulaciones que dieron lugar a un crecimiento de la contratación temporal o mediante la limitación de los salarios de tramitación⁸²⁰.

No obstante, la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 10 de octubre, sí introdujo un abaratamiento expreso del despido al reducir el valor de la indemnización de cuarenta y cinco a treinta y tres días de salario por año de servicio⁸²¹ con un máximo de 24 mensualidades, abaratamiento que se torna aún más evidente con la eliminación de los salarios de tramitación para los eventos en que el empresario opte por la indemnización en lugar de la readmisión.

En todo caso, tanto el RDL 3/2012 como la Ley 3/2012 dispusieron la aplicación de la nueva cuantía indemnizatoria únicamente a los contratos de trabajo celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia del Real Decreto, esto es, los celebrados a partir del 12 de febrero de 2012.

Para los contratos celebrados antes de esa fecha, la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, establece un régimen transitorio que sigue aplicando los cuarenta y cinco días previstos en la legislación antigua para el tiempo de prestación de servicios anterior al 12 de febrero, y los treinta y tres días para los servicios prestados con posterioridad a dicha fecha.

La reforma también limita el importe de la indemnización al señalar que “no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso”.

⁸²⁰ MARÍN MARÍN, José; GALLEGO MOYA, Fermín. *Costes del despido improcedente en la doctrina judicial*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013, pág. 15-22.

⁸²¹ El concepto de años de servicio es distinto del de antigüedad ya que mientras este último supone los años de ejercicio en una determinada actividad laboral o profesión, el primero se refiere al tiempo de servicio prestado a un mismo empresario y es el que se utiliza para el cálculo de la indemnización. Cfr. MARÍN MORAL, Isabel. *La indemnización por despido*. 2ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2006, pág. 83.

2.2. ¿Son compatibles las indemnizaciones tarifadas con el principio de reparación integral?

Las indemnizaciones tarifadas en el contrato de trabajo, acorde con la naturaleza tuitiva de esta rama del ordenamiento, tienen una clara finalidad protectora de la parte débil de la relación en la medida en que lo relevan de la prueba de los perjuicios que le ocasione la terminación injusta y en muchos casos intempestiva del contrato de trabajo. Es por esta razón que el legislador se encarga de establecer una presunción de existencia de tales perjuicios y determina la cuantía de los mismos.

Entendida de esta manera, ningún reproche cabría hacer a la existencia de tarifas indemnizatorias para compensar la pérdida del empleo. No obstante, la cuestión se vuelve problemática cuando aparece claro que el trabajador sufre otro tipo de perjuicios o que los sufridos son de tal magnitud que la tasación hecha de antemano por el legislador deviene insuficiente para repararlos.

En tales eventos es claro que una institución que fue pensada para proteger al trabajador no puede volverse en su contra al impedirle reclamar la reparación de la totalidad de los daños que la ruptura injusta del contrato le ocasionó, máxime cuando dicha ruptura se origina en una actuación culposa o dolosa del empresario.

Resulta contrario a cualquier sentido mínimo de justicia material que una pretensión resarcitoria mayor tuviera acogida en el derecho común ante un incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales, pero en el Derecho del Trabajo, tuitivo por naturaleza, no se permitiera al trabajador obtener un resarcimiento pleno de los perjuicios ocasionados⁸²².

A pesar de que se ha dicho que la indemnización por despido improcedente o injusto contiene una presunción *iuris et de iure* de daño, una interpretación más acorde con el carácter protector del Derecho del Trabajo nos debe llevar a sostener que se trata de una presunción *iuris tantum* que sólo admite prueba en contrario de perjuicios mayores, pero que nunca puede usarse para privar al trabajador de la indemnización que le corresponde en tanto se trataría de una norma de mínimos⁸²³.

Como se ha puesto de presente desde la doctrina⁸²⁴, admitir la procedencia de una indemnización adicional en los casos de violación de derechos fundamentales supone

⁸²² TASCÓN LÓPEZ..., <La indemnización adicional..., pág. 8.

⁸²³ BEJARANO HERNÁNDEZ..., <Indemnización por daños y perjuicios..., pág. 62.

⁸²⁴ TASCÓN LÓPEZ..., <La indemnización adicional..., pág. 9.

reconocer que la tarificación de perjuicios hecha con carácter previo por el legislador no repara de forma completa, por lo menos no en todos los casos, los eventuales daños causados al trabajador con la extinción del contrato.

En este punto resulta pertinente traer a colación las consideraciones vertidas en el voto particular a la STS de 11 de marzo de 2004 para defender la compatibilidad entre la indemnización tasada en los supuestos del artículo 50 ET y la indemnización de daños y perjuicios:

“la indemnización prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido.

En este sentido es conveniente precisar que el artículo 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27) prevé, al regular la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, que «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». La indemnización opera, por tanto, en los dos supuestos. Lo que ocurre es que, en el marco del contrato de trabajo, es preciso distinguir dos tipos de daños: los derivados directamente del propio incumplimiento y los que el legislador liga al efecto resolutorio cuando se opta por él. Sólo estos últimos daños están tasados por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores; los restantes, tienen plena autonomía y han de indemnizarse de acuerdo con las normas generales. Esto se ve claramente en el caso del impago de los salarios: es una causa resolutoria de conformidad con el apartado b) del núm. 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), pero la extinción del contrato con el abono de la indemnización no impide reclamar los salarios no abonados y la indemnización por mora correspondiente⁸²⁵.

Por último, consideramos que es correcto el entendimiento que han dado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia colombianas a la indemnización tarifada por despido injusto en el sentido de que el trabajador puede reclamar, tanto la reparación del daño moral que no se encuentra incluido en la tasación previa, como la reparación de otros daños de carácter patrimonial que haya podido sufrir.

⁸²⁵ Voto particular suscrito por el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete y al que adhirieron los Magistrados Benigno Varela Aufrán, Jesús Gullón Rodríguez y Bartolomé Ríos Salmerón a la STS de 11 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3401].

Sólo este entendimiento se acompasa con el principio de reparación integral del daño, que en el caso colombiano, se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y tiene aplicación en cualquier proceso de reclamación de daños que se adelante ante cualquier orden jurisdiccional.

3. La reparación por vulneración de derechos fundamentales (iii): insuficiencia de la indemnización y reparación no pecuniaria

El fortalecimiento del discurso de respeto por los derechos humanos y la dignidad de la persona⁸²⁶ ha significado el replanteamiento de nociones tradicionales sobre el daño y la reparación, lo cual se ha traducido en una expansión de los anteriores conceptos para dar una respuesta adecuada a las violaciones de tales derechos.

Se ha entendido entonces que el daño proveniente de la lesión de un derecho fundamental no puede circunscribirse a un aspecto meramente económico, ya que la lesión a una garantía de esta naturaleza conlleva la afectación de una multiplicidad de intereses y facetas de quien la soporta –entre ellas la dignidad humana–, lo que torna insuficiente el criterio indemnizatorio del perjuicio⁸²⁷.

3.1. La sola indemnización no repara el daño cuando se trata de vulneración de derechos fundamentales

La insuficiencia del principio indemnizatorio ha dado lugar al entendimiento de un concepto amplio de reparación que es definida como “la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al *statu quo ante*”⁸²⁸. En esta definición el énfasis se pone en el hecho de que en ella queden comprendidas todas las formas de reparación necesarias para devolver a la persona al *statu quo ante*.

De conformidad con la anterior definición y retomando lo que se dijo en capítulos anteriores⁸²⁹, es claro que la reparación del daño ocasionado por la lesión de los derechos fundamentales del trabajador no puede verse enteramente satisfecha con la mera aplicación de lo que se ha llamado el principio indemnizatorio; es decir, en estos eventos la indemnización no repara por completo el daño ocasionado al trabajador.

El menoscabo de la dignidad del trabajador que en la mayoría de los casos trae aparejada la vulneración de sus derechos fundamentales, exige la ampliación de este criterio

⁸²⁶ HENAO..., <Las formas de reparación..., pág. 327.

⁸²⁷ GIL BOTERO..., *Responsabilidad...*, pág. 129.

⁸²⁸ HENAO..., <Las formas de reparación..., pág. 286.

⁸²⁹ Capítulo V.

indemnizatorio para que aquel pueda verdaderamente quedar en la situación en que se encontraba antes de la lesión. Para ello es fundamental el entendimiento de la reparación en los términos propuestos.

Precisamente sobre el tema de derechos fundamentales, dignidad humana y reparación, el Consejo de Estado ha dicho que

*“la evolución doctrinaria y jurisprudencial han enseñado que los derechos fundamentales deben ser el faro que oriente la labor configuradora del juez, de modo que sólo se tendrán como daños causados a bienes constitucional o convencionalmente protegidos, aquellos que atenten o vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en la jurisprudencia constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos fundamentales. **En este ejercicio también opera como eje orientador el principio de la reparación integral, que señalará al Juez el camino para saber qué debe reparar y cómo y debe hacerlo, es decir, cuáles son los medios idóneos para resarcir el daño***

La reparación entonces, debe obedecer a dos principios: i) la dignidad humana, ii) y la igualdad, es decir, a igual lesión, debe corresponder una misma reparación⁸³⁰
(negrilla añadida).

De esta manera, la reparación del daño en los eventos mencionados se logra con una serie de medidas que van más allá de la indemnización, sin que por ello deba entenderse la improcedencia de esta última como forma de reparación. Es decir, a pesar de que la indemnización de perjuicios cumple un papel importantísimo en la reparación del daño, esta indemnización debe venir acompañada de otro tipo de medidas que pretenden lograr la efectiva reposición del trabajador a la situación anterior a la lesión.

Estas medidas no pueden ser otras que aquellas que se han ido desarrollando al hilo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero que tienen una relevancia innegable en los supuestos de violación de derechos fundamentales del trabajador. No sobra recordar que actualmente se acepta la procedencia de tales medidas en supuestos diferentes de las

⁸³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2014, expediente 40060, CP.: Enrique Gil Botero.

graves violaciones de derechos humanos, tanto en la jurisprudencia⁸³¹ como en algunos sectores de la doctrina⁸³².

Así mismo, en algún sector de la doctrina española⁸³³ ya se ha puesto de presente como, en algunas ocasiones, se obtiene una mejor reparación de los daños causados con la lesión de los derechos fundamentales, con medidas distintas de la indemnización sin que se niegue la procedencia de esta.

Aunque muy pocos se atreven a aventurar el tipo de medidas a las que se refieren, lo que sí parece claro es que de aceptarse tales medidas el fundamento de estas diferente al que hemos venido mencionando y difícilmente podría sostenerse la aplicación de medidas de justicia restaurativa con el alcance que estas tienen en la jurisprudencia de la CorteIDH.

En cualquier caso, no hace falta ir tan lejos para encontrar un soporte a la adopción de medidas diferentes a la indemnización para reparar el daño que produce la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador; para ello es suficiente acudir a las disposiciones que regulan el procedimiento de protección de estos derechos.

En efecto, el artículo 182.1.d LRJS señala que en la sentencia, en caso de estimarse la demanda, el juez dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, la reposición de la situación anterior, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la lesión, “incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”.

⁸³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 24078, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero y Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2014, expediente 40060, CP.: Enrique Gil Botero. Esta última sentencia se refería a la violación del derecho a la honra y buen nombre y aunque no se decretó ninguna medida de satisfacción, la razón para no hacerlo no fue su improcedencia sino que por el tiempo que había transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la sentencia, una medida de satisfacción podría no servir para los fines de la reparación y por el contrario afectar a la demandante.

⁸³² HENAO..., <Las formas de reparación..., pág. 277-253. El autor considera que la utilización exclusiva de las medidas de reparación no pecuniarias ante eventos de masivas y sistemáticas violaciones a derechos humanos debe superarse y extender esta función reparadora a todos los ámbitos sociales (pág. 353). En el mismo sentido, GIL BOTERO..., *Responsabilidad...*, pág. 139.

⁸³³ Uno de ellos parece ser Molina Navarrete quien señala que el artículo 182.1.d se adhiere al concepto moderno de “justicia restitutoria” y en consecuencia, obliga al juez a crear un estatuto de garantías más allá de las previstas expresamente en la ley que aseguren al trabajador una plena satisfacción. Bajo esta línea, sostiene que en algunos supuestos como el de discriminación o acoso moral, “el concepto legal de ‘justicia restitutoria integral’ entronca con las modernas concepciones de la ‘justicia restaurativa’” que pone el acento en la víctima y sus garantías y en una justicia reparadora más que retributiva (MOLINA NAVARRETE..., *Análisis de la nueva ley...*, pág. 315-316).

Lo anterior quiere decir, que para la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la indemnización es solo una de las formas en que se puede reparar al trabajador que ha visto lesionado sus derechos fundamentales⁸³⁴, de manera que el juez cuenta con un margen de apreciación para determinar el tipo de medidas a adoptar, que se ha entendido, “pueden consistir incluso en la imposición de un determinado comportamiento material”⁸³⁵.

En este sentido, Goerlich Peset⁸³⁶ defiende que se puedan adoptar medidas de reparación simbólica, como por ejemplo la difusión de la sentencia, que permitan garantizar que no exista impunidad en la lesión de los derechos fundamentales y que puedan complementar las insuficiencias de la nulidad más allá de la indemnización.

La publicación de la sentencia ha sido precisamente una de las medidas que han adoptado algunos TSJ como lo expondremos más adelante, sin embargo, a pesar de las opciones que brinda la normativa procesal, los jueces han sido bastante cautos en su utilización y pocas veces condenan al empresario a algo distinto al pago de una indemnización⁸³⁷.

Debe señalarse en cualquier caso que el artículo 180.1 LPL ya permitía la posibilidad de decretar otras medidas distintas de la indemnización teniendo en cuenta que la redacción, al menos en este punto, era bastante similar a la contenida actualmente en el artículo 182.1.d LRJS.

Así lo había entendido la doctrina que consideraba que los jueces contaban con “plena discrecionalidad a la hora de valorar que medios [eran] los más efectivos para eliminar la lesión y sus efectos”, ya que en ocasiones se requerían otros mecanismos restitutorios y reparadores que sirvieran “como medios eficaces para poner fin al comportamiento ilícito”⁸³⁸.

De lo que se trata entonces, frente a la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, es procurar en la medida de lo posible la reparación in natura y, especialmente, “la adopción de medidas restitutorias más creativas que persigan una satisfacción real a la víctima en mayor correspondencia con los perjuicios sufridos en la esfera personal o espiritual”⁸³⁹.

⁸³⁴ MANEIRO VÁZQUEZ..., <El derecho a la indemnización..., pág. 261.

⁸³⁵ ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 1.

⁸³⁶ GOERLICH PESET..., <La reparación..., pág. 247.

⁸³⁷ ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 2.

⁸³⁸ MANEIRO VÁZQUEZ..., *La tutela de los derechos...*, pág. 173.

⁸³⁹ ÁLVAREZ ALONSO..., <La indemnización por lesión..., pág. 10.

3.2. Las medidas de reparación no pecuniaria en el contrato de trabajo

El amplio abanico de medidas de reparación no pecuniarias que se encuentran en los instrumentos internacionales reseñados en capítulos anteriores y en la jurisprudencia de la CortelDH, del Consejo de Estado colombiano y de la Corte Constitucional, resultan no solo idóneas sino también necesarias en la tarea de restitución de la dignidad del trabajador afectada con la vulneración de sus derechos.

Recordemos que estas medidas, denominadas también medidas de justicia restaurativa en tanto sirven como instrumento que propende por el restablecimiento de los derechos conculcados⁸⁴⁰, incluyen la restitución, satisfacción, rehabilitación, indemnización y garantías de no repetición.

En este apartado no nos referiremos a la indemnización ya fue objeto de estudio en el acápite anterior, adicionalmente, la mención que hagamos a las restantes no tiene pretensión de profundidad teniendo en cuenta que el contenido y características de estas medidas fueron estudiadas en capítulos precedentes⁸⁴¹; la intención es entonces defender su aplicación en el contrato de trabajo.

3.2.1. Las medidas de restitución

Las medidas de restitución son todas aquellas que tienden a devolver a la víctima al estado en que se encontraba con anterioridad a la lesión, de manera que pueda quedar en la misma situación en que se encontraría si el daño no hubiese ocurrido. En este sentido, la restitución vendría a coincidir con la reparación *in natura*⁸⁴² que es considerada como “la forma más perfecta de reparar el perjuicio y consiste en dejar a la víctima en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ocurrir el hecho dañoso”⁸⁴³.

El ejemplo típico de restitución o reparación *in natura* en el contrato de trabajo es el reintegro o readmisión del trabajador a su puesto de trabajo o, lo que es lo mismo, el restablecimiento del vínculo contractual. Hemos visto como la readmisión del trabajador, aunque no es un supuesto del todo excepcional en el ordenamiento español en la medida en que procede tanto en despidos improcedentes como en los declarados nulos, en este último evento tiene

⁸⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 38738, CP.: Hernán Andrade Rincón.

⁸⁴¹ Capítulo V.2.

⁸⁴² LÓPEZ DÍAZ, Claudia (coord.). *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de justicia y paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, pág. 237.

⁸⁴³ TAMAYO JARAMILLO..., pág. 207.

una característica que la refuerza y es que la readmisión es obligatoria y no cabe por tanto, el derecho de opción en cabeza del empresario.

En contraste, en el ordenamiento colombiano si se trata de un evento absolutamente excepcional ya que la legislación prevé el despido libre pagado, es decir, la facultad de terminar el contrato de trabajo sin justa causa y en cualquier momento mediante el pago de la indemnización tarifada de perjuicios prevista en el Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, la regla anterior se rompe cuando se trata de trabajadores que son sujetos de una estabilidad laboral reforzada o cuando el despido, aun cuando los trabajadores no sean titulares de dicha protección, es un despido discriminatorio o se realiza con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

En tales circunstancias el régimen de reparaciones no puede ser el ordinario previsto para cualquier extinción del contrato en la que no medie justa causa, ya que se trata de eventos en los que, más que no existir justa causa legal, lo que sucede es que la motivación del despido es contraria a los postulados constitucionales y vulnera los derechos fundamentales del trabajador.

Una reparación adecuada del daño causado al trabajador en tales eventos implica el restablecimiento del vínculo contractual⁸⁴⁴, lo cual, como se dijo, constituye el ejemplo paradigmático de medida de restitución o, lo que es lo mismo, de reparación *in natura* de los perjuicios.

Debe tenerse en cuenta que las medidas de restitución comprenden todas aquellas que buscan el restablecimiento del statu quo ante, de manera que aquellas no se agotan con la readmisión del trabajador sino que esta es solo una de ellas. En consecuencia, algunas de las medidas de reparación no pecuniaria que se adopten pueden ser al mismo tiempo medidas de rehabilitación o de satisfacción y medidas de restitución.

3.2.2. Las medidas de satisfacción

Dentro del conjunto de medidas de reparación no pecuniarias, las que nos interesa resaltar son las medidas de satisfacción en tanto se trata de disposiciones que están directamente relacionadas con el reconocimiento y restitución de la dignidad de la persona que se ha visto afectada con la lesión del derecho fundamental. Frente a las medidas de satisfacción, el Consejo de Estado en apoyo de la doctrina ha dicho:

⁸⁴⁴ Cfr. Capítulo VI.2.2.2.4.

*“Una cuarta manifestación es la **satisfacción**, una noción difusa que abarca principalmente la reparación simbólica. Este concepto es uno de los que junto la garantía de no repetición está más desarrollado en los principios. Es así como está integrado por el reconocimiento a las víctimas, conmemoraciones y homenajes o las disculpas públicas entre otras medidas de las cuales se ocupa el principio 22. La satisfacción no debe confundirse con la indemnización por el daño moral o psicológico ni con las medidas de rehabilitación, aunque indiscutiblemente todas ellas aportan significativamente a la superación del daño.*

De forma más concreta, hace referencia a un número de medidas que buscan reintegrar la dignidad de la víctima cesando la violación y reconociendo el daño infligido a esta. La amplia gama de medidas que incluye la satisfacción, puede ser resumida entre dimensiones: la obligación de modificar la legislación o las prácticas que ofendan a las víctimas y en todo caso investigar los abusos cometidos en el pasado; la ejecución de medidas que busquen el reconocimiento o aceptación de la responsabilidad; y por último, las medidas necesarias para llevar a cabo la reintegración de las víctimas en la sociedad restaurándoles su dignidad, su reputación y sus derechos” (negrilla añadida).

De acuerdo con lo anterior, es claro que son las medidas de satisfacción las que mayor relevancia tienen a efectos de reparar el daño ocasionado al trabajador con la vulneración de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que dicha vulneración trae consigo la lesión de la dignidad humana del trabajador.

Dentro del elenco de medidas de satisfacción que han sido ordenadas por la CorteIDH o el Consejo de Estado, creemos que hay tres que revisten particular interés para lograr los fines de restablecimiento de la dignidad del trabajador: la publicación de la sentencia, el acto de disculpas públicas y el entendimiento de la sentencia como una forma de reparación.

3.2.2.1. La publicación de la sentencia

Aunque se trata de una medida que suele utilizarse en los eventos de lesión al derecho al honor⁸⁴⁵, nada obsta para que se ordene la publicación de la sentencia en cualquier evento de lesión de derechos fundamentales. De hecho, en la práctica de la CorteIDH se suele ordenar esta medida de reparación en eventos de graves lesiones de derechos humanos, ordenándose incluso en supuestos ajenos a la lesión del honor.

⁸⁴⁵ Así por ejemplo, en la sentencia 5244 de 1999 sobre lesión al derecho al honor, la Sala Civil de la Corte condenó al periódico demandado la inclusión en su edición sabatina de una publicación que debía contener “de una parte, la rectificación pública de esta información [la noticia causante del daño] en el sentido de que para la época de la misma el señor FRANCISCO PENAGOS no estaba vinculado legalmente a la masacre ocurrida en el municipio de El Castillo (Meta) el día 2 de junio de 1988. Y de la otra, la indicación de que por este error informativo inexcusable fue condenada en perjuicios esa Entidad periodística (sic), por esta Corporación, para lo cual transcribirá la parte resolutive de esta providencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 24 de mayo de 1999, MP.: Pedro Lafont Pianeta).

La publicación de la sentencia es una medida que comporta un reconocimiento público a la víctima haciéndole saber a la sociedad que el trabajador ha visto vulnerados sus derechos fundamentales por parte del empresario o que ha sido objeto de un trato discriminatorio. Se trata de hacer pública la responsabilidad del empresario en la lesión del derecho fundamental y la condición de víctima del trabajador.

En este sentido la publicación de la sentencia cumple una doble finalidad o un doble objetivo: por una parte, sirve como instrumento de reconocimiento público a la víctima y por otra, cumple una función frente a la sociedad a quien se le da a conocer unos hechos que suelen ser negados por quien los comete y que en esa medida puede servir también como garantía de no repetición. De esta manera, los efectos frente a la víctima y frente resultan complementarios⁸⁴⁶.

La orden de publicación de la sentencia no es una medida que resulte extraña ni al ordenamiento español ni al colombiano y por el contrario, se pueden encontrar diversos casos en que el juez ha adoptado esta medida dentro de un proceso por vulneración de derechos fundamentales.

Un ejemplo de ello lo constituye la sentencia del TSJ (STSJ) de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2001⁸⁴⁷ donde estudió la demanda de unos trabajadores que sufrieron una modificación de las condiciones de trabajo que resultaba discriminatoria y atentatoria de su derecho a la libertad sindical.

En dicho pronunciamiento, además de la declaración de nulidad radical de la conducta y de la indemnización por daño moral, el TSJ condenó a la demanda a publicar la sentencia en el tablón de anuncios de todos los centros de trabajo que tuviese la empresa en la Comunidad Autónoma durante un tiempo mínimo de un mes. Con dicha medida pretendía el tribunal “reparar en la medida de lo posible el daño causado al prestigio personal de los demandantes como sindicalistas”.

En este mismo sentido la STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008, en ella se resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por un Juzgado de lo Social dentro del proceso por lesión de derechos fundamentales iniciado por los trabajadores en contra de la empresa por vulneración del derecho a la intimidad. Los hechos que dieron

⁸⁴⁶ MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II*. San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008, pág. 746-747.

⁸⁴⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2001 [AS/2002/3252].

origen al proceso se resumen en que la demandada, una vez finalizados los contratos de trabajo con los demandantes, procedió a abrir las taquillas y a desalojar los objetos personales que estos guardaban en ellas.

En dicha sentencia y acogiendo la petición de los demandantes, el Tribunal dispuso en la parte resolutive la publicación de la sentencia en el tablón de anuncios de la empresa, considerando que “más adecuada parece, en cambio, la otra petición de recurso, referida a la publicidad a través del tablón de anuncios de la empresa de la sentencia que admite la existencia de la referida lesión, en cuanto supone una compensación moral a un daño moral”⁸⁴⁸.

La STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010⁸⁴⁹, en un caso de acoso moral, condena a la empresa demandada a publicar la sentencia en los tabloneros de anuncios del centro de trabajo o en cualquier lugar visible de dicho centro, por un periodo ininterrumpido de siete días.

Por último, la STSJ también del País Vasco, de 23 de abril de 2013 decidió sobre lesión del derecho de huelga por parte de la televisión pública de dicha Comunidad Autónoma que procedió a sustituir a los huelguistas para poder emitir, durante la jornada de huelga, dos programas de la cadena que no hacían parte de los servicios mínimos.

En dicha ocasión el TSJ ordenó la lectura de la parte resolutive de la sentencia en cada uno de los programas emitidos durante la jornada de huelga, “en la fecha más próxima a la notificación de la firmeza de la presente sentencia y en la lengua correspondiente a la emisión de cada uno de estos programas”⁸⁵⁰.

En lo que respecta al ordenamiento colombiano encontramos la sentencia T-541 de 2014⁸⁵¹, donde la Corte Constitucional decidió la acción de tutela impetrada por una profesora de una escuela distrital en contra del rector de la institución quien la acusó públicamente, mediante una comunicación escrita repartida entre estudiantes, padres de familia y demás profesores de la escuela, de una serie de conductas que en sentir de aquel, alteraban el orden institucional, entre ellas, el promover conductas delictuales entre los alumnos.

⁸⁴⁸ STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008 [AS/2008/1124].

⁸⁴⁹ STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 [AS/2011/1697].

⁸⁵⁰ STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2013 [AS/2014/1255].

⁸⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-541 del 21 de julio de 2014, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Corte encontró que tal actuación vulneraba los derechos al buen nombre, a la honra y al debido proceso y en consecuencia, ordenó al rector del colegio la publicación, a través de los canales institucionales de información, de una rectificación de las acusaciones vertidas en contra de la demandante; para tales efectos la Corte señaló expresamente el texto que debía publicar la demandada.

Aunque el anterior no se trata exactamente de un caso de publicación de la sentencia, no deja de ser relevante porque se protegen los derechos conculcados a la trabajadora mediante la publicación de un texto de retractación frente a las imputaciones de que había sido objeto.

3.2.2.2. El acto público de disculpas

Los actos públicos de petición de disculpas también encuentran antecedentes en el ordenamiento colombiano y concretamente en el ámbito laboral. Así, en la sentencia T-462 de 2010 la Corte Constitucional estudió la acción de tutela interpuesta por una trabajadora a quien le fue diagnosticada un asma crónica de origen profesional y que fue despedida por la empresa sin justa causa y encontrándose en trámite la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la trabajadora. El despido además se realizó, no solo sin la autorización del Inspector del Trabajo, sino también desatendiendo las recomendaciones del Inspector relativas a la reubicación laboral de la demandante.

En dicha sentencia la Corte consideró que la actuación del empleador, en tanto se rebeló contra la jurisprudencia constitucional sobre protección a las personas en situación de discapacidad, constituía “una afrenta directa a la Constitución y a los postulados filosóficos que informan a nuestro Estado Social de Derecho”; en consecuencia ordenó al representante legal de la empresa

“que al momento del reintegro ofrezca disculpas públicas a la trabajadora, por los agravios causados y en el cual se exalten sus cualidades personales. Dicha ceremonia deberá estar precedida por el gerente de la Empresa; a la misma deberán asistir los miembros de la junta directiva y el mayor número de empleados posible. A dicho acto protocolario deberá asistir un inspector de trabajo delegado por el Ministerio de la Protección Social”⁸⁵².

Nótese que la Corte ordena no solo que el empleador ofrezca disculpas públicas a la trabajadora, sino que establece la forma en que dicho acto debe llevarse a cabo a efectos de entenderse cumplida la orden impartida. Este último aspecto resulta de particular importancia ya que la petición de disculpas como medida de satisfacción que es, busca

⁸⁵² Corte Constitucional, sentencia T-462 del 16 de junio de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

enaltecer la dignidad de la víctima por tanto, los términos en que es llevada a cabo es lo que determina que se cumpla con dicha finalidad.

Interesa resaltar también la STSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 2010 ya mencionada en la que el demandante solicitó que las personas naturales codemandadas, a quienes también acusaba de ser sujetos activos del acoso, suscribieran una carta en la que pidieran disculpas por la lesión de los derechos fundamentales del demandante.

Pues bien, aunque el Tribunal no decretó la medida solicitada por el actor, la razón para no hacerlo no fue su improcedencia sino el hecho de que no encontró acreditada la responsabilidad solidaria de los codemandados quienes finalmente fueron absueltos. Sobre este punto sostuvo el TSJ:

*“Como corolario de todo lo anteriormente citado, y en contestación a la última infracción jurídica del motivo décimo del recurso del trabajador que invoca los arts. 18 de la CE en relación a la LO 1/82, que ha tenido contestación en el fundamento derecho de la resolución de instancia y que dice relación a la exigencia de publicidad con publicación en el tablón de anuncios de la sentencia condenatoria, que pretendía el recurrente hacer ampliación a una carta de disculpas, si se estimase la solidaridad de los trabajadores, y también a la publicitación en dos periódicos de tirada Oficial, hacen que **en el sinalagma argumental de no admitir la responsabilidad solidaria se haga nuevamente inexigible la posible petición de carta de disculpas, que si bien supone una satisfacción a la víctimas de cualquier dolente conducta reprochable o maltrato, se hace imposible en la actualidad al no haber ampliado tal responsabilidad solidaria la exigencia de esas disculpas**”⁸⁵³ (negritas añadidas).*

La sentencia, aunque no hace mayores disquisiciones frente a este tema, reconoce la importancia del acto de disculpas como medida de satisfacción para las víctimas “de cualquier conducta reprochable o maltrato” y la razón para no concederla fue que no encontró responsables a los codemandados de dicha conducta.

Un antecedente importante que resulta necesario destacar, aunque no haya tenido lugar en el ámbito de la relación de trabajo, es el caso Atala Riffo y niñas vs Chile decidido por la CortelDH. Se trató de un caso de discriminación en razón de la orientación sexual de la señora Atala Riffo a quien le fue retirada la custodia de sus hijas mediante sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Chile, al considerar que las menores se encontraban en situación de riesgo en la convivencia con la madre dada su condición homosexual.

En dicha sentencia se ordenaron una serie de medidas de reparación no pecuniaria y su importancia, para los efectos que aquí interesan, radica en que no se trató de un evento de

⁸⁵³ STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 [AS/2011/1697].

violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos como suelen ser los casos sometidos al conocimiento de la Corte Interamericana.

Para lo que interesa en este apartado, la CorteIDH ordenó como medidas de satisfacción, la publicación de la sentencia y la celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional que debía contar con la participación de las víctimas. En dicho acto, el Estado debía “hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la (...) Sentencia” y debía consultar previamente con aquellas las circunstancias en que debía realizarse la ceremonia, que en cualquier caso, debía contar con la presencia de autoridades estatales de “alto rango”.

De esta manera, las consideraciones hechas por la CorteIDH en esta sentencia se constituyen en “pauta interpretativa relevante”⁸⁵⁴ para los jueces en el ordenamiento colombiano a la hora de decidir casos similares, v. gr., casos de discriminación por orientación sexual que tengan lugar en el contrato de trabajo.

La importancia que representa el acto de disculpas para quien ha visto lesionados sus derechos humanos o fundamentales es innegable. Así ha sido manifestado por las propias víctimas en los casos conocidos por la CorteIDH en los que se ha ordenado este tipo de medidas. Sobre el significado de las disculpas ofrecidas por el Estado, la víctima en el caso Cantoral Benavides contra Perú sostuvo

“Una cosa que me pareció muy importante y que yo pedí a la abogada fue el desagravio público. Eso tuvo un gran significado para mí. Ellos tuvieron que cumplirlo, y lo cumplieron. Con la misma intensidad que había sido presentado ante la prensa como un supuesto terrorista, yo quería que ellos divulgasen el error que habían cometido. Y eso para mí era un punto importantísimo. Me sentí mejor. El hecho de que con sus propias palabras, el Ministro de Justicia de esa época reconociese que ellos habían cometido un error y pidiesen disculpas públicas fue muy importante”⁸⁵⁵.

Se trata, en definitiva, de una de las mejores formas de reconocer la dignidad de la persona que ha visto lesionado sus derechos fundamentales: el reconocimiento de la responsabilidad en la lesión y la petición de disculpas al ofendido.

3.2.2.3. La sentencia como forma de reparación

La consideración de la sentencia como una forma de satisfacción en sí misma es recurrente en las sentencias de la CorteIDH que suele incluir una declaración en este sentido en sus

⁸⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-180 del 27 de marzo de 2014, MP.: Alberto Rojas Ríos.

⁸⁵⁵ MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2010, pág. 201.

pronunciamientos⁸⁵⁶. La sentencia que declara la vulneración de un derecho fundamental tiene una carga simbólica importante para la víctima, especialmente en los eventos de discriminación en donde el móvil discriminatorio no suele explicitarse y el empresario tiende a negar la existencia de dicho móvil.

Piénsese por ejemplo en el caso de un trabajador que es despedido por su color de piel, orientación sexual, origen étnico o en fin, por cualquiera de las circunstancias expresamente prohibidas por la Constitución y el empleador simplemente niega tal discriminación y alega el ejercicio de su facultad legal de terminación unilateral del contrato.

De esta manera, la declaración de la autoridad judicial contenida en la sentencia acerca de la existencia de la violación, constituye el reconocimiento oficial de la veracidad de los hechos narrados por el trabajador y es precisamente aquí donde radica el valor de la sentencia como forma de satisfacción. Así, “en esa lucha por la verdad, las sentencias, cuando son positivas para la demanda de las víctimas, resultan una satisfacción *per se*, por lo que finalmente logró demostrarse⁸⁵⁷”.

3.2.3. Las garantías de no repetición

Aunque este tipo de medidas suelen ser decretadas en eventos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, también pueden ser útiles en el ámbito de las relaciones de trabajo en tanto propenden por evitar que se vuelvan a repetir las lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

En esta línea se inscribe la sentencia T-489 de 2014 que estudió un supuesto de movilidad geográfica. En ella, la Corte Constitucional resolvió la acción de tutela interpuesta por una trabajadora que había solicitado a la empresa su traslado a otra ciudad en atención a que su hijo, quien padecía autismo, recibía un tratamiento médico para su enfermedad que sólo se realizaba en dicha ciudad. Ante la negativa de la empresa a autorizar el traslado por falta

⁸⁵⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso El amparo contra Venezuela. Reparaciones y costas. Sentencia del 14 de septiembre de 1996; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional contra Perú. Sentencia del 31 de enero de 2000; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos contra Argentina. Sentencia del 28 de noviembre de 2002; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

⁸⁵⁷ MARTÍN BERISTAIN..., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias...Tomo I*, pág. 280; en este documento se recoge el testimonio de una víctima en un caso resuelto por la CorteIDH, que sobre el valor de la sentencia dijo: “El que haya una sentencia ya es como un alivio. Hay una cierta satisfacción pero, obviamente, hay que ver el contenido de esa sentencia; el hecho que (sic) diga que el Estado sí violó el derecho y sí es responsable, esto es la parte más importante”.

de vacantes la trabajadora solicitó una licencia por grave calamidad doméstica, petición que no fue resuelta por la empresa.

La Corte Constitucional sostuvo que la empresa estaba obligada a conceder la licencia remunerada por calamidad doméstica en los términos en que lo había expuesto en la sentencia C-930 de 2009; por tanto, la falta de respuesta de la empresa desconoció, no solo los derechos de la trabajadora, sino también la sentencia de constitucionalidad antes citada en la que la Corte había definido los alcances de la obligación patronal de conceder la licencia solicitada.

En consecuencia, en la parte resolutive la Corte Constitucional, además de las órdenes relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de la trabajadora, dispuso en su numeral tercero:

“Teniendo en cuenta que Avianca S.A. desconoció de manera flagrante la sentencia C-930 de 2009, ORDENAR al representante legal de esa sociedad que disponga lo necesario para que en el término de 2 meses todos los integrantes de la Gerencia de Relaciones Laborales inicien la participación activa de un curso de derechos humanos y sobre la importancia del cumplimiento de las decisiones de constitucionalidad”⁸⁵⁸.

La finalidad de la medida es clara: evitar que se sigan produciendo en la empresa demandada violaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores en casos similares a los que dieron origen a la sentencia, concretamente por inaplicación del precedente constitucional.

3.2.4. Las medidas de rehabilitación

Recordemos que las medidas de rehabilitación proceden en los casos de afectaciones físicas o psíquicas e incluyen los tratamientos médicos de tales afecciones, de manera que con ellas se pretende devolver la integridad psicofísica del individuo afectado. En este sentido, este tipo de medidas pueden tener lugar en los supuestos de acoso moral en los que el trabajador quede con alguna secuela psíquica como consecuencia del acoso o, incluso en los eventos de accidentes de trabajo causados por la actuación culpable del empresario.

3.3. El *arbitrium iudicis* como instrumento para ordenar las medidas de reparación no pecuniaria

Una vez verificada la lesión del derecho fundamental le corresponderá al juez determinar el tipo de medidas de reparación que procedan para lograr la *restitutio in integrum* en favor del

⁸⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-489 de 9 de julio de 2014, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

trabajador afectado. El juez cuenta con un margen de discrecionalidad para apreciar, teniendo en cuenta el tipo de daño generado y la magnitud del mismo, cuáles son las medidas más adecuadas para reparar el daño sufrido.

Se trata entonces de una facultad que debe ejercerse conforme al *arbitrium iudicis* como lo ha sostenido el Consejo de Estado:

“será importante que los jueces en cada caso concreto, dependiendo la magnitud del daño, determinen con fundamento en el arbitrio iuris, las medidas más idóneas para retrotraer los efectos nocivos del daño antijurídico, en procura de obtener la restitutio in integrum del perjuicio, objetivo primordial del derecho de daños”⁸⁵⁹.

El Consejo de Estado también ha señalado que ante la violación de derechos humanos o derechos fundamentales, este tipo de medidas pueden decretarse de oficio sin que con ello se desconozca el principio de congruencia, ya que en tales casos, el ordenamiento interno debe ceder ante el internacional que impone al Estado la obligación de adoptar las medidas tendientes a la protección de tales derechos⁸⁶⁰.

No obstante, debe resaltarse que la lesión de un derecho fundamental del trabajador no lleva inexorablemente la adopción de medidas de reparación no pecuniaria; ello por dos razones: en primer lugar porque es el daño sufrido el que determina la procedencia o no de este tipo de medidas⁸⁶¹ y, en segundo lugar, porque aun cuando establecida la procedencia conforme a la naturaleza del daño, es necesario determinar si, de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, resulta aconsejable desde el punto de vista de la víctima la adopción de medidas de justicia restaurativa.

En efecto, existen casos en los que puede no ser viable la adopción de alguna de las medidas de reparación aquí señaladas en razón de alguna circunstancia particular en que se encuentre la víctima, de las condiciones en las que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental o, en fin, de aspectos que aunque no provienen directamente de la víctima o resultan ajenos al hecho mismo de la vulneración del derecho, hacen desaconsejable que se ordene alguna de estas medidas. Diversos ejemplos se pueden encontrar en la jurisprudencia que ilustran esta cuestión.

⁸⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 26621, CP.: Enrique Gil Botero.

⁸⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, radicación 16996, CP.: Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 26621, CP.: Enrique Gil Botero.

⁸⁶¹ HENAO..., <Las formas de reparación..., pág. 352.

El primero de ellos ya fue comentado y se trata del caso resuelto en la sentencia 40060 de 2014 en la que el Consejo de Estado se abstuvo de decretar medidas de satisfacción por lesión del derecho al honor y buen nombre de la demandante que había sido falsamente sindicada del homicidio de su hijo recién nacido.

En este caso el fundamento para no ordenar la rectificación o retractación de la difamación fue el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la sentencia que reconoce la lesión del derecho (casi 20 años), por lo que “*debido al paso del tiempo, las mismas sólo lograrían revivir un acontecimiento que probablemente la sociedad ya olvidó, lo que iría en desmedro de los intereses de Alba Lucía Rodríguez Cardona*”.

Unas consideraciones similares se hicieron en la sentencia 11413 del 25 de enero de 2001 proferida también por el Consejo de Estado en un evento de lesión del derecho al honor de un ciudadano que fue erróneamente sindicado de ser autor intelectual de una masacre y cuya fotografía circuló en diversos medios de comunicación de alcance nacional.

En dicha sentencia tampoco se ordenó la rectificación de la información teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y los efectos negativos que dicha retractación tardía podía tener en el demandante. También interesa destacar de esta sentencia, que el Tribunal entiende que es el juez quien debe decidir la mejor forma de reparación del daño basándose en las circunstancias de cada caso concreto. En palabras del Consejo de Estado,

*“...habría sido procedente, en principio, ordenar que la rectificación se efectuara en debida forma, por parte del director del D.A.S.; sin embargo, para efectos de establecer el contenido de la condena por imponer, **el juez debe buscar, en cada caso, el mecanismo que, de mejor manera, garantice la reparación del daño causado**, y en el que hoy se resuelve, es necesario tomar en consideración que la rectificación debe efectuarse, normalmente, dentro de un período determinado, a fin de garantizar la compensación efectiva del perjuicio, dado que, cuando ha pasado mucho tiempo, el recuerdo de un hecho que ha dejado de ser actual podría tener en la ciudadanía un efecto contraproducente. Los hechos objeto del presente proceso ocurrieron hace casi nueve años, de manera que, en opinión de la Sala, la condena en dinero constituye la solución más apropiada”⁸⁶² (negritas añadidas).*

Por último, en la sentencia T-690 de 2010 la Corte Constitucional conoció el caso de una prostituta que ejercía el oficio en un establecimiento de propiedad de un tercero que prescindió de ella al enterarse que se encontraba en estado de embarazo. En esta sentencia la Corte declaró la existencia de un contrato realidad entre la trabajadora y el propietario del establecimiento, situación que convertía a la trabajadora en acreedora de

⁸⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente 11413, CP.: Alíer Eduardo Hernández Henríquez.

las protecciones que brinda el ordenamiento para las mujeres embarazadas despedidas sin justa causa.

No obstante, aunque en estos casos la medida por excelencia es la restitución en tanto se suele ordenar el reintegro de la trabajadora, la Corte Constitucional encontró que, dado que el oficio desempeñado puede reñir con la dignidad humana y que el Derecho Internacional impone la obligación a los Estados de desincentivar el ejercicio de la prostitución, la restitución al estado anterior no era la mejor forma de reparar el daño en ese caso concreto y por ende, solo decretó las indemnizaciones previstas en la ley⁸⁶³.

En definitiva, será el juez quien determinará en cada supuesto concreto si concurren o no las circunstancias que hagan factible la adopción de medidas de reparación no pecuniarias sin que puedan establecerse a priori criterios generales sobre su procedencia. En este sentido, tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, será a través del *arbitrium iudicis* como se determinará la adopción de medidas de justicia restaurativa en cada caso concreto.

⁸⁶³ Corte Constitucional, sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

CAPÍTULO OCTAVO: LOS CAUCES PROCESALES DE TUTELA RESARCITORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

No basta con señalar la forma en que pueden ser protegidos los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, ni los daños que su vulneración ocasiona al trabajador y los mecanismos para repararlos; resulta necesario determinar cuáles son los procedimientos idóneos para que el trabajador puede hacer efectiva la reparación.

En el ordenamiento español se encuentra previsto el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS, situación que en principio nos resuelve la cuestión del mecanismo procesal, con algunas matizaciones que más adelante señalaremos, relacionadas, principalmente, con el ámbito material en el que se ejerce la pretensión de tutela.

La situación es radicalmente opuesta en el ordenamiento colombiano, donde lejos nos encontramos de una situación pacífica en lo que se refiere al cauce procesal para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales del trabajador tanto en la faceta inhibitoria como en la resarcitoria.

En efecto, el mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales –la acción de tutela o en adelante también la tutela– es un instrumento que actúa con carácter subsidiario, es decir, en principio solo puede acudir a él cuando el perjudicado no tenga otro medio de defensa judicial o teniéndolo, dicho medio no resulte eficaz para la protección deprecada o se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior ha presentado problemas en la práctica ante los jueces que conocen de la tutela en las instancias, referidos a la delimitación de competencias entre estos y la jurisdicción ordinaria laboral. Dicho en otros términos, la problemática radica en la determinación de si el asunto es de relevancia constitucional y por tanto enjuiciable mediante la acción de tutela, o si es de legalidad ordinaria y en consecuencia, competencia de los jueces laborales.

A lo anterior se suma que la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de naturaleza eminentemente inhibitoria y solo de forma absolutamente excepcional puede obtenerse una indemnización de perjuicios a través de dicha acción.

Bajo este contexto, la reclamación de los daños originados por la lesión de los derechos fundamentales deberá tramitarse necesariamente ante los jueces laborales ordinarios, lo cual, a su vez, plantea nuevos problemas relacionados con el ejercicio sucesivo de las dos

acciones y uno particularmente preocupante relacionado con la concepción del propio juez laboral como juez de legalidad. Estas serán entonces, las cuestiones que resolveremos en este capítulo.

1. El proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas

Dentro del conjunto de garantías previstas en el artículo 53 CE existen unas que son comunes a todos los derechos previstos en el capítulo segundo del título primero, mientras que otras son específicas para los derechos fundamentales de los artículos 14 a 29 y que consisten en la posibilidad de recabar su tutela ante los tribunales ordinarios mediante procedimientos especiales o, ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

La primera de las opciones obliga al legislador a brindar a los ciudadanos un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad que les permita obtener la protección de sus derechos fundamentales ante los tribunales. Lo anterior es lo que se conoce como amparo judicial ordinario, es decir, la intervención de la jurisdicción en la tutela de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales creados para tal efecto⁸⁶⁴.

De esta manera, el artículo 53 CE consagra una protección judicial reforzada para los derechos fundamentales, refuerzo que se concreta en las características de preferencia y sumariedad que deben inspirar los procedimientos de tutela de estos derechos conforme lo dispone dicho artículo.

La concreción de las previsiones del artículo 53 CE en el ámbito laboral la constituye el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulado en los artículos 177 y ss de la LRJS; sin embargo, el camino recorrido para llegar aquí tuvo que superar las dificultades resultantes de la ausencia de dicho procedimiento durante un tiempo más o menos prolongado.

1.1. Antecedentes en el orden jurisdiccional social

La primera regulación sobre procedimientos ordinarios de protección de derechos fundamentales es la contenida en la Ley 62/1978, aunque no suele señalarse como el

⁸⁶⁴ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2004, pág. 21.

desarrollo de las previsiones del artículo 53 constitucional en tanto su expedición es anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1978⁸⁶⁵.

En cualquier caso, en dicha ley se regularon los procedimientos de tutela de derechos fundamentales en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo, guardando absoluto silencio en lo que se refiere a la protección de estos derechos en la jurisdicción social⁸⁶⁶.

Adicionalmente, el artículo primero de la ley limitó los derechos que podrían ser protegidos mediante los procedimientos que en ella se creaban, entre los cuales no aparecía ninguno de naturaleza laboral. Esta situación sería en parte remediada con la expedición del Decreto 342/1979 en el que se incluyó la libertad sindical, sin que dicha inclusión hubiere supuesto modificación alguna en lo relativo al procedimiento de protección de los derechos fundamentales en el orden social.

Ante este panorama legislativo, las dudas acerca del trámite a seguir en tales supuestos y la jurisdicción competente para conocer de ellos no se hicieron esperar. Algunos sostuvieron que sería el orden jurisdiccional civil el competente para conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores basándose en el carácter residual de dicha jurisdicción frente a la penal y contencioso-administrativa⁸⁶⁷.

No obstante, sería el Tribunal Constitucional el encargado de dirimir la cuestión señalando, en un primer momento, que la competencia para conocer de las reclamaciones por vulneración de derechos fundamentales del trabajador recaía en la jurisdicción social y que para tales efectos, se entendían adecuados los procesos previstos en la ley procedimental laboral⁸⁶⁸.

Así las cosas, la competencia de la jurisdicción laboral en materia de protección de derechos fundamentales se determinaba con base en las normas generales sobre competencia del orden jurisdiccional social contenidas en la ley de procedimiento laboral, es decir, que si de conformidad con dichas normas el acto o conflicto que daba lugar a la

⁸⁶⁵ BAZ TEJEDOR, José Antonio. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2006, pág. 50.

⁸⁶⁶ GARCÍA VIÑA, Jordi. <La modalidad procesal especial de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales>. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos*. 1999, Núm. 197-198, pág. 13.

⁸⁶⁷ CAVAS MARTÍNEZ..., *El proceso laboral...*, pág. 36.

⁸⁶⁸ STC 55/1983 de 22 de junio [RTC 1983, 55] y STC 47/1985 de 27 de marzo [RTC 1985, 47].

lesión del derecho fundamental estaba sujeto al conocimiento de esta jurisdicción, la protección del derecho fundamental alegada debía tramitarse ante ella⁸⁶⁹.

En consonancia con lo anterior, señaló el Tribunal Constitucional⁸⁷⁰ que tanto el proceso laboral ordinario como los especiales eran aptos para obtener la tutela de los derechos fundamentales y en tal sentido, la adopción de uno u otro procedimiento la determinaba su idoneidad para el enjuiciamiento del acto con el que resultaban lesionados tales derechos.

La anterior solución acerca de la jurisdicción competente, no obstante haber resuelto un punto importante de la problemática, generó a su vez otros interrogantes relativos a la adecuación de dichos procedimientos a los requerimientos constitucionales del artículo 53.2 CE, esto es, las características de preferencia y sumariedad que exige el mencionado artículo para el amparo judicial ordinario de los derechos fundamentales.

En este sentido, la cuestión a determinar era si los procesos laborales tal y como estaban previstos en la ley de procedimiento vigente para la época, satisfacían tales requisitos o si por el contrario, era necesario adecuar el proceso a las exigencias de la normativa constitucional; y en tal caso, definir de qué manera se llevaría cabo dicha adecuación; para ello resultaba necesario determinar el alcance de los conceptos de preferencia y sumariedad.

La preferencia está referida a una “prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos”⁸⁷¹ y equivaldría a la posibilidad de alteración del orden de sustanciación y resolución de los asuntos litigiosos por parte de los tribunales⁸⁷².

La sumariedad por su parte, ha dicho el Tribunal Constitucional que debe entenderse no en su sentido técnico, sino como equivalente a rapidez, de manera que por proceso sumario “cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados”⁸⁷³.

⁸⁶⁹ GÁRATE CASTRO, Javier. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral*. Pontevedra: Revista Xurídica Galega, 1999, pág. 23.

⁸⁷⁰ STC 51/1988 de 22 de marzo [RTC 1988, 51].

⁸⁷¹ STC 81/1992 de 28 de mayo [RTC 1992, 81].

⁸⁷² BAZ TEJEDOR..., *La tutela judicial...*, pág. 43.

⁸⁷³ STC 81/1992 de 28 de mayo [RTC 1992, 81].

A la anterior concepción de sumariedad, que la doctrina ha denominado cuantitativa, cabe otro entendimiento de este concepto en un sentido cualitativo⁸⁷⁴, que implica la limitación del objeto del proceso a la discusión acerca de si el hecho, acto u omisión que se enjuicia, ha producido o no una lesión de un derecho fundamental.

Precisadas las anteriores cuestiones, la respuesta del Tribunal Constitucional⁸⁷⁵ fue en el segundo sentido, esto es, en la necesidad de adecuar los procedimientos a los requisitos de preferencia y sumariedad, y ello se lograba mediante la eliminación de algunos trámites propios de los procesos laborales que pugnaban con la idea de sumariedad del artículo 53 CE, como por ejemplo el acto de conciliación previa.

Esta situación se mantuvo hasta que en 1989 se expidió la Ley 7/1989 de Bases de Procedimiento Laboral y en ella se previó la creación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales pero circunscrito al derecho de libertad sindical para dar respuesta a las previsiones del artículo 13 LOLS.

Sin embargo, para salvar la restricción que frente al objeto del procedimiento se desprendía del hecho de que la ley de bases hizo referencia exclusivamente a la libertad sindical, el artículo 180 de la LPL de 1990 extendió el procedimiento a la protección de los demás derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Aunque algunos manifestaron el eventual vicio que podría desprenderse de dicha extensión en tanto en la ley de bases no se previó la tutela de los restantes derechos fundamentales, fue acogida por la doctrina y más adelante por la jurisprudencia la corrección de dicha norma ya que con ella daba cumplimiento al mandato contenido en el artículo 53 CE⁸⁷⁶. Estas mismas disposiciones se mantuvieron en la LPL de 1995 con la sola modificación de la numeración del articulado.

Lo anterior se tradujo en la existencia de un proceso que fue diseñado para la protección del derecho de libertad sindical y ello se reflejaba desde la rúbrica del capítulo correspondiente, hasta las disposiciones que lo desarrollaron en las que solo se hacía referencia a este derecho, salvedad hecha de la extensión operada por el artículo 180 de la LPL de 1990.

⁸⁷⁴ GÁRATE CASTRO..., *La tutela de los derechos fundamentales...*, pág. 60.

⁸⁷⁵ STC 81/1992 de 28 de mayo [RTC 1992, 81].

⁸⁷⁶ Cfr. MANEIRO VÁZQUEZ..., *La tutela de los derechos...*, pág. 63-65.

Sería hasta la expedición de la Ley 13/2009 que se adecuaría el nombre del proceso al de “tutela de los derechos fundamentales” y más adelante, con la expedición de la LRJS, finalmente se diseñaría un procedimiento unificado en torno a la lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores.

1.2. Delimitación del ámbito material del proceso

A diferencia de lo que sucedía en vigencia de la LPL, donde el proceso de tutela se previó para la protección del derecho de libertad sindical y hubo de ser ampliado su objeto a los demás derechos fundamentales mediante disposición expresa del artículo 181, en la LRJS directamente se incluyó dentro del objeto del proceso la protección de todos los derechos fundamentales.

El proceso de tutela de derechos fundamentales deja así de estar definido a partir de la lesión de la libertad sindical y pasa a articularse en torno a la vulneración de cualquier derecho fundamental o libertad pública del trabajador. Aunque las previsiones del artículo 181 LPL ampliaban el objeto del proceso, las reglas del procedimiento seguían estando edificadas sobre el derecho de libertad sindical, situación que entra a corregir la LRJS⁸⁷⁷.

El artículo 177.1 LRJS dispuso que el trabajador o sindicato que considerase lesionados sus derechos “de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso” podía recabar su tutela a través del procedimiento regulado en el capítulo XI de dicha ley.

De manera que el proceso está destinado a obtener la protección de los derechos fundamentales del trabajador –o del sindicato cuando el derecho vulnerado sea el de libertad sindical o huelga–, siempre que la lesión “se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas” como lo señala expresamente el artículo 177.1 LRJS.

La disposición anterior implica una necesaria remisión al artículo 2 LRJS donde se establece los asuntos que son de competencia del orden jurisdiccional social, de manera que se tramitarán mediante este procedimiento las vulneraciones de derechos fundamentales que hayan tenido su origen en cualquiera de los conflictos o asuntos cuya resolución compete a la jurisdicción social.

⁸⁷⁷ BLASCO JOVER, Carolina. <Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social>. *Actualidad Laboral*. 2012, Núm. 15, pág. 1-2.

Del aparte transcrito del artículo 177.1 también se desprende otra cuestión importante respecto del ámbito material del proceso que también tiene repercusiones en lo relativo a la legitimación pasiva y que por tanto, debe ponerse en relación con lo dispuesto por el numeral cuarto del mismo artículo relativo a las personas contra quienes puede dirigirse sus pretensiones aparte del empresario.

En efecto, cuando el artículo se refiere a que la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones sujetas al conocimiento de la jurisdicción social o en conexión directa con las mismas, “incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”, es indudable que está disponiendo una ampliación del objeto material del proceso al incluir aquellas lesiones al derecho fundamental que no se producen en un ámbito estrictamente laboral; aunque para ello resulta necesario que se encuentre en conexión directa con la relación de trabajo.

En tales supuestos es dable incluir entonces los ataques a los derechos fundamentales de los trabajadores que tienen lugar en las relaciones triangulares de trabajo y que pueden ser causada por terceros vinculados al empresario por relaciones de distinta naturaleza que bien pueden ser civiles o mercantiles⁸⁷⁸.

En este sentido la disposición es tributaria de la jurisprudencia constitucional, en particular de la STC 250/2007 en la que el Tribunal Constitucional estimó que la jurisdicción social también era competente cuando la lesión se produjera en conexión directa con la relación laboral por haberse llevado a cabo con ocasión de la prestación del servicio⁸⁷⁹.

Así es señalado expresamente en el preámbulo de la LRJS al señalar que sobre este punto se acogían las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional, en particular de la sentencia antedicha que “posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa”.

Bajo esta misma línea y frente al tema de la legitimación pasiva, corresponderá al trabajador decidir si dirige la demanda, además de contra el empresario, contra el causante directo de la lesión, a menos que la víctima pretenda la condena de este último o pueda resultar

⁸⁷⁸ MOLINA NAVARRETE..., *Análisis de la nueva ley...*, pág. 311.

⁸⁷⁹ STC 250/2007 de 17 de diciembre [RTC 2007, 250].

afectado por la sentencia, ya que en tales supuestos será necesaria la intervención del tercero.

Se ha dicho⁸⁸⁰ entonces que en este punto la LRJS no acogió la tesis del TS contenida en la STS de 30 de enero de 2008 que establecía un litisconsorcio pasivo necesario entre el empresario y el tercero causante directo de la lesión, ya que “la acción ejercitada y las pretensiones debatidas en esta litis, afectan de lleno a los derechos e intereses de[causante del daño]..., de ahí que tales pretensiones para hacerse efectivas, no sólo se han de dirigir contra la empresa, sino también frente a él; pues si así no se hace se infringen los arts. 24-1 y 18-1 de la Constitución”⁸⁸¹.

Así pues, corresponderá al trabajador la elección acerca de las personas contra quienes dirige la demanda pudiendo incluir o no al sujeto responsable, salvo las previsiones del artículo 177.4 LRJS que tornan obligatoria dicha intervención si se pretende la condena aquel o le pueda afectar la sentencia.

1.2.1. Reducción del ámbito del proceso en razón de la materia que origina la lesión del derecho fundamental

A pesar de que la redacción del artículo 177 LRJS permitiría asentar una regla general relativa a la idoneidad del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas para la protección de este tipo de derechos cuando son vulnerados al trabajador, es la propia ley adjetiva laboral la que se encarga de establecer una serie de excepciones que dada su amplitud, podrían considerarse más bien la regla general.

Así las cosas, en algunas ocasiones la pretensión de tutela de los derechos fundamentales no se tramitará mediante el procedimiento creado para tal fin, sino que, atendiendo a la materia en la que ha tenido lugar la lesión denunciada, la demanda del trabajador deberá tramitarse “inexcusablemente” por la vía procesal especial prevista por el legislador.

Estas previsiones ya estaban contenidas en la LPL de 1995 que en el artículo 182 excluía del trámite del procedimiento de tutela de derechos fundamentales las pretensiones relativas al despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de sindicatos o su modificación y las de impugnación de convenios colectivos.

⁸⁸⁰ TOLOSA TRIBIÑO, César. <La nueva regulación del proceso de tutela en la jurisdicción laboral>. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2012, Núm. 50, pág. 38.

⁸⁸¹ STS de 30 de enero de 2008 [RJ 2008, 2777].

Este reducido catálogo de materias sobre las que se restringe el acceso al proceso de tutela de derechos fundamentales ha ido ampliándose de forma sucesiva. Así, mediante la Ley 13/2009 se incluyeron las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las de movilidad geográfica y las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Esta restricción se mantuvo en el artículo 184 LRJS, agregándose a los anteriores asuntos las demandas relativas a las sanciones impuestas por el empresario a los trabajadores. La última “actualización” de dicho listado se dio con la Ley 3/2012 de reforma laboral que incluyó la suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

De manera que en los eventos anteriores cuando se invoque la lesión de un derecho fundamental, la ley dispone que tales reclamaciones deberán tramitarse con arreglo a la modalidad procesal correspondiente, es decir, que el proceso de tutela de los derechos fundamentales se ve desplazado por el proceso especial de que se trate.

Lo anterior constituye sin duda alguna una reducción sustancial del ámbito del proceso de tutela de derechos fundamentales en tanto la exclusión opera en una gran cantidad de supuestos que además coinciden con aquellos en los que mayormente es susceptible de producirse una vulneración de las garantías fundamentales del trabajador.

En palabras de Gárate Castro⁸⁸² esta restricción se construye sobre una disociación entre la lesión del derecho fundamental del trabajador y la materia sobre la que tal lesión se proyecta, de manera que a efectos de determinar el cauce procesal para obtener la protección del derecho conculcado, el legislador optó por dar prioridad a la materia frente a la lesión en sí misma. Cuestión que contrasta con la regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en donde lo que interesa es la lesión que sobre estos derechos se produzca, con independencia de la materia sobre la que se proyecte.

Múltiples razones se ofrecieron desde la doctrina para justificar esta diversidad de tratamiento. Se dijo entonces que una de ellas podía ser la intención de evitar la utilización indebida de este proceso⁸⁸³, que debía tener un carácter extraordinario limitado a las lesiones relevantes de los derechos fundamentales, mediante la invocación puramente

⁸⁸² GÁRATE CASTRO..., *La tutela de los derechos fundamentales...*, pág. 42.

⁸⁸³ GARCÍA VIÑA..., <La modalidad procesal..., pág. 29.

nominal de la vulneración de una garantía fundamental con el fin de beneficiarse las ventajas que él representa, principalmente la preferencia y sumariedad⁸⁸⁴.

También se evidenciaban las eventuales dificultades técnico-procesales derivadas de la posibilidad de acudir sucesivamente al proceso de tutela de derechos fundamentales y al especial previsto para la materia concreta en que se produce la lesión; teniendo en cuenta la interdicción que opera en aquel respecto de acumulación de acciones o pretensiones basadas en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental. Tales dificultades estaban relacionadas con una eventual litispendencia o cumplimiento de los plazos de prescripción o caducidad, entre otras⁸⁸⁵.

Por su parte, el Tribunal Supremo también se ha referido a los motivos de la exclusión prevista en la ley y en consonancia con lo ya expuesto, ha sostenido:

“No es difícil encontrar fundadas y sólidas razones para justificar desde un plano funcional la existencia del art. 182 LPL (...) Entre dichas razones es posible señalar: el carácter de cognición limitada de la modalidad de tutela con la consiguiente imposibilidad legal, «ex» art. 176, de acumular a dicho proceso acciones o pretensiones basadas en fundamentos diversos a la tutela; la existencia de modalidades procesales propias para resolver todas las demandas que lista el art. 182, que difícilmente podrían recibir una solución completa en un proceso sumario y urgente como es el de tutela; (...) la no deseable ampliación del período de salarios de trámite, que surgirían sin duda si primero hubiera que acudir al proceso de tutela –que aún sumario y urgente permite el agotamiento de los recursos de suplicación y casación unificadora– y luego al de despido previsto en el art. 182...”⁸⁸⁶.

A pesar de las justificaciones ofrecidas en torno a la existencia de esta norma y ante la amplitud de la restricción comentada, las críticas desde la doctrina no se hicieron esperar y expresaban el temor de que el proceso de tutela de derechos fundamentales se convirtiera en algo residual relegado a supuestos excepcionales⁸⁸⁷.

Se señaló también una eventual extralimitación del legislador al establecer la mencionada restricción en tanto ella no se desprendía de la Ley de Bases de 1989⁸⁸⁸, contrariando de

⁸⁸⁴ CAVAS MARTÍNEZ..., *El proceso laboral...*, pág. 143.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, pág. 144.

⁸⁸⁶ STS de 29 de junio de 2002, [RJ 2001, 7796].

⁸⁸⁷ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. <El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: garantías del procedimiento y contenido de la sentencia>. *Relaciones Laborales*. 2012, núm. 8, pág. 10.

⁸⁸⁸ MARTÍNEZ MOYA, Juan; BUENDÍA JIMÉNEZ, José A. <Aspectos procesales del despido. Una visión jurisprudencial> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.); MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (coord.). *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2004, pág. 741-742.

esta manera los principios y criterios en ella contenidos y rompiendo con el diseño unitario del proceso de tutela de derechos fundamentales previsto en dicha ley⁸⁸⁹.

No obstante, la principal crítica contra tal disposición apuntaba a otra dirección. En efecto, la sustracción de tales eventos del procedimiento de protección de derechos fundamentales podía plantear problemas de constitucionalidad en la medida en que dichos asuntos no se verían beneficiados por el mandato del artículo 53 CE acerca de los principios de preferencia y sumariedad que debían inspirar este tipo de procesos.

Adicionalmente, las restricciones impuestas por la norma daban lugar a una pluralidad de procedimientos de tutela de derechos fundamentales con las consecuencias adversas que de ello derivaban para los trabajadores y que podían entrar en pugna con el principio de igualdad. Dicho de otra forma, dependiendo del ámbito material en que se hubiese producido la lesión, la protección del derecho fundamental se debía demandar por una u otra vía y ello determinaría las garantías aplicables al trabajador en su solicitud de amparo.

Así, se ha hablado de la existencia de un proceso específico de protección de derechos fundamentales que era el regulado a partir del artículo 175 LPL con todas las garantías de un procedimiento de esta naturaleza y, por otra parte, de unos procedimientos, que aunque especiales, inespecíficos desde la óptica de la protección de derechos fundamentales y con menores garantías que el anterior en tanto no fueron pensados para obtener la tutela de estos derechos⁸⁹⁰.

Ante tales circunstancias, la solución ofrecida desde la doctrina y más adelante aceptada por la jurisprudencia fue la denominada tesis integrativa según la cual, las garantías propias del proceso de tutela de derechos fundamentales se hacían extensivas a los procesos especiales cuando la sustanciación de las pretensiones de tutela debieran tramitarse inexcusablemente por dichos procedimientos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 182 LPL⁸⁹¹.

En otras palabras, cuando las demandas de protección de derechos fundamentales del trabajador debían tramitarse por los procesos especiales relacionados en el artículo anterior, a tales procesos les serían de aplicación las garantías establecidas para el procedimiento de tutela.

⁸⁸⁹ MANEIRO VÁZQUEZ..., *La tutela de los derechos...*, pág. 66.

⁸⁹⁰ GÁRATE CASTRO..., *La tutela de los derechos fundamentales...*, pág. 42.

⁸⁹¹ BAZ TEJEDOR..., *La tutela judicial...*, pág. 305.

Ahora bien, aun aceptándose tal solución por la gran mayoría de la doctrina, la discusión se trasladaba a la determinación de cuáles de esas garantías eran extrapolables a los procesos especiales⁸⁹². Es decir, si debían aplicarse en bloque la totalidad de las garantías previstas o si, únicamente se beneficiarían los trabajadores de las características de preferencia y sumariedad ya que eran estas las que venían impuestas por el artículo 53 de la Constitución⁸⁹³.

Pues bien, una clarificación en este punto la aportó la STC 257/2000 en la que el Tribunal Constitucional, si bien limitó su pronunciamiento a la intervención del sindicato en un proceso de despido impugnado por el trabajador por considerarlo antisindical, permitió la extensión de las garantías argumentando que no se podía hacer depender la mayor o menor garantía jurisdiccional de un derecho fundamental, del acto o conducta del que se hubiese desprendido la lesión.

“En efecto, cuando el legislador del art. 182 LPL remite a las modalidades procesales correspondientes el conocimiento de las demandas que allí se citan lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto de conocimiento, pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o conducta del que pueda haberse derivado la lesión que se alega”⁸⁹⁴.

En este mismo sentido se pronunciaría el Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 20 de septiembre de 2007, donde sostuvo:

“En el plano procesal ha de reconocerse que es regla la de que ninguna acción puede acumularse a las extintivas [art. 27.2 LPL] y que ello representa -en principio- un obstáculo para el ejercicio simultáneo de la acción resolutoria y la resarcitoria. Pero esta aparente dificultad se obvia si se tiene en cuenta que los principios y garantías propios del proceso de tutela de derechos fundamentales por fuerza han de extenderse a los procedimientos -entre ellos, la extinción del contrato- en que aquellos se invoquen, pero que por expresa disposición legal han de tramitarse «inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente» [art. 182 LPL]. Ello se mantiene en aplicación de la llamada «tesis integrativa», cuyas elaboraciones van «enderezadas a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, por referencia a los principios de preferencia y sumariedad establecidos en el art. 53.2 CE (SSTC enero). Y al efecto se ha argumentado también que «cuando el legislador del art. 182 LPL se remite a las modalidades procesales correspondientes al conocimiento de las demandas que allí se citan, lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto del conocimiento; pero no desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál

⁸⁹² Ibídem, pág. 305-309.

⁸⁹³ Esta última posición defendida por MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. 5ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pág. 229.

⁸⁹⁴ STC 257/2000 de 30 de octubre [RTC 2000, 257].

sea el acto o la conducta del que pueda derivarse la lesión que se alega», para no llegar a resultados absurdos⁸⁹⁵.

La jurisprudencia acogió entonces una tesis integrativa plena en el sentido de que todas las garantías previstas en el proceso de tutela de derechos fundamentales, y no solo las relativas a la preferencia y sumariedad, eran de aplicación a los procesos especiales cuando las pretensiones derivadas de la lesión de los derechos fundamentales, debía tramitarse inexcusablemente por los cauces procesales especiales previstos en el artículo 182 LPL.

Igual que sucedió en otras cuestiones, la reforma procesal introducida con la expedición de la LRJS, fue tributaria de la jurisprudencia anterior y de las objeciones que desde la doctrina se hicieron a la restricción impuesta por el mencionado artículo 182 LPL o mejor, de la interpretación acerca del alcance de tal restricción que tuvo lugar desde amplios sectores doctrinales.

En esta medida, en el artículo 178.2 LRJS se dispuso expresamente que “cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal”.

1.2.2. El carácter opcional del proceso

El artículo 177.1 LRJS señala que el trabajador que considere lesionados sus derechos fundamentales podrá recabar su tutela mediante el procedimiento regulado en los artículos 177 a 184 LRJS. De la lectura de esta norma se ha entendido que lo que en ella se consagra es el carácter opcional del proceso especial de tutela de derechos fundamentales como mecanismo de protección de las garantías fundamentales del trabajador.

En efecto, ante la vulneración de sus derechos fundamentales por parte del empresario, el trabajador cuenta con distintas vías para solicitar la protección de sus derechos. Así, podrá demandar su protección a través del procedimiento especial del capítulo XI LRJS, del procedimiento ordinario o de los procedimientos especiales que se hayan previsto para sustanciar una materia concreta que guarde relación con la vulneración del derecho alegada.

⁸⁹⁵ STS de 20 de septiembre de 2007 [RJ 2007, 8304].

Lo anterior quiere decir que el proceso especial de tutela se ha configurado como una vía privilegiada de protección de los derechos fundamentales en favor de los trabajadores o sujetos legitimados, sin que ello signifique que estos no puedan voluntariamente renunciar a ella y escoger la modalidad procesal que más se adecúe a sus intereses en relación con las pretensiones de tutela de sus derechos⁸⁹⁶. Esta posibilidad de escoger la vía procesal también ha sido reconocida por el Tribunal Supremo señalando que

“en determinados supuestos en que la conducta que se entiende lesiva de derechos fundamentales puede ser impugnada también por el cauce del proceso laboral ordinario o de otras modalidades procesales, la parte demandante esté facultada para optar por uno u otro procedimiento, ateniéndose en cada supuesto al contenido de la acción correspondiente”⁸⁹⁷.

Sin embargo, el derecho de opción del trabajador frente al cauce procesal adecuado para la protección de sus derechos encuentra algunas limitaciones derivadas de la propia ley procesal. La primera de ellas es la mencionada en el acápite anterior que tiene lugar cuando la lesión se concreta en alguna de las materias enlistadas en el artículo 184 LRJS, caso en el cual la tramitación por estas vías deviene en inexcusable para el trabajador.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que se trata de una excepción, el artículo 184 debe ser objeto de una interpretación restrictiva en el sentido de que solo enervan la posibilidad de enjuiciar la lesión mediante el proceso de tutela de derechos fundamentales, las materias enlistadas en dicho artículo⁸⁹⁸.

Dicho de otra forma, se trata de una lista taxativa de asuntos que se sustraen de la tramitación del cauce procesal específico de tutela de derechos fundamentales, sin que quepa incluir por extensión otras materias que no estén expresamente señaladas en la norma.

Una segunda limitación deriva del alcance de la pretensión de tutela invocada por el trabajador y está relacionada con la *cognitio limitada* del proceso de tutela de derechos fundamentales que limita su objeto al conocimiento de la lesión sin posibilidad de extenderse a cualquier cuestión de legalidad ordinaria.

⁸⁹⁶ BLASCO PELLICER, Ángel. <Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales> EN: BLASCO PELLICER, Ángel (dir.). *El proceso laboral V. 1*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 923.

⁸⁹⁷ STS de 18 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 8448].

⁸⁹⁸ ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu Fátima; HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. <La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del artículo 184 de la LRJS>. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos*. 2013, Núm. 362, pág. 58.

En consonancia con lo anterior, algunos han sostenido que cuando se trata de pretensiones complejas en las que además de la tutela del derecho fundamental se incluyen cuestiones de mera legalidad, es cuando surge claramente el derecho de opción del trabajador quien en tales circunstancias podrá i) fragmentar su pretensión y tramitar mediante el proceso de tutela las cuestiones relativas a la lesión del derecho, reservando para el procedimiento especial u ordinario las cuestiones conexas derivadas de incumplimientos de normas infraconstitucionales o, ii) podrá tramitar mediante este último procedimiento tanto la pretensión de tutela como la de legalidad ordinaria⁸⁹⁹.

En sentido contrario, si la demanda del trabajador únicamente versa sobre la lesión del derecho fundamental sin incluir pretensiones que vayan más allá de la tutela inhibitoria, no existirá el pretendido derecho de opción en cabeza del trabajador debido a la indisponibilidad y al carácter de orden público de las normas procesales⁹⁰⁰.

En cualquier caso, debe entenderse que si la pretensión del trabajador es compleja por incluir cuestiones relativas a la legalidad ordinaria además de la tutela del derecho fundamental, el derecho de opción solo puede entenderse en los términos arriba expuestos, es decir, que el trabajador no podrá tramitar mediante el proceso especial de tutela, la totalidad de sus pretensiones cuando estas no se limiten a la lesión del derecho fundamental⁹⁰¹.

Una cuestión que puede plantear alguna duda respecto del carácter opcional del proceso es si, una vez el trabajador se ha decantado por la obtención de la tutela del derecho lesionado mediante el proceso ordinario o por cualquiera de los especiales distintos de los mencionados en el artículo 184 LRJS, serían aplicables a tales procesos las garantías propias del proceso de tutela que el trabajador optó por no seguir⁹⁰².

En tales eventos tanto la jurisprudencia como la doctrina⁹⁰³ han entendido que una vez ejercitada la opción por el trabajador y este se decanta por el proceso ordinario o especial

⁸⁹⁹ MANEIRO VÁZQUEZ..., *La tutela de los derechos...*, pág. 75.

⁹⁰⁰ GÁRATE CASTRO..., *La tutela de los derechos fundamentales...*, pág. 56.

⁹⁰¹ "Conforme resulta de lo dispuesto por el art. 175, en relación con el art. 180, ambos del TALPL, la modalidad procesal especial referida, aun cuando optativa -no obligada-, sólo es utilizable, no obstante, cuando la pretensión interpuesta tuviera por exclusivo objeto recabar tutela judicial efectiva para derecho fundamental supuestamente vulnerado y fuera fundada en el precepto constitucional que reconoce el mismo, sin que a tal fundamento, normalmente al menos, quepa añadir otros distintos" (STS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 3562]).

⁹⁰² FABREGAT MONFORT..., <Tutela de los derechos fundamentales..., pág. 211.

⁹⁰³ CAVAS MARTÍNEZ..., *El proceso laboral...*, pág. 187.

según la materia de que se trate para obtener la protección del derecho fundamental alegado, no es posible aplicar las garantías previstas para el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, de manera que el trabajador “habrá de atenerse a las exigencias de la modalidad elegida”⁹⁰⁴.

No obstante y teniendo en cuenta que de antaño se ha admitido la extensión de las garantías en los supuestos de tramitación obligatoria según la materia, creemos que no hay razones para negar dicha extensión a los eventos en que se permite al trabajador escoger el procedimiento⁹⁰⁵, ya que lo verdaderamente relevante es que se pretenda la tutela de un derecho fundamental con independencia de la vía procesal escogida para tal fin.

Una muestra de ello es precisamente que la LRJS en su artículo 178.2 recogió expresamente la tesis integradora que ya había sido planteada por la jurisprudencia y desde mucho antes por la doctrina, aunque lo haya hecho solo frente a la tramitación inexcusable de que trata el artículo 184.

Tal situación da cuenta de que el énfasis se pone en la protección del derecho fundamental y no en la modalidad utilizada para obtener dicha protección, de manera que siempre que se pretenda obtener la tutela de un derecho de esta naturaleza, deberían aplicarse las garantías judiciales previstas en la ley para la tutela de este tipo de derechos.

1.2.3. Sumariedad cualitativa y limitación del objeto del proceso

El objeto del proceso de tutela de derechos fundamentales se contrae al conocimiento de la existencia o no de la lesión del derecho fundamental, sin que sea posible ventilar pretensiones basadas en fundamentos diversos de la tutela del derecho que se dice vulnerado.

En esta medida, el proceso de tutela de derechos fundamentales es un proceso de cognición limitada en la medida en que por este cauce procesal solo pueden decidirse las cuestiones relativas a la vulneración del derecho fundamental, quedándole vedado al órgano judicial pronunciarse sobre cuestiones de legalidad ordinaria, o lo que es lo mismo,

⁹⁰⁴ STS de 6 de octubre de 2001 [RJ 2001, 3743].

⁹⁰⁵ Algunos han defendido que en tales eventos sea posible la extensión de algunas de las garantías del proceso de tutela como la intervención del sindicato en calidad de coadyuvante o la modulación de las reglas probatorias, pero no se admitirían otras como la preferencia o sumariedad que si quedarían reservadas a la modalidad procesal que expresamente las contemplen. En este sentido, BEJARANO HERNÁNDEZ..., <Indemnización por daños y perjuicios..., pág. 82.

impide al juez un pronunciamiento frente a incumplimientos legales, convencionales o contractuales⁹⁰⁶.

Así las cosas, esta sumariedad cualitativa, que se traduce en la obligación de limitar la discusión procesal al conocimiento del acto u omisión que pudiera haber vulnerado el derecho fundamental, se constituye en elemento característico de este procedimiento y que a su vez permite justificar la tutela reforzada de la que es objeto⁹⁰⁷.

Esta concepción de sumariedad no deriva de las previsiones del artículo 53 CE; a la que hace referencia dicho artículo es la sumariedad entendida como rapidez o agilidad en la tramitación del proceso tal y como lo ha entendido el Tribunal Constitucional⁹⁰⁸, o lo que es lo mismo, el artículo 53 de la Constitución hace referencia a una sumariedad en sentido cuantitativo.

Las pretensiones tramitables a través del proceso de tutela de la libertad sindical serán entonces aquellas que atenten contra el contenido esencial del derecho fundamental, contenido que será determinado a partir de la Constitución –y en el caso de la libertad sindical también por la LOLS– quedando, por tanto, excluido cualquier contenido adicional introducido por normas infraconstitucionales.

En tales eventos, el estudio de dichas cuestiones constituye un desconocimiento del carácter limitado del objeto del proceso de tutela de derechos fundamentales, en la medida en que el órgano judicial se adentraría en el análisis de asuntos de legalidad ordinaria que, en los términos del artículo 178.1 LRJS, constituyen fundamentos diversos a la tutela del derecho vulnerado.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 9 de mayo de 2008 donde clarificó su doctrina acerca de los alcances de la sumariedad cualitativa en los procesos de tutela de derechos fundamentales:

“...lo que delimita esa pretensión [la de protección de un derecho fundamental] es la lesión del contenido esencial del derecho en su configuración constitucional o en las normas ordinarias de desarrollo que concretan esa delimitación, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales, a las que el artículo 176 se refiere como "fundamentos diversos" a la tutela del correspondiente derecho fundamental (principio de cognición limitada) (...) si no existe la vulneración alegada o si lo que se produce es una infracción simple del ordenamiento jurídico sin relevancia en la protección constitucional del derecho fundamental

⁹⁰⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ..., <El procedimiento de tutela..., pág. 5.

⁹⁰⁷ MANEIRO VÁZQUEZ..., *La tutela de los derechos...*, pág. 80.

⁹⁰⁸ STC 81/1992 de 28 de mayo [RTC 1992, 81].

*invocado, la consecuencia de la limitación de conocimiento que rige en la modalidad procesal será la desestimación de la demanda, sin perjuicio en su caso de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso*⁹⁰⁹.

A pesar de lo anterior, existen supuestos que permiten entrar a estudiar cuestiones relacionadas con la mera legalidad –además de la lesión del derecho fundamental y en íntima conexión con esta– sin que ello implique un desconocimiento del principio de cognición limitada del proceso de tutela de derechos fundamentales.

En otras palabras, aunque la sumariedad cualitativa impide un pronunciamiento frente a incumplimientos distintos del referido a la norma constitucional, en algunas ocasiones el juez deberá analizar disposiciones infraconstitucionales con el fin de poder establecer la existencia de la vulneración alegada o sus consecuencias⁹¹⁰.

Otro tanto puede decirse, en relación con la prohibición de acumulación de acciones contenida en el mismo artículo 178.1, frente a las pretensiones resarcitorias incluidas en la demanda de tutela de derechos fundamentales. En tales casos no se desconoce la regla de cognición limitada, no solo porque es la misma ley la que ordena al juez pronunciarse sobre las reparaciones en la sentencia, sino también porque en estos eventos no estamos propiamente ante una acumulación de acciones, sino ante una pretensión compleja⁹¹¹ que incluye tanto la tutela inhibitoria del derecho fundamental como la resarcitoria.

Idéntica conclusión se impone en los casos en que se alega la lesión de diversos derechos fundamentales en el proceso de tutela: será procedente la acumulación siempre que todas las vulneraciones alegadas sean competencia del orden jurisdiccional social⁹¹². Otros autores agregan como requisito para la acumulación, la necesidad de que todas las pretensiones de tutela tengan fundamento en la misma causa de pedir por haberse originado en los mismos hechos⁹¹³.

1.3. Cuestiones procedimentales

En este apartado haremos referencia solo a algunos aspectos puntuales de orden procedimental que nos interesan destacar por guardar estrecha relación con el objeto de este trabajo; por esta razón, y en la medida en que no pretendemos hacer un estudio a

⁹⁰⁹ STS de 9 de mayo de 2008 [RJ 2008, 4120].

⁹¹⁰ MANEIRO VÁZQUEZ..., *La tutela de los derechos...*, pág. 81.

⁹¹¹ BEJARANO HERNÁNDEZ..., <Indemnización por daños y perjuicios..., pág. 70.

⁹¹² CAVAS MARTÍNEZ..., *El proceso laboral...*, pág. 284.

⁹¹³ GÁRATE CASTRO..., *La tutela de los derechos fundamentales...*, pág. 71.

profundidad acerca de esta modalidad procesal, dejaremos por fuera algunos aspectos relativos a la sustanciación del proceso.

1.3.1. Intervención adhesiva

La LRJS permite la intervención como coadyuvantes, en el proceso de tutela de derechos fundamentales, del sindicato al que pertenezca el trabajador o de cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo. En este punto son varias las novedades introducidas por la ley procesal vigente frente a la derogada LPL de 1995.

En primer lugar, amplía el círculo de coadyuvantes al incluir a las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados; sin embargo, la intervención de estas entidades solo es permitida en los eventos de discriminación.

En segundo término, se mantiene la imposibilidad del coadyuvante de recurrir o continuar el proceso en contra la voluntad del trabajador perjudicado, agregando que tampoco podrá personarse en el mismo con dicha calidad sin la autorización del trabajador. Es decir, todos los actos de intervención del coadyuvante en el proceso están sujetos a la aceptación del trabajador, tanto el acto mismo de apersonamiento en calidad de tal, como la posibilidad de recurrir o de continuar el proceso.

Creemos en todo caso que las anteriores precisiones sobran en tanto es de la esencia de la figura del coadyuvante que su intervención no puede darse al margen de la voluntad de la parte coadyuvada ni en contra de sus intereses⁹¹⁴; máxime teniendo en cuenta que el coadyuvante es un tercero interviniente y que no tiene la calidad de parte, de manera que le es vedada cualquier actuación que implique disposición del derecho en litigio.

1.3.2. La intervención del Ministerio Fiscal

La intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación de los procesos de tutela de derechos fundamentales es una concreción, para este asunto particular, de lo dispuesto en el artículo 124 CE que le asigna la misión de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, así como de procurar la satisfacción del interés social.

Ahora bien, a diferencia de la intervención de los terceros señalados en el acápite anterior, la intervención del Ministerio Fiscal en este proceso tiene lugar en condición de parte del

⁹¹⁴ TOLOSA TRIBIÑO..., <La nueva regulación..., pág. 39-40.

mismo pero en un sentido impropio⁹¹⁵. En efecto, el Ministerio Fiscal sigue siendo un tercero en tanto que no es el titular del derecho fundamental lesionado ni se verá afectado de forma directa por la sentencia —es decir, no es parte en sentido propiamente dicho—, pero adquiere dicha calidad porque se la asigna directamente la ley (artículo 177.3 LRJS).

En este sentido, como la intervención del Ministerio se justifica en interés del ordenamiento jurídico, la calidad de parte que se le reconoce no será a título de demandante o de demandado, sino que, en cuanto defensor de la legalidad y del interés social, podrá bien secundar las pretensiones de tutela o bien oponerse a ellas en caso de estimarlas infundadas⁹¹⁶.

Se ha dicho entonces que, a pesar de que la ley le reconoce la calidad de parte, los poderes con que interviene el Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de derechos fundamentales son limitados y en esta medida no cuenta con legitimación para interponer la demanda inicial de tutela, aunque si podrá continuar el proceso de forma autónoma a las partes, oponiéndose a los actos de disposición de la acción o recurriendo la sentencia aun cuando no lo hagan las partes⁹¹⁷.

Aunque la intervención del Ministerio Fiscal en este proceso ya estaba prevista en la regulación anterior, la novedad de la LRJS radica en que se le atribuye la función de velar “por la integridad de la reparación de las víctimas”, función que se ha entendido como la obligación de comprobar, por una parte que la sentencia se pronuncia sobre todos los aspectos señalados en el artículo 182.1 conforme a las pretensiones del actor y por otra, que la ejecución de aquella se lleva a cabo en su totalidad a efectos de lograr la efectiva restitución del estado anterior del trabajador afectado⁹¹⁸.

En cualquier caso señalar que la participación del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de derechos fundamentales es obligatoria y su inobservancia acarrea la nulidad de las

⁹¹⁵ DESDENTADO BONETE, Aurelio; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. <El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales>. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2008, Núm. 34, pág. 20.

⁹¹⁶ *Ibidem*, pág. 20.

⁹¹⁷ GUTIÉRREZ PÉREZ..., <El procedimiento de tutela..., pág. 1-2. En sentido contrario se expresa Desdentado Bonete quien considera que la participación del Ministerio Fiscal en el proceso se adecúa más a la intervención adhesiva que no a la litisconsorcial, de manera que no podrá sustituir a las partes en las facultades de disposición de la acción (DESDENTADO BONETE...; MENÉNDEZ SEBASTIÁN..., <El Ministerio Fiscal..., pág. 23).

⁹¹⁸ BLASCO JOVER..., <Las novedades introducidas..., pág. 6.

actuaciones en tanto se trata de una exigencia de orden público⁹¹⁹. Lo anterior siempre que la ausencia se deba a falta de citación y no se trate de una incomparecencia voluntaria.

1.3.3. Las medidas cautelares

Este es quizás uno de los aspectos que con mayor profundidad se ha modificado con la expedición de la LRJS. En el artículo 178.1 de la LPL se consagraba una medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del acto impugnado, pero con una evidente limitación de su ámbito de aplicación en la medida en que solo era procedente en los eventos de lesión de la libertad sindical en los que se impidiera “la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”.

La ampliación de esta materia en el artículo 180 de la LRJS es evidente. En primer lugar, se establece un sistema abierto de medidas cautelares que consistirán, no solo en la suspensión de los efectos del acto impugnado, sino que el juez podrá adoptar cualquier medida necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia.

Es claro entonces que la norma deja un margen amplio de apreciación al órgano judicial para determinar en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias fácticas expuestas por el demandante, las medidas que más se adecúen a la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela dispensada con la sentencia.

La suspensión del acto será procedente ante la lesión de cualquier derecho fundamental, aunque solo podrá ser decretada cuando la ejecución de dicho acto cause un perjuicio al demandante que pudiera poner en peligro la finalidad de la tutela deprecada, siempre que dicha suspensión “no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos”.

Ahora bien, si el derecho cuya protección se demanda mediante el proceso de tutela es la libertad sindical, el artículo 180 de la LRJS mantiene la limitación de la medida a los mismos eventos que ya se encontraban previstos en la antigua ley de procedimiento laboral.

⁹¹⁹ ROLDÁN MARTÍNEZ...; HERREROS LÓPEZ..., <La tutela de los derechos fundamentales..., pág. 71.

Frente al derecho de huelga, solo se admite la solicitud de suspensión de los efectos del acto impugnado relacionado con la actuación empresarial que designe el personal adscrito a los servicios mínimos esenciales y el personal de seguridad y mantenimiento necesarios para la reanudación posterior de las tareas.

Por último, una novedad importante es la introducida en los eventos en que la demanda tenga por objeto la protección frente al acoso moral o sea impetrada por una víctima de violencia de género para reclamar los derechos que la ley le reconoce en razón de esta situación.

En tales eventos se podrá solicitar la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cualquier otra medida dirigida a preservar la efectividad de la sentencia, incluyendo aquellas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos objeto de la tutela demandada, quien deberá ser oído a efectos de la adopción de la medida.

La nota común a las medidas previstas en el artículo 180 de la LRJS es que el criterio de su adopción radica en la necesidad de garantizar la efectividad de la eventual protección brindada en la sentencia que ponga fin al proceso de tutela. Lo anterior resulta apenas lógico si se tiene en cuenta que se trata de un elemento que hace parte de la esencia de este tipo de medidas, que no tienen por finalidad brindar una protección provisional del derecho, sino preservar el derecho a la tutela efectiva al finalizar el proceso⁹²⁰.

En definitiva, la LRJS introduce un fortalecimiento de la justicia cautelar que sin duda busca ofrecer una tutela que realmente garantice una posición fuerte del titular de los derechos fundamentales, en términos de la protección real de los derechos cuyo amparo se persigue mediante el proceso de tutela⁹²¹.

1.3.4. El contenido de la sentencia

La sentencia que se dicte en este proceso, conforme al artículo 182 LRJS, deberá contener los siguientes pronunciamientos que tienen carácter preceptivo para el órgano judicial que conozca de la demanda impetrada por el trabajador:

⁹²⁰ TOLOSA TRIBIÑO..., <La nueva regulación..., pág. 41.

⁹²¹ MOLINA NAVARRETE..., *Análisis de la nueva ley...*, pág. 314.

a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia dictada en este proceso es una sentencia de contenido complejo⁹²² que incluye pronunciamientos declarativos y de condena⁹²³ que otorgan al trabajador demandante una doble tutela de sus derechos fundamentales: una tutela inhibitoria y una tutela resarcitoria.

En cuanto a la tutela inhibitoria, el primer pronunciamiento de la sentencia será declarar si hay lugar o no a la vulneración del derecho fundamental alegada y, en caso afirmativo, declarar la nulidad radical de la conducta del empresario, nulidad que, recordemos, tuvo su origen en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a propósito, precisamente, de un despido con vulneración de derechos fundamentales.

En lo que respecta a la tutela resarcitoria, la sentencia deberá ordenar el restablecimiento del demandante en su derecho con la reposición a la situación anterior a la lesión y la reparación de las consecuencias derivadas de dicha lesión, incluyendo la indemnización

⁹²² BEJARANO HERNÁNDEZ..., <Indemnización por daños y perjuicios..., pág. 72.

⁹²³ BLASCO PELLICER..., <Proceso de tutela..., pág. 949.

derivada de la vulneración del derecho fundamental en los términos del artículo 183. Sobre el alcance de la reparación nos remitimos a lo dicho en los capítulos anteriores⁹²⁴.

2. La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano

La Constitución de 1991 creó un procedimiento específico de protección de derechos fundamentales denominado acción de tutela que quedó configurado en su artículo 86 en los siguientes términos:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Como bien se desprende del artículo citado, i) se trata de un proceso preferente y sumario ii) cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales, iii) que puede solicitarse ante cualquier juez y, iv) es de procedencia excepcional ya que queda condicionada a la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial a menos que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Las diferencias con las garantías judiciales de protección de derechos fundamentales previstas en el artículo 53 CE son diversas. En primer lugar, se trata de un único procedimiento de tutela de estos derechos que es de conocimiento de cualquier juez sin atención a la rama del derecho o especialidad en la que tenga lugar la violación. En segundo lugar, no se trata de un requisito a agotar previo a una intervención de la Corte Constitucional como sucedería con el recurso de amparo. Por el contrario, la intervención

⁹²⁴ Cfr. Capítulo VII.

de la Corte es eventual en la medida en que solo tiene lugar si el proceso es seleccionado dentro de un trámite de revisión ante la Corte que es completamente discrecional.

Lo anterior nos permite afirmar que no existe una dualidad de procedimientos constitucionales de protección de derechos fundamentales –en el sentido de amparo judicial ordinario y recurso de amparo español–, sin que ello signifique que no pueda recabarse la tutela de estos derechos por otras vías procedimentales.

De conformidad con lo anterior, lo que trataremos de determinar aquí es la idoneidad de la acción de tutela para recabar la protección de los derechos fundamentales desde la perspectiva que hemos venido analizando en este trabajo. Es decir, la cuestión que vamos a resolver en las siguientes líneas es sí la acción de tutela es el mecanismo adecuado para obtener la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales y en caso de que la respuesta sea negativa, cuál sería la vía procesal idónea para lograrlo.

Para dar respuesta a este interrogante analizaremos, en primer lugar, la procedibilidad de la tutela en los términos expresados en el artículo 86 de la Constitución, relacionada con su configuración como mecanismo definitivo o transitorio de protección de los derechos fundamentales y, en segundo término, los alcances de la protección que se otorga a estos derechos mediante este procedimiento.

2.1. Los requisitos de procedencia de la acción de tutela

Conforme se desprende del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela, no obstante tratarse del mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, solo procede cuando el ciudadano no cuente con otro medio de defensa judicial o cuando la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A partir de las anteriores previsiones se construye la doble caracterización de la tutela desde la perspectiva de su procedencia⁹²⁵: como mecanismo definitivo de protección de derechos fundamentales en el primer evento, esto es, cuando no exista otro medio de defensa judicial, o como mecanismo transitorio cuando lo que se quiere es evitar la consumación de un perjuicio que en cualquier caso debe tener el carácter de irremediable.

⁹²⁵ JULIO ESTRADA, *La eficacia...* pág. 263-275.

2.1.1. La acción de tutela como mecanismo definitivo: la ausencia de otro mecanismo judicial de defensa

Una de las principales características de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales es su subsidiariedad. Así, el carácter subsidiario de la acción de tutela implica que, en principio, solo se puede acudir a ella cuando no exista un medio de defensa para la protección del derecho fundamental lesionado.

No obstante, la existencia de otro procedimiento mediante el cual se puedan hacer efectivas las reclamaciones de protección del derecho fundamental no puede examinarse desde un punto de vista puramente formal, hacerlo de esta manera conduciría a una limitación excesiva del ámbito de aplicación de la acción de tutela en la medida en que, en la mayoría de los casos, existirá en el ordenamiento procesal un medio judicial, que puesto en abstracto, permita obtener el amparo de un derecho fundamental⁹²⁶.

Así las cosas, lo que realmente determinará la procedencia o no de la acción, más que la existencia formal de otro procedimiento a través del cual encauzar la pretensión de tutela, será la idoneidad de dicho procedimiento, puesta en términos de eficacia, para obtener la protección del derecho fundamental que se demanda. Así lo establece expresamente el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 por medio del cual se reglamenta la acción de tutela:

“Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido la encargada de precisar los términos en que debe aplicarse la anterior disposición, es decir, de determinar cuándo se entiende que el medio de defensa judicial alternativo cumple con las exigencias de eficacia que permitan desplazar la acción de tutela como instrumento de protección de los derechos fundamentales.

La primera cuestión es que dicho análisis le corresponderá hacerlo al juez de acuerdo con las condiciones de cada caso concreto, de manera que serán las circunstancias específicas del asunto sometido a conocimiento del órgano judicial derivadas del relato fáctico de la petición de tutela, las que determinen la idoneidad del procedimiento a efectos de obtener la protección solicitada.

⁹²⁶ OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparo...* pág. 44.

El órgano judicial deberá determinar si el procedimiento alternativo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”⁹²⁷ a la cuestión que se pone a su consideración así como su habilidad para proteger los derechos fundamentales que se dicen lesionados, de manera que ese otro medio ofrezca, en términos cualitativos, la misma protección que otorgaría la acción de tutela.

Dos serán los aspectos a evaluar para determinar la eficacia del otro medio de defensa judicial: por una parte, el objeto del procedimiento que pretenda enervar la procedencia de la tutela y, en segundo término, “el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”⁹²⁸. En fin, se trata de que los medios alternativos de defensa sean materialmente aptos para lograr la protección de los derechos fundamentales.

Esta cuestión ha sido expuesta con claridad por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-889 de 2013, razón por la cual citamos *in extenso* el apartado pertinente

“En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.”⁹²⁹ Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”⁹³⁰ a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”.⁹³¹

Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.”⁹³² Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es conducente o no para la defensa de los derechos que se estiman

⁹²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-803 del 3 de octubre de 2002, MP.: Álvaro Tafur Galvis.

⁹²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-795 del 20 de octubre de 2011, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹²⁹ [15]El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

⁹³⁰ [16]Sentencia T-803 de 2002.

⁹³¹ [17]Sentencia T-384 de 1998, citada por la sentencia T-206 de 2004.

⁹³² [18]Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa sentencia se cita la T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, que señaló lo siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

lesionados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable”⁹³³.

Así las cosas, la acción de tutela procederá⁹³⁴ i) cuando no exista otro medio de defensa judicial para la protección del derecho, ii) cuando existiendo, el mecanismo no sea idóneo para otorgar una adecuada tutela al derecho lesionado en las condiciones concretas en que tiene lugar la lesión, con lo que la tutela desplaza al medio ordinario de defensa; o iii) cuando se pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual la tutela otorga un amparo transitorio al derecho fundamental vulnerado.

En conclusión, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección de derechos fundamentales ante la inexistencia de otros medios de defensa judicial igualmente idóneos y eficaces. Ello es así dado el carácter subsidiario de la tutela, subsidiariedad que, en últimas, se traduce en la utilización del proceso más efectivo para obtener dicha protección de entre los distintos procedimientos que puedan ser aptos para tal fin⁹³⁵.

2.1.2. La acción de tutela como mecanismo transitorio: la evitación de un perjuicio irremediable

El segundo criterio que determina la procedencia de la tutela para obtener la protección de un derecho fundamental es la finalidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos resulta indiferente la existencia o no de medios judiciales alternativos a través de los cuales el ciudadano pueda encauzar su pretensión de amparo, lo relevante en estos supuestos es la necesidad urgente de proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado, ante la inminencia de un perjuicio, que una vez consumado, tornaría inocua la decisión judicial de amparo.

Esta previsión, que tiene su origen en el artículo 86 constitucional atrás citado, se encuentra desarrollada en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991 en los siguientes términos:

“La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

⁹³³ Corte Constitucional, sentencia T-889 del 3 de diciembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-217 del 1 de abril de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

⁹³⁵ OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparo...* pág. 47.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

En este segundo evento de procedencia de la acción de tutela la cuestión principal radicará en darle alcance al concepto de perjuicio irremediable, es decir, establecer el contenido de lo que debe entenderse por perjuicio irremediable para determinar la procedencia excepcional de la tutela.

Inicialmente fue el propio Decreto 2591 el que se encargó de aportar los elementos de la definición, señalando en el artículo 6.1 que el perjuicio irremediable era aquel que solo podía ser reparado en su integridad mediante el pago de una indemnización. No obstante, esta disposición fue declarada inconstitucional por la Corte ya que limitaba el alcance de la tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, al hacer depender su procedencia de las instituciones propias de la responsabilidad civil que serían las que permitirían determinar que es un perjuicio y que no lo es y sobre todo, cuáles son los criterios que tornan indemnizable el perjuicio.

Así las cosas, la definición aportada por el legislador delegado vulneraba el artículo 86 constitucional en tanto limitaba las condiciones de procedibilidad de la tutela –que hacen parte de su núcleo fundamental–, de manera que “si estas condiciones responden a la mutabilidad y variabilidad del respectivo régimen de responsabilidad legal, es palmario que el núcleo esencial del mencionado derecho fundamental pierde firmeza y permanencia e imperceptiblemente periclita”⁹³⁶.

La ausencia de una definición legal producto de la declaratoria de inexequibilidad, conllevó a que fuera la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que delimitara los contornos del concepto de perjuicio irremediable. Así, las reglas jurisprudenciales de determinación del carácter irremediable del perjuicio fueron sintetizadas en la sentencia T-452 de 2012 como se expone a continuación:

⁹³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

El perjuicio debe ser **inminente**, es decir, “que amenaza o está por suceder prontamente”. No se trata entonces de la simple existencia de un posible perjuicio, sino que de las circunstancias fácticas se extrae que estamos ante un peligro cierto que se concretaría en un corto lapso de tiempo y que por tanto, “justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética”.

Las medidas adoptadas para la contención del perjuicio deben ser **urgentes**, en el sentido de que es necesaria la pronta ejecución de tales medidas. La urgencia responde a la inminencia del perjuicio, de manera que se trata de “una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud”.

El perjuicio debe ser **grave**, “lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”. La gravedad se basa en la importancia que el ordenamiento jurídico concede a determinados bienes que se encuentra obligado a proteger, por tanto, la gravedad se determinará cuando la lesión recae sobre un bien de gran significación para la persona desde un plano objetivo, recalcando la objetividad “por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente”.

En concordancia con lo anterior, la acción de tutela debe ser **impostergable** y esta circunstancia deriva de la gravedad y de la urgencia, ya que son estos aspectos los que determinan que, de postergarse la intervención del juez constitucional, se corra el riesgo de que la acción devenga en ineficaz.

En definitiva, la transitoriedad de la acción de tutela como mecanismo para proteger derechos fundamentales cuando existan otros medios de defensa judicial y lo que se pretenda sea evitar un perjuicio irremediable, deriva de que “hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”⁹³⁷.

La transitoriedad de la protección en estos casos implica que el demandante se encuentra obligado a interponer las acciones ordinarias con las que cuente para la resolución definitiva

⁹³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-452 del 20 de junio de 2012, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

del litigio o de las cuestiones conexas a la lesión del derecho fundamental que por regla general, son de naturaleza económica. Ello es así porque “el juez de tutela no puede, ni debe, asumir la competencia del juez ordinario, el cual es el competente para juzgar y decidir un asunto de su jurisdicción en forma permanente”⁹³⁸.

Este amparo transitorio es frecuente en asuntos laborales en los que suelen discutirse la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la subsistencia digna del trabajador por falta de pago de acreencias laborales⁹³⁹, ya que en tales circunstancias, la regla general es que los procesos laborales son los medios adecuados para obtener dicho pago.

Así, la Corte Constitucional ha establecido la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar prestaciones de naturaleza económica en el marco de una relación laboral, cuando la falta de pago afecte los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia del trabajador.

En tales eventos, como lo ha sostenido en diversas ocasiones la Corte Constitucional, “la acción de amparo procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias laborales que constituyan fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares”⁹⁴⁰.

Aunque también se han otorgado amparos transitorios que consisten en la mera protección del derecho fundamental, sin pronunciamiento sobre las consecuencias económicas de la lesión, que deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral. Lo anterior debido a que la acción de tutela, en principio, no es un instrumento idóneo para la solución de asuntos de naturaleza contractual o económica. Así lo sostuvo en la sentencia T-787 de 2013:

“el único objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales, por tal motivo, ésta se torna improcedente para resolver controversias de naturaleza económica o contractual, pues la finalidad del amparo constitucional es servir de instrumento de salvaguarda iusfundamental, mas no como mecanismo encaminado a resolver controversias de estirpe contractual y económico”⁹⁴¹.

Lo anterior quiere decir que por medio de la acción de tutela se puede obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales mediante órdenes de abstención o acciones

⁹³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-458 del 7 de julio de 2014, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-053 del 3 de febrero de 2014, MP.: Alberto Rojas Ríos.

⁹⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-008 del 15 de enero de 2015, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-787 del 12 de noviembre de 2013, MP.: Luís Guillermo Guerrero Pérez.

positivas impartidas por el juez como lo veremos enseguida, pero que, por regla general, no es el instrumento adecuado para obtener el pago de sumas de dinero o cuestiones conexas a la vulneración del derecho –v.gr. salarios dejados de percibir o prestaciones sociales– las que necesariamente serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria competente.

2.2. El alcance de la protección brindada en sede de tutela y la indemnización de perjuicios: insuficiencia de la acción de tutela en materia de reparación del daño

De conformidad con el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela “tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible”, para lo cual el juez ordenará bien la realización del acto omitido, bien, la orden de abstención frente a la conducta que causa la lesión del derecho fundamental.

Así las cosas, el objeto de la acción de tutela es la protección *in natura* de los derechos fundamentales cuyo amparo se invoca mediante este procedimiento, para lo cual el juez dictará las órdenes que garanticen a la persona el disfrute de su derecho en los términos solicitados.

Ahora bien, puede suceder que por la naturaleza del bien lesionado o por las circunstancias en que se produjo la lesión, resulte imposible restituir al demandante a la situación en que se encontraba con anterioridad a la lesión o, lo que es lo mismo, que no sea posible garantizar al ciudadano el disfrute de su derecho.

Solo cuando no sea posible garantizar al demandante el ejercicio de su derecho procede la indemnización de perjuicios en el trámite de la acción de tutela⁹⁴², indemnización que adquiere, entonces, un carácter absolutamente excepcional dentro de este mecanismo específico de protección de derechos fundamentales.

Así se desprende del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha remarcado el carácter excepcional de la indemnización de perjuicios en el trámite de la acción de tutela. El artículo mencionado dispone:

⁹⁴² “En resumidas cuentas, corresponde al juez determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado. Cuando resulta imposible lograr el restablecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental violado –garantizar el ejercicio *in natura*–, el juez de tutela está en la obligación de disponer que se indemnice a la persona” (Corte Constitucional, sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, MP.: Eduardo Montealegre Lynett).

“Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación”.

Precisando el alcance de este artículo, la Corte Constitucional ha reiterado que se trata de una de las facultades excepcionales del juez de tutela para la protección de los derechos fundamentales. En estos casos, la protección eminentemente inhibitoria brindada en sede de tutela da paso al resarcimiento de perjuicios, que solo resultará procedente si se cumplen ciertos requisitos.

Así las cosas, el juez podrá ordenar la indemnización siempre que i) conceda el amparo solicitado, ii) la persona no cuente con un medio judicial efectivo mediante el cual se pueda pedir el resarcimiento de los perjuicios respectivos, y (iii) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción indiscutiblemente arbitraria⁹⁴³.

Cuando no exista otro mecanismo para asegurar el goce efectivo del derecho, la indemnización que ordena el juez se convierte en el instrumento a través del cual el ordenamiento protege la efectividad de los derechos fundamentales conculcados. En este sentido, “ante el impedimento de devolver las cosas al estado previo al hecho generador de la vulneración, la indemnización se convierte en el único medio de reparación posible y, por tanto, la liquidación y pago están vinculados al restablecimiento pleno de los derechos fundamentales del ciudadano afectado”⁹⁴⁴.

Una precisión adicional cabe hacer en este punto y es el relativo a la naturaleza del daño que a reparar en sede de tutela. Aunque el artículo 25 mencionado se refiere al daño emergente, la Corte Constitucional ha ordenado también la reparación del daño moral en algunos de los casos en que ha hecho uso de la facultad contenida en dicho artículo. En la sentencia SU-544 de 2001 sostuvo:

“Sobre este punto es necesario precisar que si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 restringe la posibilidad de indemnización al daño emergente, debe entenderse que dicha restricción únicamente opera frente al daño material, pues, ante la

⁹⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-1090 del 26 de octubre de 2005, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1029 del 10 de diciembre de 2010, MP.: Mauricio González Cuervo.

*imposibilidad de garantizar el ejercicio del derecho fundamental, necesariamente debe respetarse la integralidad de la indemnización que, en esta materia, supone el reconocimiento del consiguiente daño moral*⁹⁴⁵.

Aunque lo anterior fue dicho con alcances de *obiter dictum*, no deja de ser relevante que la Corte Constitucional hace una interpretación del artículo que va más acorde con la naturaleza del daño que produce la afectación de un derecho fundamental.

En cualquier caso, aunque en la sentencia SU-544 de 2001 no se haya ordenado la indemnización, existen otras en las que la Corte señala expresamente que el daño que repara es el daño moral. Así lo hizo en la sentencia T-1090 de 2005 en un caso de discriminación racial, aunque sin señalar los fundamentos de procedencia del daño moral pese a las limitaciones impuestas por el Decreto 2591 de 1991.

Debe entonces resaltarse que la acción de tutela es ante todo un mecanismo que otorga una protección de carácter inhibitorio frente a cualquier vulneración de los derechos fundamentales. Quiere ello decir, que el resarcimiento de los perjuicios que la lesión haya ocasionado, no es, en principio, asunto que deba ser decidido por el juez de tutela, ni siquiera en los casos en que se cumplen los requisitos de procedibilidad antes anotados.

Lo anterior no implica que la reparación del daño que produzca la vulneración de un derecho fundamental tenga, *per se*, un carácter excepcional; lo que resulta extraordinario es la utilización de la acción de tutela como mecanismo procesal para obtener dicha reparación. Precisamente uno de los requisitos que se desprenden del artículo 25 del Decreto y que han sido precisados por la Corte Constitucional para decretar indemnizaciones, es que el demandante no disponga de otro medio judicial para obtener la reparación que le produce la lesión del derecho fundamental.

De manera que ante este panorama, las pretensiones resarcitorias del trabajador no encuentran un adecuado encaje procesal en la acción de tutela, debiendo por tanto acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en procura del resarcimiento de los perjuicios causados con la vulneración del derecho.

3. La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria laboral

La existencia de un mecanismo específico de protección de derechos fundamentales no excluye la posibilidad de que tales derechos puedan ser protegidos por otras vías. El juez

⁹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, MP.: Eduardo Montealegre Lynett.

de tutela no es el único juez protector de las garantías fundamentales del individuo, por el contrario, dicha labor les corresponde a todos los jueces y en todos los procedimientos dentro del marco de sus competencias.

La anterior afirmación encuentra un amplio sustento en las disposiciones constitucionales. En primer lugar, uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y al cumplimiento de dicho fin están llamadas todas las autoridades de la República, incluidos claro está, los jueces (artículo 2 C.P.). En segundo término, el carácter prevalente de la Constitución (artículo 4 C.P.) que irradia la totalidad del ordenamiento jurídico y que obliga a su interpretación de conformidad con los principios y valores en ella consagrados. También la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.), con mayor razón tratándose de las disposiciones constitucionales, obliga a todos los jueces a proteger efectivamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

También la Corte Constitucional ha sostenido, con carácter general, que todos los procedimientos judiciales son aptos para obtener la protección de los derechos fundamentales

“La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial⁹⁴⁶ (negrilla añadida).

También en el campo específico laboral, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la ley que aumentaba la cuantía para recurrir en casación, la Corte sostuvo que a través de la jurisdicción laboral y especialmente mediante la labor de unificación de jurisprudencia llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia, se hacían efectivos los derechos constitucionales de los trabajadores.

⁹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, MP.: Eduardo Montealegre Lynett.

Concretamente, sobre el papel de la jurisdicción laboral en la protección de los derechos fundamentales, sostuvo:

“En el caso colombiano, la Constitución directamente prevé varios mecanismos de protección de derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 86 superior introduce en el ordenamiento constitucional la acción de tutela (...)

Adicionalmente, el artículo 150 superior atribuye al legislador la facultad de establecer otros recursos, acciones y procedimientos que propugnen por la integridad del orden jurídico y por la protección de los derechos. En ejercicio de esta competencia, el legislador ha establecido mecanismos ordinarios y extraordinarios para la defensa del orden jurídico y de los derechos. Los mecanismos ordinarios son aquellos que se tramitan ante las jurisdicciones ordinarias mediante el ejercicio del derecho de acción y cuya finalidad inmediata es resolver las controversias que se suscitan entre los ciudadanos o los ciudadanos y las autoridades públicas y, en este orden, buscan hacer efectivos los mandatos legales y los derechos reconocidos a las personas. Por otra parte, los mecanismos extraordinarios son herramientas de control de validez de las decisiones judiciales y, por tanto, sirven para unificar las decisiones y evitar providencias manifiestamente contrarias al orden constitucional y legal, lo que incluye la verificación del respeto de los derechos fundamentales. A este grupo pertenecen el recurso de revisión y el recurso extraordinario de casación, entre otros”⁹⁴⁷ (negrilla añadida).

También del carácter subsidiario de la acción de tutela y de la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre dicho carácter, se desprende la aptitud de las acciones ordinarias que se adelanten ante los distintos órdenes jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, si la tutela solo procede cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial, ello viene a significar que la acción de tutela no es la única vía existente de protección de derechos fundamentales. Así lo ha señalado la Corte Constitucional, entendiendo que

“La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.⁹⁴⁸ Es por ello que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto”⁹⁴⁹.

No cabe duda entonces que esos otros medios ordinarios de protección judicial a que se refiere la Corte y que menciona el artículo 86 de la Constitución, se determinarán a partir del ámbito material en que se produce la vulneración del derecho fundamental cuya

⁹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-372 del 12 de mayo de 2011, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁴⁸ [9] Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-367 del 18 de abril de 2008, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

protección se solicita y en íntima relación con esto, acudiendo a las normas que establecen la competencia de las distintas jurisdicciones.

De manera pues que, conforme se desprende de la propia Constitución y en palabras de la Corte Constitucional, “la idea central (...) es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales”⁹⁵⁰.

Así las cosas, si la lesión del derecho fundamental tiene lugar en el ámbito del contrato de trabajo, la competencia para conocer de la controversia radicará en la jurisdicción ordinaria laboral de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del CPT y SS, que atribuye al conocimiento de esta jurisdicción “los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”.

3.1. La jurisprudencia constitucional acerca de la (no) idoneidad de los procedimientos laborales para proteger los derechos fundamentales en función del derecho lesionado

La Corte Constitucional ha decantado extensa jurisprudencia acerca de la competencia de los jueces de tutela en materia laboral o, en otras palabras, de los asuntos de naturaleza laboral que pueden tramitarse mediante la acción de tutela. Para ponerlo en términos más sencillos, se trata de las reglas de procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales cuando la lesión de estos derechos ocurre en el ámbito de la relación laboral.

En estos eventos se siguen igualmente las reglas generales de procedencia de la tutela que han quedado señaladas anteriormente, lo que viene a significar que el debate se centra en indagar acerca de la aptitud de los procedimientos laborales previstos en el CPT y SS para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Ya sabemos que la respuesta a esta cuestión determinará que se pueda hacer uso de la acción de tutela o no.

En cuanto a la determinación del carácter irremediable del perjuicio como requisito de procedencia de la tutela de forma transitoria, la Corte Constitucional ha sentado unas reglas que se mueven en una doble vertiente de análisis o, dicho de otra manera, que tiene en cuenta dos aspectos para determinar la inminencia del perjuicio.

⁹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

Al primero de ellos ya se ha hecho referencia en el apartado correspondiente y es el relativo a la calificación de los hechos que dan origen a la lesión y que obligan al juez a apreciar la inminencia y gravedad del perjuicio, así como la urgencia e impostergabilidad de la intervención judicial para la salvaguarda del derecho conculcado.

La segunda cuestión relevante para establecer si estamos ante un perjuicio irremediable o no, es la relativa al “grado variable de intensidad en la verificación de esas condiciones, en razón de las condiciones de debilidad manifiesta o de protección constitucional reforzada de las personas concernidas”⁹⁵¹. Esto quiere decir que tratándose de personas que se encuentren en estas condiciones –debilidad manifiesta o sujetos de protección reforzada–, el juez debe atenuar la rigidez con la que verifica la existencia de los requisitos antes mencionados.

Esta segunda variable para determinar la procedencia de la acción de tutela ante la existencia de un perjuicio irremediable, ha sido utilizada por la Corte Constitucional en asuntos laborales en los que se reclama el reconocimiento y pago de sumas adeudadas que tienen su origen en el contrato de trabajo.

La Corte ha establecido la procedencia de la acción de tutela en los eventos anteriores utilizando criterios como “(i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario”⁹⁵² a efectos de determinar la afectación del mínimo vital.

En todo caso, lo que nos interesa resaltar aquí son las reglas establecidas por la Corte Constitucional sobre la aptitud de los procesos laborales en los eventos en los que se discute la lesión de un derechos fundamentales, más allá de sus consecuencias económicas o de los eventos de trabajadores en estado de debilidad manifiesta o protección laboral reforzada.

Así, es posible encontrar que la Corte Constitucional ha construido la doctrina acerca de la procedencia de la acción de tutela en asuntos laborales a partir de una distinción entre asuntos de interés constitucional o de simples cuestiones de legalidad según la cual, cuando se vulneren ciertos derechos fundamentales del trabajador, las vías procesales

⁹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁵² Corte Constitucional, sentencia T-008 del 15 de enero de 2015, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

ordinarias no resultan adecuadas para proteger el derecho lesionado y ello convierte en procedente la acción de tutela.

Uno de los primeros antecedentes en este sentido lo constituye la sentencia SU-342 de 1995 en donde la Corte sostuvo:

*“Los conflictos que se originan con motivo del contrato de trabajo, entre los patronos y los trabajadores, pueden implicar la violación de derechos fundamentales de éstos, o el desconocimiento de derechos fundados o que tienen origen en normas de rango legal. **Cuando el conflicto atañe a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental su solución corresponde al juez de tutela; en cambio cuando la controversia se origina directa o indirectamente del contrato de trabajo y naturalmente versa sobre la violación de derechos de rango legal, consagrados en la legislación laboral, su solución corresponde al juez laboral (art. 2 C.P.)**”⁹⁵³ (negrilla añadida).*

A continuación enunció una serie de situaciones que hacían viable la intervención del juez constitucional frente a la jurisdicción ordinaria laboral: ejercicio abusivo del *ius variandi*, imposición de sanciones con desconocimiento del derecho de defensa, despidos antisindicales o cualquier conducta que, en general, resulte atentatoria del derecho de asociación sindical⁹⁵⁴.

Particularmente en los eventos en que se alegan despidos discriminatorios en razón de la afiliación del trabajador a un sindicato⁹⁵⁵ o cuando se establecen diferencias salariales⁹⁵⁶ o condiciones de trabajo diferentes mediante pactos colectivos⁹⁵⁷ o actos unilaterales del empleador⁹⁵⁸ y la única razón de la diferencia es la pertenencia o no de los trabajadores al sindicato, la Corte Constitucional ha sostenido que los procesos laborales no son aptos para proteger los derechos fundamentales de los demandantes.

Aunque la Corte sigue declarando formalmente “la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la

⁹⁵³ Corte Constitucional, sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

⁹⁵⁴ Reiterados recientemente en la sentencia T-619 del 9 de septiembre de 2013, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T-476 del 8 de septiembre de 1998, MP.: Fabio Morón Díaz.

⁹⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-345 del 10 de mayo de 2007, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

⁹⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-069 del 18 de febrero de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

salvaguarda de los derechos”⁹⁵⁹, a renglón seguido establece excepciones en función de los derechos fundamentales vulnerados.

Así las cosas, aunque en principio “las discusiones de carácter laboral relacionadas con la constitucionalidad del despido deberán realizarse ante la jurisdicción ordinaria”⁹⁶⁰, los procedimientos en ella previstos no resultan idóneos, según la jurisprudencia constitucional, cuando se demanda la protección de determinados derechos fundamentales como los que se ven vulnerados en eventos de “discriminación sindical, afectación grave de la libertad religiosa o de culto, discriminación a mujer embarazada [o] persecución por opiniones políticas”⁹⁶¹.

Recientemente, en la sentencia T-462 de 2015, la Corte Constitucional resolvió la acción de tutela interpuesta por un trabajador que consideraba que su despido estuvo motivado en un acto de discriminación en razón de su origen étnico, creencias religiosas e identidad cultural. Al pronunciarse acerca de la procedibilidad de la tutela en ese caso sostuvo:

“...la acción de tutela resulta procedente cuando se discute la constitucionalidad del despido, si adicionalmente se alega la posible vulneración de otros derechos de carácter fundamental, como es el caso del derecho a la igualdad frente a un trato discriminatorio basado en uno de los criterios sospechosos establecidos en el artículo 13 de la Constitución...

En este sentido, si bien una acción judicial en la jurisdicción ordinaria podría resultar un mecanismo idóneo para reclamar las prestaciones económicas que pudieran derivarse de la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes en el presente proceso de tutela, lo cierto es que, como se afirmó atrás, la presente acción constitucional excede la simple solicitud de un reclamo de reintegro cualquiera, y advierte la configuración de una posible afrenta a los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación por motivos relacionados con el origen étnico y las creencias religiosas del demandante, cuyo análisis, por su gravedad y particularidad, son de competencia del juez constitucional”⁹⁶² (negrilla añadida).

Nótese como la Corte Constitucional descarta la aptitud del proceso laboral para la protección de los derechos reclamados, debido a que las pretensiones van más allá de un “reclamo de reintegro cualquiera” y lo que en realidad se presenta es una afectación del derecho a la igualdad y no discriminación.

⁹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-580 del 26 de julio de 2006, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-462 del 22 de julio de 2015, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-1103 del 5 de diciembre de 2002, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁶² Corte Constitucional, sentencia T-462 del 22 de julio de 2015, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Aquí hay varias cuestiones que no deben pasarse por alto. En primer lugar, que la solicitud de reintegro es simplemente consecuencia de la pretensión de amparo del derecho fundamental lesionado ya que la posibilidad de restitución del vínculo contractual ante un despido sin justa causa, no está admitida, salvo contadas excepciones, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Una segunda cuestión a tener en cuenta es que la sola circunstancia de discutirse la configuración de un despido con vulneración de derechos fundamentales, no puede derivar en la ineptitud material del procedimiento laboral para conocer las pretensiones del trabajador. El juez laboral, como autoridad pública obligada a velar por la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, se encuentra obligado a conocer la demanda de un trabajador por despido discriminatorio y a resolver el asunto en clave constitucional si en estos términos le es planteado.

La Corte Constitucional parece entender que el solo planteamiento de la pretensión por despido en términos de inconstitucionalidad de la decisión extintiva, por haber lesionado un derecho fundamental, le resta idoneidad al procedimiento laboral para conocer la demanda del trabajador. Así se desprende de la misma sentencia que ahora se comenta donde sostuvo:

*“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha enfatizado que, en principio, las discusiones de carácter laboral relacionadas con la constitucionalidad del despido deberán realizarse ante la jurisdicción ordinaria. En ese orden de ideas, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para evaluar la solicitud del reintegro. Sin embargo, la misma Corporación ha reconocido que en aquellos casos en que i) se evidencie la posibilidad de que ocurra un perjuicio irremediable, o ii) **el mecanismo que se presenta como principal no sea idóneo para la protección de los derechos fundamentales invocados, tales como la igualdad, la dignidad humana, o el derecho a no ser discriminado, la acción de tutela es procedente para salvaguardar dichos derechos fundamentales**”⁹⁶³ (negrilla añadida).*

Sobre lo dicho por la Corte en el aparte transcrito hay que señalar que existen dos cuestiones claramente diferenciables y que, por tanto, resulta necesario diferenciar. Una cosa es que la acción de tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y otra, que se pretenda alegar la ineptitud material de los procedimientos laborales para justificar la procedencia de la tutela.

En efecto, ante la inminencia de un perjuicio irremediable se puede acudir a la acción de tutela con el fin de evitar la consumación de dicho perjuicio con independencia de la

⁹⁶³ Corte Constitucional, sentencia T-462 del 22 de julio de 2015, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

idoneidad o no de los mecanismos judiciales ordinarios a través de los cuales se pueda hacer valer la pretensión. En tales casos es evidente que se siguen las reglas generales de procedencia de la tutela señaladas anteriormente.

Pero que la tutela pueda usarse en tales eventos para proteger el derecho fundamental lesionado a pesar de la existencia de medios de defensa a través de los cuales el trabajador pueda encauzar sus pretensiones, no convierte estos mecanismos en no aptos para la protección del derecho fundamental.

Piénsese por ejemplo en el caso de un trabajador que es despedido sin justa causa con el pago de la correspondiente indemnización pero en realidad se trata de un despido discriminatorio y el trabajador presenta al juez laboral los indicios de la discriminación. En este caso el juez está obligado a aplicar el precedente constitucional acerca del ejercicio abusivo de la facultad de despido y ordenar el reintegro del trabajador con lo que se protege adecuadamente sus derechos fundamentales. La idoneidad del procedimiento laboral es clara y sin embargo no queda excluida la procedencia de la tutela si de lo que se trata es de evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, no se desconoce que en algunas circunstancias las acciones laborales ordinarias no resultan idóneas para proteger el derecho lesionado, como suele suceder, por ejemplo, en los casos en que el empleador acude al despido masivo de trabajadores que han fundado un sindicato.

En tales eventos, en los que pone en peligro la existencia misma del organismo sindical, es claro que las pretensiones individuales de los trabajadores ante la jurisdicción laboral no podrán proteger adecuadamente el derecho de asociación sindical de los trabajadores en su faceta colectiva, ya que no resultarían aptos para impedir la desaparición del sindicato.

Precisamente, uno de los argumentos de la Corte Constitucional para negar la aptitud de las acciones laborales ordinarias en los casos de despido antisindical, consiste en que “a través de procesos individuales no se llega a dilucidar si, colectivamente mirado y a causa del carácter masivo del despido, fue violado el derecho de asociación sindical”, ya que el juez le puede resultar “inobservable el panorama global y la razón detrás del despido masivo”, lo que lo podría llevar a concluir que se trata de “una simple manifestación de la voluntad del empleador ajustada a la legalidad”⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia T-616 del 2 de agosto de 2012, MP.: Humberto Sierra Porto.

No compartimos la anterior argumentación. No existen fundamentos de índole procesal o de cualquier otra naturaleza que impidan al juez laboral, en un procedimiento ordinario, apreciar la existencia de un móvil antisindical en el despido. Los mismos indicios en que se basa el juez de tutela pueden ser apreciados por un órgano de la jurisdicción ordinaria para concluir que se trata de un despido discriminatorio, luego en este caso no son estos aspectos los que determinan la idoneidad del procedimiento.

Lo que si puede poner de presente la insuficiencia de los mecanismos ordinarios en situaciones como la mencionada es su ineficacia para proteger el derecho de asociación sindical de que es titular el sindicato mismo, de manera que para la protección de la libertad sindical en esta vertiente el medio más adecuado será la acción de tutela. Incluso para la protección de su faceta individual si se quiere evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, consideramos desafortunado que la Corte Constitucional establezca, más que la procedencia o no de la acción de tutela, la idoneidad o no de los procedimientos laborales en función de si “la protección que se solicita es de carácter esencialmente constitucional y no legal”⁹⁶⁵, para considerar insuficientes las acciones laborales en la tarea de protección de los derechos fundamentales.

Dejando de lado la circunstancia de que siempre que se invoque la lesión de un derecho fundamental el asunto será de naturaleza “esencialmente constitucional”, consideramos que este criterio de la Corte contribuye, aún sin proponérselo, a entronizar en los jueces ordinarios la idea errada de que ellos son jueces de legalidad y solo cuando actúan en sede de tutela son jueces constitucionales.

Si ya ha sido proceloso el camino para que los jueces reconozcan el valor normativo de la Constitución y actúen en consecuencia cuando decidan los asuntos sometidos a su conocimiento⁹⁶⁶, estas separaciones, a primera vista tan tajantes entre legalidad ordinaria y asuntos de relevancia constitucional, dificultan el cumplimiento por parte del juez de las

⁹⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-367 del 18 de abril de 2008, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁶⁶ PINILLA CAMPOS, Ernesto. <Dinámica de la acción de tutela y el principio “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”> EN: *Derecho del Trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 389. El autor sostiene que a pesar de que la Constitución de 1991 introdujo un gran conjunto de derechos y garantías en favor de los trabajadores, entre ellos la acción de tutela con su contribución a la transformación de las relaciones de trabajo, “[e]n las decisiones de los jueces no ha penetrado cabalmente el valor normativo de los principios constitucionales”.

obligaciones que la eficacia jurídica de la Constitución le impone en relación con la interpretación y aplicación del derecho.

Los jueces laborales no solo pueden, sino que deben resolver las demandas de los trabajadores en clave constitucional siempre que los hechos juzgados así lo exijan, con mayor razón si esta perspectiva constitucional es expuesta al juez de forma expresa en la demanda, como sucede en los casos en que se alega que el despido se produjo con violación de los derechos fundamentales del trabajador.

En definitiva, no se trata de negar la procedencia de la acción de tutela para obtener la protección de los derechos fundamentales del trabajador que se ven lesionados con la actuación empresarial. Por lo que aquí se aboga es por no establecer, *a priori*, la ineptitud material de los procedimientos laborales para obtener dicha protección en función del derecho vulnerado, sino que dicha cuestión se determine con base en las reglas generales de procedencia de la tutela.

Lo anterior sin perjuicio de que en los eventos en que se solicite la reparación de los daños que ocasione la lesión del derecho fundamental, el procedimiento laboral se convierta en el mecanismo necesario para reclamar dicha reparación como lo veremos enseguida.

3.2. El proceso ordinario laboral como mecanismo idóneo (necesario) de protección de derechos fundamentales y cauce adecuado para obtener la reparación del daño

En los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral –igual que en todos los órdenes jurisdiccionales– los jueces se encuentran obligados por la Constitución y en consecuencia deben interpretar y aplicar el derecho, en la resolución de los casos de que conozcan, conforme a los principios y valores constitucionales. Esto es lo que se conoce como el principio de interpretación conforme cuya obligatoriedad para los jueces ha sido ampliamente expuesta por la Corte Constitucional⁹⁶⁷.

De conformidad con lo anterior, si un trabajador acude ante el juez laboral con una pretensión que constituye una típica controversia laboral –v. gr. la extinción del contrato de trabajo para utilizar el escenario más recurrente– pero que tiene su fundamento o su origen en la vulneración de un derecho fundamental, el procedimiento laboral instituido se

⁹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-878 del 22 de noviembre de 2011, MP.: Juan Carlos Henao Pérez. Cfr. Capítulo I.3.3.1.

convierte en idóneo para la protección de este derecho en virtud de la sujeción de los jueces a la Constitución que deriva del artículo 4° constitucional.

Con esto se quiere significar que las pretensiones de tutela de derechos fundamentales del trabajador por regla general pueden tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, constituyéndose así los procedimientos laborales en instrumentos aptos para la protección de estos derechos; salvo que por las circunstancias particulares en que se produjo la lesión o las propias del trabajador, se quiere evitar un perjuicio irremediable con lo que se da preferencia a la acción de tutela.

Insistimos en que no encontramos razones válidas para sostener que los jueces laborales no pueden conocer de vulneraciones a la Constitución en casos, como por ejemplo, un despido antisindical o discriminatorio por cualquier razón, o un evento de desigualdad salarial fundada en algunos de los criterios prohibidos en el artículo 13 constitucional. En tales supuestos el juez laboral cuenta con las mismas herramientas del juez de tutela para constatar la existencia de la vulneración alegada. El único límite lo constituiría, como hemos venido insistiendo, la procedencia de la tutela para evitar un perjuicio irremediable o la consideración, en concreto, de la insuficiencia del procedimiento laboral.

De hecho esto no es ninguna novedad si se tiene en cuenta que el artículo 143 del CST establece el principio de “a trabajo de igual valor, salario igual”, de manera que aquí tenemos un ejemplo claro de un asunto de aplicación del principio de igualdad cuya competencia corresponde a los jueces ordinarios.

Y no serían válidas aquí objeciones que se pretendan fundar en el rango legal de la norma que lo consagra porque el fundamento último de dicho principio lo constituye la Constitución y el Convenio 100 OIT⁹⁶⁸. Además, sería caer nuevamente en el artificio de la diferenciación entre cuestiones de simple legalidad y de relevancia constitucional cuando es claro que, gracias al valor normativo de la Constitución, es difícil pensar en una situación que escape de la influencia constitucional.

En definitiva, consideramos que la idoneidad del procedimiento laboral, por regla general, no debe determinarse a partir del derecho lesionado sino con fundamento en los criterios generales establecidos por el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto es, la existencia de un perjuicio irremediable o la idoneidad material del

⁹⁶⁸ BERMÚDEZ ALARCÓN, Katerine. <Igualdad salarial: un cambio en la reglamentación> *Discurso Laboral*, 2012, núm. 21, pág. 3.

proceso según las circunstancias concretas. Excepcionalmente el derecho invocado podría servir para determinar la idoneidad del procedimiento pero puesto en relación con el perjuicio irremediable, como en los casos en que se alega la vulneración del mínimo vital.

Sobre la idoneidad de los procedimientos judiciales ordinarios para la protección de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional en la sentencia T-803 de 2002 sostuvo:

“En este punto es preciso recordar que el amparo de los derechos fundamentales no es función exclusiva de los jueces de tutela. De suerte que, se hace necesario examinar las diferentes vías que ofrece el ordenamiento jurídico frente a la conculcación que el accionante expone; toda vez que como todas las autoridades han sido instituidas para salvaguardar los derechos de los asociados, en principio todos los mecanismos previstos en el ordenamiento para proteger a las personas deben asegurar la protección de estos derechos. Así las cosas, establecida la existencia de un mecanismo ordinario llamado a resolver de manera precisa el conflicto planteado, debe reconocerse a éste prevalencia e idoneidad”⁹⁶⁹ (negrilla añadida).

Descendiendo lo dicho por la Corte a los supuestos que nos ocupan, debe señalarse que el examen acerca de los diferentes mecanismos previstos en el ordenamiento que puedan brindar una protección adecuada a la demanda de tutela del trabajador, debe hacerse a partir de las vías procesales instituidas en el CPT y SS para determinar, de acuerdo con el objeto de cada procedimiento, cuál es el más adecuado a las pretensiones de aquel frente a la lesión de sus derechos fundamentales.

Así, encontramos que en el Código Procesal del Trabajo y otras normas que lo han adicionado o complementado, se regulan, además del proceso ordinario, una serie de procesos especiales con un objeto de conocimiento limitado a una materia precisa. Se trata entonces del proceso ejecutivo, el de disolución y liquidación de sindicatos, el de declaratoria de ilegalidad de la huelga, el de fuero sindical y el de acoso laboral. Nos detendremos brevemente en los dos últimos.

El proceso de fuero sindical, en las modalidades que aquí nos interesa⁹⁷⁰, tiene por objeto el reintegro del trabajador despedido sin autorización judicial o su restitución al lugar de trabajo anterior o a las condiciones existentes antes de la desmejora por parte del

⁹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-803 del 3 de octubre de 2002, MP.: Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁷⁰ Las acciones que emanan del fuero sindical pueden ser: la acción de levantamiento de fuero cuando quien la ejercita es el empleador con el fin de obtener la autorización para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de un trabajador aforado; la acción de reintegro que ejerce el trabajador despedido sin autorización judicial para ser reinstalado en su puesto de trabajo y la acción de restitución cuya titularidad también radica en el trabajador pero en los casos en que es trasladado o desmejorado sin autorización judicial y pretende la restitución a la situación anterior al traslado o desmejora (artículos 113 y 118 CPT y SS).

empleador, en cualquier caso, junto con el pago de la indemnización correspondiente. Es decir, cuando un trabajador amparado por fuero sindical es despedido o trasladado o desmejorado en sus condiciones sin previa autorización del juez, puede obtener el reintegro o la restitución a la situación anterior mediante este procedimiento.

Este proceso, en principio, cumple con los requisitos de idoneidad para proteger el derecho de asociación sindical de los trabajadores cuando quiera que se dé alguna de las situaciones mencionadas, salvo supuestos de perjuicio irremediable o eventos en que sea necesaria la intervención del juez constitucional por apreciarse la vulneración de otros derechos fundamentales⁹⁷¹.

También resulta apto para reclamar la indemnización de perjuicios derivada de la conducta antisindical por disposición expresa del artículo 408 del CST. Aunque en los eventos del reintegro el artículo solo se refiere a los salarios dejados de percibir a efectos de cuantificar la indemnización, la Corte Constitucional sostuvo que la reparación en estos eventos debía ser integral y en consecuencia, se podía solicitar una indemnización por encima hasta la medida de lo judicialmente probado⁹⁷².

Ahora bien, dado que el objeto del proceso está limitado a las reclamaciones de los trabajadores amparados con fuero sindical en casos de despido, traslado o desmejora, fuera de tales eventos el proceso a seguir sería el ordinario, sin perjuicio, insistimos, de la procedencia de la acción de tutela en los términos expuestos.

En lo que respecta al acoso laboral, la Ley 1010 de 2006 definió las conductas constitutivas de acoso, así como las medidas tendientes a prevenir, corregir y sancionar dichas conductas. En este sentido estableció un régimen sancionatorio diferenciado en función de la naturaleza pública o privada del vínculo laboral.

Así, si el sujeto activo de la conducta es un servidor público se sanciona como falta gravísima en el Código Disciplinario Único y si se trata de un trabajador privado, se establecen una serie de sanciones, entre ellas⁹⁷³, i) la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador debiendo pagarse la correspondiente indemnización; (ii) con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo

⁹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-845 del 28 de agosto de 2008, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁷² Corte Constitucional, sentencia C-201 del 19 de marzo de 2002, MP.: Jaime Araujo Rentería.

⁹⁷³ Artículo 10 de la Ley 1010 de 2006.

realice y para el empleador que lo tolere; (iii) con la presunción de justa causa de terminación del contrato por parte de la víctima y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia; y (iv) como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

En estas circunstancias la Corte Constitucional⁹⁷⁴ ha sostenido que, tratándose de un servidor público, el procedimiento disciplinario con que se sanciona al responsable no constituye un proceso adecuado para obtener la protección de los derechos fundamentales en juego y ello hace procedente la acción de tutela.

En el caso de los trabajadores privados, sostiene la Corte, el procedimiento sancionatorio creado en el artículo 13 de la ley, en principio, garantiza la efectiva protección de los derechos del trabajador lo que tornaría improcedente la tutela salvo que se dé algunas de las condiciones excepcionales de procedencia de la tutela que ya hemos visto.

Aparte de los dos casos anotados y teniendo en cuenta que el proceso ordinario tiene una cláusula de competencia residual, en tanto por él se tramitarán todas las causas que no tengan previsto un proceso especial conforme lo dispone el artículo 144 del CPT y SS, las demandas de protección de los derechos fundamentales del trabajador para cuyo conocimiento sea apta la jurisdicción ordinaria laboral, deberán tramitarse mediante el proceso ordinario previsto en dicho código.

Ahora bien, téngase en cuenta que todo lo hasta aquí dicho acerca de la idoneidad de los procesos laborales para la protección de los derechos fundamentales, adquiere un matiz particular cuando se trata de obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados con la vulneración de tales derechos.

En estos eventos los procedimientos laborales y especialmente el proceso ordinario, más que ser un medio apto para la tramitación de la controversia, se constituye en el mecanismo necesario para obtener la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales debido a la naturaleza de la acción de tutela y en especial, de la protección que ella brinda a las garantías fundamentales del trabajador.

Ya hemos puesto de presente como la procedencia de indemnizaciones en el trámite de la acción de tutela es absolutamente excepcional, lo que hace que dicho mecanismo no sea el adecuado para el conocimiento de pretensiones resarcitorias. Recuérdese que la

⁹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-882 del 26 de octubre de 2006, MP.: Humberto Sierra Porto.

intervención del juez de tutela ofrece “una protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales”⁹⁷⁵, es decir, que el mecanismo constitucional ofrece una tutela eminentemente inhibitoria de estos derechos.

Por manera pues que siempre que se pretenda reclamar la reparación de los daños ocasionados con la lesión de los derechos fundamentales, el trabajador deberá acudir al proceso ordinario laboral, frente a lo cual pueden darse varias hipótesis: en primer lugar, que se requiera una intervención urgente del juez para evitar un perjuicio irremediable. En este caso el trabajador podrá acudir a la tutela a obtener la protección de naturaleza inhibitoria y adelantar a continuación el proceso ordinario para el resarcimiento de perjuicios. En segundo término, que el trabajador decida tramitar ambas pretensiones ante la jurisdicción laboral en razón de la idoneidad de los procedimientos que ante ella se tramitan como instrumentos de protección de derechos fundamentales.

La cuestión radica en que el trabajador puede separar sus pretensiones de amparo en función de las circunstancias concretas en que se produce la lesión y que le permitirán acudir, tanto a la vía del proceso ordinario como al de la tutela si se dan los requisitos de procedencia de la misma, con excepción de la pretensión indemnizatoria que siempre deberá tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral.

El procedimiento laboral aparece, entonces, como un mecanismo adecuado para obtener la protección de los derechos fundamentales del trabajador, convirtiéndose además en cauce necesario de dicha protección cuando lo que se reclama es la tutela resarcitoria de estos derechos conforme hemos señalado hasta aquí.

⁹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-787 del 12 de noviembre de 2013, MP.: Luís Guillermo Guerrero Pérez.

CONCLUSIONES

Primera. El reconocimiento del valor normativo de la Constitución implicó un cambio de paradigma en la concepción del derecho y, en particular, de la ley como fuente superior del ordenamiento.

Las constituciones expedidas durante el siglo XIX y principios del XX fueron consideradas textos programáticos que tenían una naturaleza más política que jurídica, en consecuencia, las disposiciones en ella contenidas, incluidos los derechos reconocidos, solo eran aplicables cuando mediara la intervención legislativa, esto es, cuando se expidieran leyes reglamentando su contenido.

Como consecuencia de lo anterior la ley ocupaba un lugar central en el ordenamiento, al punto que los derechos constitucionales solían insertarse en los códigos civiles a efectos de poder ser invocados ante los tribunales y lograr su protección judicial. De esta manera, el paradigma imperante era el principio de legalidad: la validez del ordenamiento jurídico a partir de su conformidad con la ley.

El reconocimiento del valor de norma jurídica de las Constituciones expedidas en Europa durante la segunda posguerra rompe con la anterior concepción y es la Constitución la que pasa a ocupar la cúspide del ordenamiento, con lo cual, se convierte en parámetro de validez, tanto material como formal, del resto de normas que lo integran.

Segunda. La garantía del valor normativo de la Constitución a través de la justicia constitucional dio paso al fenómeno de la constitucionalización del derecho.

El valor normativo de la Constitución debía garantizarse mediante la creación de tribunales constitucionales que serían los encargados de velar por el respeto de las normas del ordenamiento jurídico a la Constitución. El surgimiento de la justicia constitucional como instrumento para garantizar la supremacía de la Constitución y su eficacia normativa, así como la vinculatoriedad de los poderes públicos a las decisiones de los tribunales constitucionales, dieron lugar a un efecto de irradiación de la Constitución sobre la totalidad del ordenamiento.

Este efecto de irradiación es lo que se conoce como la constitucionalización del derecho o, lo que es lo mismo, la impregnación de los principios y valores constitucionales a las distintas ramas del ordenamiento. Ello implica la aplicación directa de la Constitución, la

interpretación del derecho de conformidad con ella y, en general, el reconocimiento de la fuerza vinculante del texto constitucional para todos los operadores jurídicos.

El papel de los tribunales constitucionales resulta esencial en tanto son los órganos encargados de velar por la supremacía constitucional. Así, los pronunciamientos de estos tribunales resultan obligatorios para el resto de autoridades, con lo que se garantiza la injerencia constitucional en todas las ramas del derecho.

Tercera. La constitucionalización del derecho es particularmente relevante en el caso del Derecho del Trabajo debido a la importancia que reviste su objeto de regulación.

La irradiación de los valores y principios constitucionales es más fuerte y adquiere una mayor relevancia en el Derecho Laboral en la medida en que en la ejecución del contrato de trabajo se encuentra comprometida la persona misma del trabajador y en una porción importante su dignidad, de donde deviene la necesidad de garantizar los derechos fundamentales que le reconoce la Constitución.

Al cumplimiento de este propósito sirve la constitucionalización del Derecho del Trabajo en tanto que, reconociendo la importancia que en el desarrollo social adquiere el trabajo humano, se insertan en la Constitución una cantidad importante de disposiciones reguladoras del trabajo que comprenden unos estándares mínimos de protección que obligan, principalmente, al legislador al momento de expedir las leyes.

Cuarta. La constitucionalización del Derecho Laboral trajo consigo un nuevo entendimiento de esta disciplina a la par que una modificación del sistema de fuentes.

Las principales consecuencias del efecto de irradiación constitucional en el Derecho del Trabajo son la reinterpretación de las normas que lo componen y una recomposición en el sistema de fuentes, aspecto este último que ha tenido lugar, principalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano.

El nuevo entendimiento del Derecho Laboral deriva de la obligación que tienen los operadores jurídicos de interpretar y aplicar el derecho de conformidad con la Constitución, lo que ha obligado, en algunos casos, a un replanteamiento de las soluciones que se ofrecían desde el Derecho del Trabajo para hacerlas compatibles con el texto constitucional.

Por su parte, el sistema de fuentes en el derecho colombiano se ha visto alterado en un doble sentido: en primer lugar, mediante la aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad que integra en un solo bloque normativo, de rango igual a la Constitución,

los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que prohíben su limitación en los estados de excepción y, en segundo lugar, mediante la obligatoriedad del precedente constitucional que vincula a todos los jueces en todos los procedimientos.

Estas dos cuestiones implican, entonces, la aplicación de la Constitución por los jueces laborales, aplicación que puede tener lugar por dos vías: i) mediante la utilización obligatoria de la interpretación que de las normas laborales hacen los tribunales constitucionales y, ii) mediante la aplicación del principio de interpretación conforme que los obliga a hacer compatibles los principios y valores constitucionales con la interpretación y aplicación del Derecho Laboral.

Quinta. La irrupción de los derechos fundamentales del ciudadano en el contrato de trabajo es una de las manifestaciones más importantes de la constitucionalización del Derecho Laboral.

La constitucionalización del Derecho Laboral ha supuesto también el reconocimiento de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, cuya importancia se explica por el objeto mismo de este contrato, que al consistir en la prestación personal de un servicio en la que se ve necesariamente implicada la persona del trabajador, puede dar lugar a situaciones que comprometan seriamente su dignidad.

El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral supone que no queda ningún campo en la empresa vedado al influjo constitucional, cuestión que adquiere mayor relevancia en tiempos en los que, la utilización de las nuevas tecnologías así como el ejercicio de los poderes de dirección del empresario, se convierten en elementos que facilitan la vulneración de las garantías fundamentales de los trabajadores.

Sexta. El desarrollo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales facilitó su irrupción en el contrato de trabajo en tanto trajo como consecuencia el efecto de irradiación de estos, el deber de protección y su eficacia horizontal.

La concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores que penetra la totalidad del ordenamiento trajo, como consecuencia, tres cuestiones que fueron determinantes en el reconocimiento del ejercicio de estos derechos en el contrato de trabajo.

De la teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se desprende i) su vis expansiva, esto es, su irradiación a la totalidad del ordenamiento jurídico; ii) la obligación de todos los poderes públicos de tomar las medidas de protección de estos derechos; y iii) el entendimiento de que los derechos fundamentales despliegan su eficacia no solo en las relaciones ciudadano-Estado, sino también en las relaciones entre particulares.

Estas tres cuestiones constituyen un presupuesto esencial en la irrupción de los derechos fundamentales en el desarrollo de una relación de trabajo en la medida en que su efecto de irradiación penetró en el ordenamiento laboral, siendo además en el ámbito de las relaciones laborales donde se encuentran los primeros antecedentes de la teoría de la *drittwirkung*.

Séptima. Los derechos reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos son de aplicación en las relaciones laborales.

Dentro de las Normas Internacionales del Trabajo se encuentran algunas que forman parte, principalmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pero que son de aplicación a las relaciones laborales teniendo en cuenta, en primer lugar, el puesto que ocupan los instrumentos que las contienen en el ordenamiento jurídico interno.

Este requisito se cumple tanto en el caso español como en el colombiano: en el primero, el artículo 96.1 de la Constitución española incorpora los tratados internacionales en el orden interno, con lo cual se convierten en fuente de derecho aplicable; en el segundo, dichos tratados no solo hacen parte de la legislación interna, sino que se integran a un conjunto normativo con jerarquía constitucional que es el bloque de constitucionalidad.

La aplicación de las anteriores disposiciones a la relación laboral también deriva de su contenido material: bien porque regulen aspectos típicamente laborales –v. gr. la prohibición de esclavitud y trabajo forzoso o el derecho de asociación sindical–, o bien porque reconozcan derechos que, aunque en principio no están llamados a desplegar su eficacia en el contrato de trabajo, coinciden, en lo sustancial, con los derechos laborales inespecíficos previstos en los textos constitucionales de los ordenamientos de referencia.

Así, las disposiciones sobre igualdad y no discriminación, libertad de expresión o derecho a la intimidad –por citar solo algunos ejemplos– contenidas en instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, son de aplicación al contrato de

trabajo por tratarse de instrumentos que hacen parte del ordenamiento interno y que, además, obligan a los Estados a garantizar los derechos allí reconocidos.

Octava. En el ordenamiento español existen instrumentos suficientes que contribuyen a lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales de los trabajadores como el aligeramiento de la carga de la prueba de la lesión del derecho y la doctrina de la nulidad radical de la conducta.

Frente a una de las cuestiones que mayor dificultad presenta para lograr una adecuada protección de los derechos fundamentales del trabajador, como es lo relativo a la prueba de la vulneración, el ordenamiento jurídico español proporciona instrumentos idóneos que garantizan la efectiva protección de tales derechos.

Las reglas que aligeran la carga de la prueba al trabajador, surgidas en el seno de la jurisprudencia constitucional y luego recogidas en las leyes de procedimiento laboral, contribuyen a dotar de efectividad los derechos fundamentales del trabajador que encuentran de esta manera una protección real.

En el mismo sentido, la calificación de nulidad radical que otorga el Tribunal Constitucional a la actuación que genera la lesión del derecho fundamental y que, como en el caso anterior fue posteriormente recogida en la ley de procedimiento, es un instrumento de efectividad de los derechos en la medida en que no le atribuye las mismas consecuencias que tendría cualquier actuación ilícita del empresario.

Lo anterior se aprecia con mayor nitidez en los eventos en que el acto que da lugar a la lesión del derecho fundamental es el despido, donde la nulidad radical supone la readmisión obligatoria del trabajador sin posibilidad de opción para el empresario como sucede en el régimen general de despido improcedente.

Novena. En el ordenamiento colombiano, a pesar de la inexistencia y/o insuficiencia de leyes sustantivas y procedimentales sobre protección de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, el juez laboral cuenta con herramientas para hacer efectiva dicha protección.

Aunque no existan normas especiales que regulen el tema de los derechos fundamentales del trabajador en la ejecución del contrato, ni procedimientos específicos de protección de estos derechos en la jurisdicción social, el juez laboral cuenta con herramientas que no solo

lo facultan, sino que lo obligan a proteger adecuadamente las garantías fundamentales del trabajador.

Teniendo en cuenta el valor normativo de la Constitución, la obligación que tiene los jueces de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y la obligatoriedad del precedente constitucional, el juez laboral, con independencia del tipo de procedimiento que tramite, se encuentra obligado a aplicar las reglas relativas a la carga de la prueba establecidas por la Corte Constitucional cuando quiera que, en el asunto sometido a su conocimiento, se denuncie la infracción de uno cualquiera de estos derechos.

Aun cuando no existiera el actual artículo 167 del Código General del Proceso que contiene la consagración normativa del principio de carga dinámica de la prueba, los jueces laborales tendrían la obligación de aplicar el precedente constitucional sobre la materia y para ello resulta indiferente que la alegación de la vulneración del derecho se haga en un proceso de tutela o en uno de los procedimientos previstos en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Décima. El juez laboral colombiano se encuentra obligado a hacer una aplicación constitucional del Derecho Laboral y por tanto, a declarar la ineficacia del despido y a ordenar el reintegro del trabajador cuando se ha producido con violación de derechos fundamentales.

A pesar de que en el ordenamiento colombiano se acepta una especie de despido libre pagado que le permite al empleador terminar el contrato de trabajo, aun sin justa causa, mediante el pago de la correspondiente indemnización, la eficacia normativa de la Constitución obliga a hacer una “lectura constitucional” de las normas laborales de manera tal que dicha facultad se verá seriamente limitada cuando con su ejercicio se vulneren los derechos fundamentales del trabajador.

La facultad de terminar el contrato de trabajo sin justa causa no puede usarse como instrumento de discriminación o vulneración de las garantías fundamentales de los trabajadores ya que, en tales eventos, existirá un ejercicio abusivo de la facultad de despedir y en consecuencia, el despido no producirá efecto alguno.

Aunque el reintegro revista un carácter excepcional en el ordenamiento colombiano y, en principio, solo sea procedente en los casos taxativamente previstos en la ley, la restitución del vínculo laboral cuando se ha terminado con desconocimiento de los derechos

fundamentales de los trabajadores deriva de una aplicación directa de las normas constitucionales.

En este sentido, los jueces laborales se encuentran vinculados por el precedente constitucional acerca del ejercicio abusivo de la facultad de despedir y por consiguiente, en estos eventos deberán declarar la ineficacia del despido con el consecuente reintegro sin importar que el cauce procesal se el ordinario previsto en el Código Procesal del Trabajo.

Décima primera. Una adecuada protección de los derechos fundamentales del trabajador implica entender que su vulneración genera un daño que debe ser resarcido.

El punto de encuentro entre la Constitución y el Derecho de Daños determina la utilidad de aquella como instrumento para definir los intereses merecedores de tutela aquiliana y que por tanto deberían encontrar cobijo en la responsabilidad civil. Uno de tales intereses son los derechos fundamentales de la persona que, por mandato constitucional, deben encontrar una adecuada protección en el ordenamiento jurídico.

El influjo de la Constitución sobre la totalidad del ordenamiento, y concretamente sobre el Derecho de Daños, ha puesto a la persona a ocupar un lugar central en la determinación de los intereses dignos de protección mediante la tutela aquiliana, aspecto en el que la dignidad humana juega un papel de vital importancia.

El respeto por la dignidad de la persona del trabajador, derivada del texto constitucional, impone la necesidad de ofrecer una tutela resarcitoria de los derechos fundamentales cuando la vulneración de estos últimos implique un menoscabo sustancial de aquella. Es decir, que las afectaciones relevantes de los derechos fundamentales que comprometan seriamente la dignidad del trabajador, debe ser el criterio relevante para determinar la existencia de un daño y ordenar su reparación.

Décima segunda. La tipología del daño extrapatrimonial reconocida por la jurisprudencia colombiana permite reconocer diversas categorías de daño inmaterial por la vulneración de un derecho fundamental.

La jurisprudencia civil y contencioso-administrativa en Colombia reconocen diversas categorías de daño inmaterial que resultan relevantes al momento de determinar el tipo de daños que genera la lesión de un derecho fundamental y que pueden ser aplicadas a los eventos de lesiones que tienen lugar en el contrato de trabajo.

En estos dos órdenes jurisdiccionales se ha abierto paso en los últimos años a una nueva categoría de daño que proviene precisamente de la afectación de bienes de especial relevancia constitucional o de intereses convencional o constitucionalmente protegidos que es la denominación adoptada en el seno del Consejo de Estado. De manera que la vulneración de un derecho fundamental del trabajador da lugar al reconocimiento de este tipo de daño ya que no hay razones jurídicas para no acogerlo en la jurisdicción laboral.

También pueden concurrir las otras categorías de daño como el daño moral y el daño a la salud cuando sea este el derecho fundamental afectado como puede suceder, por ejemplo, en los eventos de acoso laboral.

Décima tercera. La existencia de los daños morales por la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores puede acreditarse mediante una presunción judicial o mecanismos similares que aligeren la carga probatoria al trabajador.

Ante la dificultad que representa la prueba del daño moral se puede acudir a mecanismos que faciliten al trabajador su acreditación, como la doctrina de la aportación de los elementos de identificación del daño, pero dejando de lado la rigidez con la que fue entendida y aplicada en los estadios previos a la STC 247/2006, de 24 de julio, y las modificaciones introducidas por la LRJS.

En el caso colombiano es viable el establecimiento de una presunción judicial cuando quiera que la vulneración del derecho fundamental del trabajador suponga un menoscabo significativo de su dignidad como persona. Esta solución –el establecimiento de presunciones– ya ha sido utilizada en otros eventos para la acreditación del daño moral en los distintos órdenes jurisdiccionales como, por ejemplo, en la reclamación de los daños causados con la muerte de un pariente cercano.

Décima cuarta. El nuevo entendimiento del principio de reparación integral, a propósito de las violaciones de derechos humanos, determina la insuficiencia de la indemnización como forma de reparación del daño cuando se trata de la vulneración de un derecho fundamental.

Gracias a la importancia que ha alcanzado el tema de la reparación del daño por violaciones de derechos humanos, el principio de reparación integral dejó de ser entendido simplemente como un principio indemnizatorio según el cual, a efectos de la reparación del

daño, bastaba con la entrega de una suma de dinero destinada a compensar los perjuicios irrogados a la persona.

Los fundamentos constitucionales de necesidad de tutela de la persona, basados en el reconocimiento de su dignidad y la eficacia en su protección, han puesto a la víctima como eje central del principio de reparación integral del daño que de esta manera sirve al propósito de dejar a la persona en la situación más cercana posible a la que se encontraba con anterioridad a la violación.

La reparación integral deja de ser, entonces, un criterio exclusivo de determinación del *quantum* del perjuicio para convertirse en instrumento de comprobación de los daños que se han ocasionado a la persona, lo que permitirá imponer su resarcimiento mediante el retorno al *statu quo ante* y garantizar así el respeto por la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

En tales circunstancias, el papel de la indemnización para resarcir las consecuencias de la lesión a los derechos fundamentales del ser humano deviene en insuficiente al no garantizar, de forma adecuada, el restablecimiento de la dignidad que se ha visto afectada con la lesión.

Décima quinta. Las medidas de reparación no pecuniaria son necesarias para garantizar una adecuada reparación del daño por violación de derechos fundamentales que sea respetuosa con la dignidad de la persona.

Si el principio de reparación integral busca regresar a la víctima a la situación en que se encontraba antes del hecho dañoso y la lesión de un derecho fundamental, por regla general, atenta contra la dignidad de la persona, entonces la reparación del daño debe incluir medidas que tengan por finalidad restablecer la dignidad de la víctima.

Estas medidas son las incluidas en algunos instrumentos internacionales y en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de algunos tribunales colombianos que son la concreción del reconocimiento de la importancia de la dignidad de la víctima en el concepto de reparación.

La reparación del daño que genera la vulneración de los derechos fundamentales debe girar en torno al reconocimiento de la víctima como persona y de la finalidad inaplazable de restablecerla en su dignidad, al cumplimiento de este propósito están llamadas las medidas de reparación no pecuniaria.

Décima sexta. La procedencia de estas medidas encuentra fundamento en el control de convencionalidad que obliga a todos los jueces, incluidos los jueces laborales, a asegurar el respeto de los derechos reconocidos en la CADH.

Todas las autoridades públicas de un Estado parte en la CADH, también las autoridades judiciales, se encuentran obligadas, dentro del marco de sus respectivas competencias, a asegurar el respeto de los derechos reconocidos en la Convención, para lo cual deberán, en primer lugar, tener en cuenta la CADH como derecho aplicable y, en segundo término, interpretar el derecho interno de forma en que sea compatible con las disposiciones de la Convención.

Gracias al control de convencionalidad, que además debe ser realizado de oficio, los jueces se encuentran vinculados, no solo por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino también por la interpretación que de ella lleva a cabo la CorteIDH en su calidad de intérprete autorizado de dicho instrumento.

La interpretación del derecho interno conforme a la Convención, que deriva del ejercicio del control de convencionalidad, obliga a tener en cuenta los pronunciamientos de la CorteIDH en tanto es este organismo quien realiza la interpretación auténtica del tratado, fijando el alcance de los derechos que en él se reconocen.

La jurisprudencia de la CorteIDH se convierte, entonces, en parámetro interpretativo del contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, cuestión que incluye lo relativo a sus mecanismos de protección y reparación, ya que tales mecanismos resultan necesarios para la efectividad de estos derechos.

Décima séptima. Las medidas de reparación no pecuniaria son procedentes en el marco de una relación laboral cuando la vulneración del derecho fundamental afecta la dignidad del trabajador.

Todos los fundamentos constitucionales y convencionales que sustentan la adopción de medidas de reparación no pecuniaria en los eventos de violaciones de derechos humanos o derechos fundamentales en las otras jurisdicciones, son aplicables por entero cuando la lesión tiene lugar en la ejecución de un contrato de trabajo.

El respeto de la dignidad humana y la necesidad del reconocimiento y restablecimiento de dicha dignidad cuando se ha visto afectada por la vulneración de un derecho fundamental, como parte de una reparación integral, adquiere, si es posible, mayor relevancia en el

Derecho Laboral en virtud de que, en el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato, se encuentra implicada la persona misma del trabajador con lo que resulta más proclive a la afectación de su dignidad como consecuencia del ejercicio del poder de subordinación por parte del empresario.

Décima octava. El artículo 182.1.d de la LRJS faculta al juez a tomar todas las medidas tendientes a restablecer al trabajador en la integridad de su derecho, lo que incluye la adopción de medidas de reparación no pecuniaria.

El contenido de la sentencia en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales incluye los pronunciamientos del juez encaminados al restablecimiento del derecho vulnerado, la restitución a la situación anterior y la reparación de las consecuencias derivadas de la lesión, incluyendo las indemnizaciones que procedieren.

Las medidas de reparación no pecuniaria cumplen un papel fundamental tanto en la restitución al trabajador del derecho lesionado, como en la reparación de las consecuencias de dicha vulneración, de manera que el artículo 182.1.d de la LRJS habilita a los jueces a incluir formas de reparación distintas de la indemnización, como lo han hecho algunos Tribunales Superiores de Justicia que han ordenado la publicación de la sentencia.

Décima novena. En el ordenamiento español el trabajador cuenta con múltiples vías que resultan adecuadas para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios por la lesión de sus derechos fundamentales.

Dependiendo del ámbito material en el que se haya producido la vulneración del derecho fundamental, el trabajador contará con distintos mecanismos que permiten obtener la reparación del daño causado con dicha lesión.

Para ello podrá acudir al procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas previsto en los artículos 177 y siguientes de la LRJS, siempre que dicha tutela no deba tramitarse inexcusablemente por cualquiera de los procedimientos a que hace referencia el artículo 184 LRJS, con lo que tales procedimientos se convierten en mecanismos necesarios de protección del derecho vulnerado.

También sirven a este propósito el proceso ordinario y los demás procesos especiales en aquellos eventos en los que el trabajador cuenta con la posibilidad de escoger la vía procesal para recabar la protección de sus derechos. Es decir, fuera de los casos del

artículo 184 y siempre que el procedimiento especial escogido, no sea de aquellos que tienen una cognición limitada.

Vigésima. La acción de tutela en el ordenamiento colombiano, por regla general, solo ofrece una protección de naturaleza inhibitoria ante la lesión de un derecho fundamental por lo que puede resultar insuficiente para obtener una completa protección del derecho.

La acción de tutela, como mecanismo preferente y sumario de protección de derechos fundamentales, está llamada a brindar una protección esencialmente inhibitoria frente a la vulneración de estos derechos. La protección consistirá, entonces, en las órdenes dictadas por el juez tendientes a lograr la cesación de la conducta que causa la lesión o la realización del comportamiento omitido.

Solo de forma absolutamente excepcional el juez de tutela se encuentra facultado para ordenar una indemnización para compensar los daños ocasionados con la lesión del derecho fundamental. De esta manera, la acción de tutela cumplirá principalmente su función en aquellos eventos en los que se requiere la intervención urgente e inmediata del juez para la protección del derecho, protección que aunque puede resultar eficaz en orden a evitar la consumación de un perjuicio irremediable, deviene en insuficiente cuando lo que se pretende es la reparación integral de los daños que ocasiona la vulneración del derecho fundamental.

Vigésima primera. Los procedimientos laborales establecidos en el Código Procesal del Trabajo son mecanismos idóneos de protección de derechos fundamentales, convirtiéndose, además, en necesarios cuando se pretende la reparación del daño causado.

La vinculación de todas las autoridades públicas a la Constitución y su eficacia normativa directa, convierte a todos los jueces en garantes del respeto por los derechos fundamentales de la persona, con lo que todos los procedimientos adelantados ante cualquier jurisdicción, son mecanismos aptos para la protección de los derechos fundamentales.

La naturaleza residual de la acción de tutela, que implica que esta solo es procedente cuando se han agotado los medios de defensa judicial que el ciudadano tiene a su alcance o cuando se quiere evitar un perjuicio irremediable, confirman la idoneidad de los procesos ordinarios para proteger los derechos fundamentales.

Así, los procedimientos laborales también son procedimientos de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, siendo, además, la vía obligada para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados con la vulneración del derecho, debido a la naturaleza y alcance de la protección brindada en sede de tutela.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés; BRAVO RUBIO, Diana. <El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana>. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana. 2008, núm. 13.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. <Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo>. *Revista de Derecho Social*. 2014, Núm. 66.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (coord.). *Dret del Treball i de la Seguretat Social*. Madrid: Tecnos, 2000.

ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *Curso de Derecho del Trabajo I. La relación individual de trabajo*. Madrid: Tecnos, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALONSO OLEA, Manuel. <La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno> EN: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid: Tecnos, 1980.

ALONSO OLEA, Manuel. *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1990.

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Madrid: Civitas, 2009.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego. <La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”>. *Relaciones Laborales*. 2014, núm. 9.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1990.

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil: con especial atención a la reparación del daño*. Madrid: Civitas, 1995.

- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1993.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RUBIO SÁNCHEZ, Francisco. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo. <El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales>. *Revista de Derecho Social*. 2015, núm. 69.
- BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G.; VON POTOBOSKY, Geraldo; SWEPSTON, Lee. *The International Labor Organization: The international standards system and basic human rights*. Boulder-Colorado: Westview press, 1996.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- BAYLOS GRAU, Antonio. <Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos> EN: AGUSTÍ JULIÀ, Jordi (dir.). *La prueba en el proceso laboral*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- BAYLOS GRAU, Antonio; CRÚZ VILLALÓN, Jesús; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid: Trotta, 1995.
- BAZ TEJEDOR, José Antonio. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- BAZÁN, Víctor. <El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas> EN: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (edits.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos: Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. <Indemnización por daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales>. *Revista de Derecho Social*. 2006, Núm. 33.
- BERMÚDEZ ALARCÓN, Katerine. <Igualdad salarial: un cambio en la reglamentación> *Discurso Laboral*, 2012, núm. 21.

BERMÚDEZ ALARCÓN, Katerine. <Vicisitudes del contrato de trabajo> EN: *Derecho del Trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

BERNAL PULIDO, Carlos. <El carácter fundamental de los derechos fundamentales> EN: CLÉRICO, Laura et.al. (coord.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Editorial Comares, 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BLASCO JOVER, Carolina. <Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social>. *Actualidad Laboral*. 2012, Núm. 15.

BLASCO PELLICER, Ángel. <Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales> EN: BLASCO PELLICER, Ángel (dir.). *El proceso laboral V. 1*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONDIA GARCÍA, David. <El Convenio europeo de derechos humanos y los derechos socio-laborales> EN: BONET PÉREZ, Jordi; OLESTI RAYO, Andreu (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens Editorial, 2010.

BONDIA GARCÍA, David. <La carta social europea> EN: BONET PÉREZ, Jordi; OLESTI RAYO, Andreu (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens Editorial, 2010.

BONET PÉREZ, Jordi. *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente jurídico-político universal*. Barcelona: Atelier, 2007.

BONET PÉREZ, Jordi. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

BUEN, Néstor de. <El artículo 123 de la Constitución mexicana y sus reformas> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa. <Salarios de tramitación>. *Actualidad Laboral*. 2009, Núm.2.

CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral. Tomo I*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1968.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge. <La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano>, EN: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/11.pdf>, [consultado el 29 de abril de 2015].

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. <El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)> EN: GÓMEZ ISA, Felipe (dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

CARDENAL CARRO, Miguel. *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical. Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2006.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. <¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?>. *Relaciones laborales*. 2004, núm. 1.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. <La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe>. *Relaciones laborales*. 2004, núm. 1.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos. <¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados>. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2013, vol. XIII.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos. <Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional>. *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia. 2014, núm. 33.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2004.

CAVAZOS FLORES, Baltasar. *Mater et Magistra y la evolución del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964.

CORTÉS, Édgar. <Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2006, Núm. 11.

CORTÉS, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. <Formación y evolución de los derechos fundamentales>. *Revista española de derecho constitucional*. Enero-abril de 1989, núm. 9.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo. Tomo I*. 12ª ed. México: Editorial Porrúa, 1966.

CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. <Lesión de la libertad sindical e indemnización de los daños morales: otra discrepancia entre el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo>. *Diario La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. 2007-II.

DESDENTADO BONETE, Aurelio; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. <El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales>. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2008, Núm. 34.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial, T. II*. Buenos Aires: Zavalia, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2013.

DÍEZ-PICAZO, Luís. *El escándalo del daño moral*. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

ESCOBAR HENRÍQUEZ, Francisco. <Los despidos anulables, ilícitos e ineficaces y sus principales consecuencias jurídicas> EN: *Investigación y doctrina en Derecho del Trabajo: homenaje a Hernando Franco Idárraga*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

ESTEVE SAGARRA, Amparo. *El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ESTEVE SAGARRA, Amparo. *Los salarios de tramitación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2009.

FABREGAT MONFORT, Gemma. <Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar> EN: RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo E.; ALFONSO MELLADO, Carlos L. (dirs.). *La nueva ley de la jurisdicción social: texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*. Bomarzo: Albacete, 2012.

FAVOREU, Louis. <La constitucionalización del derecho>. *Revista de derecho*. 2001, volumen XII.

FAVOREU, Louis. *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*. Las Rozas: La Ley, 2008.

FERNÁNDEZ PONS, Xavier. <El régimen jurídico internacional del trabajo y el ordenamiento jurídico español> EN: BONET PÉREZ, Jordi; OLESTI RAYO, Andreu (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens Editorial, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. <Pasado y futuro del Estado de derecho> EN: CARBONELL, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. <El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional>, EN: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, [consultado el 13 de junio de 2015].

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María. <La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional

del derecho procesal constitucional mexicano>. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2012, núm. 2, año 10.

FERRER VICENTE, José María. *La cuestión de los daños morales*, [recurso electrónico]. Valencia: Ediciones Revista General del Derecho, 2005.

FOLGUERA CRESPO, José Ángel; SALINAS MOLINA, Fernando; SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. *Comentarios a la ley reguladora de la jurisdicción social*. 3ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2012.

FREIXES SANJUÁN, Teresa. *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*. Barcelona: PPU, 1992.

GALLÓN GIRALDO, Gustavo; REED HURTADO, Michael (edits.). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007.

GÁRATE CASTRO, Javier. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*. Pontevedra: Revista Xurídica Galega, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. <El valor normativo de la Constitución española>. *Revista de derecho público*. 1998, núm. 44.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. <El “nuevo derecho” en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?>. *Revista de Derecho*. 2008, Núm. 29.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. <Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción> EN: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (edits.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.). *Derecho del Trabajo*. 8ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

GARCÍA VIÑA, Jordi. <Daños y perjuicios en el orden social>, 2015. Artículo facilitado por el autor.

GARCÍA VIÑA, Jordi. <La modalidad procesal especial de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales>. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos*. 1999, Núm. 197-198.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. *La prueba en el proceso del trabajo*. Madrid: Civitas, 1994.

GIL BOTERO, Enrique. <El daño a la salud en Colombia. Retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento>. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2012, Núm. 8.

GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 6ª ed. Bogotá: Temis, 2013.

GIL RENDÓN, Raymundo. <El control de convencionalidad>. *Foro Jurídico*. Noviembre 2014.

GIL Y GIL, José Luis. <La indemnización por despido improcedente> EN: GIL Y GIL, José Luis; VALLE, José Manuel del (coords.). *El despido disciplinario. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*. Madrid: Editorial Cinca, 2009.

GIL Y GIL, José Luis; SAGARDOY DE SIMÓN, Íñigo. *La protección contra el despido disciplinario*. Madrid: Ediciones Cinca, 2007.

GINÈS I FABRELLAS, Anna. <La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios>. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. 2008, Núm. 1.

GOERLICH PESET, José María. <La reparación de la vulneración de derechos fundamentales en el orden social: el papel de la indemnización por daños> EN: GOERLICH PESET, José María; BLASCO PELLICER, Ángel (coords.). *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*. Valencia: Universitat de València, 2010.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Derecho laboral colombiano: relaciones individuales*. 10ª ed. Bogotá: Legis Editores, 2004.

GONZÁLEZ VELASCO, Jesús. <Indemnización por lesión de un derecho fundamental en el proceso por despido> EN: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan; GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás. *El despido disciplinario*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008.

GUASTINI, Riccardo. <La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano> EN: CARBONELL, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. <El Derecho Laboral en la Constitución Nacional colombiana> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. <El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: garantías del procedimiento y contenido de la sentencia>. *Relaciones Laborales*. 2012, núm. 8.

HENAO, Juan Carlos. <Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2015, núm. 28.

HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

HINESTROSA VÉLEZ, Juan Pablo. <Análisis comparativo sobre la tasación de los daños en violaciones a los derechos humanos por parte de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos> EN: *Estado de derecho y derechos fundamentales de los ciudadanos: las convenciones europea y americana sobre los derechos humanos*. Londres: Esperia, 2009.

HITTERS, Juan Carlos. <Un avance en el control de convencionalidad. El efecto "erga omnes" de las sentencias de la Corte Interamericana>. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2013, Año 11, núm.2.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

JORDAIN, Patrice. <Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2011, Núm. 20.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

KELLERSON, Hilary. <La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro>. *Revista Internacional del Trabajo*. 1998, Volumen 117, núm. 2.

KOTEICH KHATIB, Milagros. <El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2006, Núm. 10.

KOTEICH KHATIB, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

LAHERA FORTEZA, Jesús. <Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social>. *Relaciones Laborales*. 2012, núm. 8.

LANDA, César. <Teorías de los derechos fundamentales>. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*. Enero-junio 2002, núm. 6.

Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera. 4ª ed. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1998.

LEZERTÚA RODRÍGUEZ, Manuel. *Sistema europeo de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Colex, 2006.

LLAMAS POMBO, Eugenio. <Formas de reparación del daño (I)>. *Práctica de Derecho de Daños*. 2010, Núm. 80. Disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>.

LLAMAS POMBO, Eugenio. <Nuevo debate sobre los *punitive damages*>. *Práctica de Derecho de Daños*. 2012, Núm. 101. Disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>.

LOMBARDERO MARTÍN, José María. *Prueba civil: teoría general*. Lisboa: Juruá, 2015.

LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. <Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos>. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Universidad del Rosario. 2009, núm. 11, Vol. 2.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia (coord.). *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de justicia y paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.

LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. <Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho Internacional>. *Revista Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Real Centro Universitario Escorial-María Cristina. 2014, núm. 47.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo; SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. <La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano>. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* 2008, núm.12.

LÓPEZ MEDINA, Diego. <El valor del precedente constitucional> EN: BARRETO, Antonio; CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (Coords.). *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

LÓPEZ MEDINA, Diego. <Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho: examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística>. *Revista de Derecho*. Universidad de los Andes. 2012, Núm. 47.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. <El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio>. *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*. 2012, núm. 1 extra., vol. 22.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*. La Coruña: Netbiblo, 2007.

MANTOUVALOU, Virginia. <Are labour rights, human rights?>. *European Labour law journal*. 2012, Volumen 3, núm. 2.

MARÍN MARÍN, José; GALLEGO MOYA, Fermín. *Costes del despido improcedente en la doctrina judicial*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.

MARÍN MORAL, Isabel. *La indemnización por despido*. 2ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2006.

MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I*. San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008.

MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II*. San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2008.

MARTÍN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 2010.

MARTÍNEZ MOYA, Juan; BUENDÍA JIMÉNEZ, José A. <Aspectos procesales del despido. Una visión jurisprudencial> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.); MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (coord.). *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2004.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y constitución*. Madrid: Civitas, 1988.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2009.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961.

MELIS VALENCIA, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago: Abeledo Perrot, 2009.

MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 2005.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Análisis de la nueva ley de la jurisdicción social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012.

MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.). *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

MONEREO PÉREZ, José Luis. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

MONTERO AROCA, Juan et. al. *Derecho Jurisdiccional II*. 22ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. 5ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 7ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2012.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. <El trabajo en la Constitución (La experiencia española en el marco iberoamericano)> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. <El trabajo en la Constitución> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 33ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NASH ROJAS, Claudio. <Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”> EN: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (edits.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

NASH ROJAS, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2ª ed. Santiago: Universidad de Chile, 2009.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A.; VEIGA COPO, Abel B. *Derecho de daños*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

NAVEIRA ZARRA, Maita María. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.

NAVIA ARROYO, Felipe. <Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2007, Núm. 12-13.

NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. <Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011>. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2012, Año 10, núm.2.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley, 2010.

ORTÍZ LALLANA, Carmen. <Derechos fundamentales y relación laboral>. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*. 1998, núm. 13.

ORTIZ PALACIOS, Iván David. *Lecciones básicas sobre derecho internacional laboral y de la seguridad social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. <Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 20ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2012.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 18ª ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Trotta, 1992.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10ª ed., Madrid: Tecnos, 2011.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. <Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional>. *American University international law review*. 2008, volumen 23, núm. 1.

PINIELLA SORLI, Juan Sebastián. *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias*. Barcelona: Editorial Bosch, 1994.

PINILLA CAMPOS, Ernesto. <Dinámica de la acción de tutela y el principio “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”> EN: *Derecho del Trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990.

PRIETO SANCHÍS, Luis. <Constitucionalismo y garantismo> EN: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (edits.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. T.I, 5ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014.

REY GAUNTER, Salvador del. <Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional> EN: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (coord.). *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991. Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1991.

RIERA VAYREDA, Carlos. *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

RIPOL CARULLA, Santiago. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*. Barcelona: Atelier, 2007.

RIVERO LAMAS, Juan. <Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

ROCA TRÍAS, Encarna. <Constitució i Dret Civil> EN: CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria (coord.). *La constitució i l'ordenament jurídic*. Barcelona: Atelier, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo> EN: MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual> EN: VILLA GIL, Luis Enrique de la; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (dirs.). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <Justicia constitucional y derecho del trabajo> EN: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (coord.). *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1991.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. <La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu Fátima; HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. <La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del artículo 184 de la LRJS>. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos*. 2013, Núm. 362.

RUBIO LLORENTE, Francisco. <Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España>. *Claves de razón práctica*. 1997, núm. 75.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; GIL Y GIL, José Luis. <Los derechos constitucionales del empresario> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*. 6ª ed. Madrid: Montecorvo, 1991.

SASTRE ARIZA, Santiago. <La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo> EN: CARBONELL, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. <Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva> EN: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.). *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo. <La formación histórica del Derecho del Trabajo> EN: GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.). *Derecho del Trabajo*. 8ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Rodrigo. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de Trabajo*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., T. I. Barcelona: Bosch, 2008.

SIERRA GUTIÉRREZ, Abdón. <Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas>. *Revista Justicia Juris*. Enero-junio 2011, Vol. 7, Núm.1.

SILVA GARCÍA, Fernando. <Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al Derecho Internacional de los Derechos Humanos> EN: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coords.). *Protección multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Red de Derecho Humanos y educación superior, 2013.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. <Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales> *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*. Enero-marzo, 1991, núm., 71.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. T.II, 2ª. ed., Bogotá: Legis, 2007.

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. <La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva>. *Actualidad Laboral*. 2009, Núm. 10.

TEIJO GARCÍA, Carlos. <Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano> EN: CARDONA LLORENS, Jorge et. al. (edits.). *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

TOLE MARTÍNEZ, Julián. <La Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia>. *Revista Derecho del Estado*. Junio de 2004, núm. 16.

TOLOSA TRIBIÑO, César. <La nueva regulación del proceso de tutela en la jurisdicción laboral>. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2012, Núm. 50.

TORRES ACOSTA, Alexandra. <La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos>. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 1998, núm. 4.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. <Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos>. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 2013, Núm.70.

UGARTE CATALDO, José Luis. <La constitucionalización del Derecho del Trabajo: la tutela de derechos fundamentales>. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Julio-diciembre 2008, núm.7.

UGARTE CATALDO, José Luis. <La Tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro>. *Revista de Derecho*. 2007, Vol. 20, Núm. 2.

UGARTE CATALDO, José Luis. <Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español>. *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso. 2011, Núm. 36.

UGARTE CATALDO, José Luis. <Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba>. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2009, núm.33.

URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. <La ejecución de sentencias firmes de despido> EN: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

VALTICOS, Nicolás. <Normas internacionales del trabajo. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?>. *Revista Internacional del Trabajo*. 1998, Volumen 117, núm. 2.

VALTICOS, Nicolás; VON POTOBOSKY, Geraldo. *International labour law*. Second revised edition. Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995.

VELARDE, Claridad. <De la descodificación a la constitucionalización del derecho. Cuestiones abiertas> EN: ELÓSEGUI ITXASO, María; GALINDO AYUDA, Fernando (eds.). *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2013.

VICENTE DOMINGO, Elena. <El daño> EN: REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coords.). *Tratado de responsabilidad civil*. T.I, 5ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014.

VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Bosch, 1994.

VICENTE PACHÉS, Fernando de. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998.

VILLA GIL, Luis Enrique de la (dir.). *Ley de procedimiento laboral: comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas: La Ley, 2006.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia T-002 del 8 de mayo de 1992, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-008 del 18 de mayo de 1992, MP.: Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-419 del 17 de junio de 1992, MP.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Sentencia T-441 del 3 de julio de 1992, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-479 del 18 de agosto de 1992, MP.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-491 del 13 de agosto de 1992, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-506 del 21 de agosto de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-596 del 10 de diciembre de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993, MP.: Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-131 del 1 de abril de 1993, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-028 del 31 de enero de 1994, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-098 del 7 de marzo de 1994, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-230 del 13 de mayo de 1994, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-260 del 20 de junio de 1995, MP.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996, MP.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-191 del 6 de mayo de 1998, MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-476 del 8 de septiembre de 1998, MP.: Fabio Morón Díaz.

Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-601 de 18 de agosto de 1999, MP.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000, MP.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-531 de 10 de mayo de 2000, MP.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-835 del 5 de julio de 2000, MP.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1507 del 8 de noviembre de 2000, MP.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, MP.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, MP.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-1026 del 26 de septiembre de 2001, MP.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-1319 del 7 de diciembre de 2001, MP.: Rodrigo Uprimny Yepes.

Sentencia T-1328 del 10 de diciembre de 2001, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-201 del 19 de marzo de 2002, MP.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-803 del 3 de octubre de 2002, MP.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-1103 del 5 de diciembre de 2002, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003, MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003, MP.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-701 del 14 de agosto de 2003, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-741 del 6 de agosto de 2004, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-827 del 1 de septiembre de 2004, MP.: Rodrigo Uprimny Yepes.

Sentencia T-055 del 21 de enero de 2005, MP.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-401 del 14 de abril de 2005, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-425 del 26 de abril de 2005, MP.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T-493 del 13 de mayo de 2005, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, MP.: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-1090 del 26 de octubre de 2005, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-198 del 16 de marzo de 2006, MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-254 del 30 de marzo de 2006, MP.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

Sentencia T-580 del 26 de julio de 2006, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-882 del 26 de octubre de 2006, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-937 del 16 de noviembre de 2006, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-1041 del 5 de diciembre de 2006, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-063 del 1 de febrero de 2007, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-280 del 18 de abril de 2007, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-345 del 10 de mayo de 2007, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-405 del 24 de mayo de 2007, MP.: Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C-504 del 4 de julio de 2007, MP.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-367 del 18 de abril de 2008, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-449 del 8 de mayo de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-576 del 5 de junio de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-585 del 12 de junio de 2008, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-845 del 28 de agosto de 2008, MP.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-191 del 20 de marzo de 2009, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-327 del 14 de mayo de 2009, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia T-612 del 2 de septiembre de 2009, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia T-247 del 7 de marzo de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-462 del 16 de junio de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-542 del 30 de junio de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-776 del 29 de septiembre de 2010, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU-938 del 23 de noviembre de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-963 del 26 de noviembre de 2010, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-1029 del 10 de diciembre de 2010, MP.: Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-214 del 28 de marzo de 2011, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-235 del 31 de marzo de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-372 del 12 de mayo de 2011, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-442 del 25 de mayo de 2011, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, MP.: Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-795 del 20 de octubre de 2011, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-824 del 2 de noviembre de 2011, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-878 del 22 de noviembre de 2011, MP.: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia T-965 del 6 de diciembre de 2011, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-372 del 16 de mayo de 2012, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-428 del 8 de junio de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-452 del 20 de junio de 2012, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-616 del 2 de agosto de 2012, MP.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-691 del 28 de agosto de 2012, MP.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-1097 del 18 de diciembre de 2012, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, MP.: Alexei Julio Estrada.

Sentencia T-199 del 10 de abril de 2013, MP.: Alexei Julio Estrada.

Sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-270 del 9 de mayo de 2013, MP.: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-889 del 3 de diciembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-366 del 27 de junio de 2013, MP.: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-619 del 9 de septiembre de 2013, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-691 del 1 de octubre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-787 del 12 de noviembre de 2013, MP.: Luís Guillermo Guerrero Pérez.

Sentencia T-842A del 18 de noviembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-053 del 3 de febrero de 2014, MP.: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia C-180 del 27 de marzo de 2014, MP.: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-217 del 1 de abril de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-276 del 6 de mayo de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-359 del 10 de junio de 2014, MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia T-445 del 4 de julio de 2014, MP.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-489 de 9 de julio de 2014, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-500 del 16 de julio de 2014, MP.: Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-541 del 21 de julio de 2014, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-008 del 15 de enero de 2015, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU-023 del 22 de enero de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Sentencia T-069 del 18 de febrero de 2015, MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Sentencia T-080 del 20 de febrero de 2015, MP.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-138 del 27 de marzo de 2015, MP.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-462 del 22 de julio de 2015, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia T-478 del 3 de agosto de 2015, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia

Sala Civil

Sentencia del 21 de julio de 1922, MP.: Tancredo Nannetti.

Sentencia del 24 de mayo de 1999, MP.: Pedro Lafont Pianeta.

Sentencia del 7 de diciembre de 2000, MP.: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Sentencia del 29 de junio de 2007, MP.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sentencia del 13 de mayo de 2008, MP.: César Julio Valencia Copete.

Sentencia del 18 de septiembre de 2009, MP.: William Namén Vargas.

Sentencia del 9 de diciembre de 2013, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, MP.: Ariel Salazar Ramírez.

Sala Laboral

Sentencia del 2 de diciembre de 1994, radicación 6684, MP.: Francisco Escobar Henríquez.

Sentencia del 12 de diciembre de 1996, radicación 8533, MP.: Rafael Méndez Arango.

Sentencia del 30 de septiembre de 1997, radicación 9674, MP.: José Roberto Herrera Vergara.

Sentencia del 11 de mayo de 2001, radicación 13561, MP.: Germán Valdés Sánchez.

Sentencia del 20 de febrero de 2004, radicación 22015, MP.: Eduardo López Villegas.

Sentencia del 12 de mayo de 2004, radicación 22014, MP.: Fernando Vásquez Botero.

Sentencia del 18 de febrero de 2005, radicación 22850, MP.: Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Sentencia del 22 de enero de 2008, radicación 30621, MP.: Eduardo López Villegas.

Sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32720, MP.: Luis Javier Osorio López.

Sentencia del 16 de marzo de 2010, radicación 35795, MP.: Gustavo José Gnecco Mendoza.

Sentencia del 8 de febrero de 2011, radicación 37502, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sentencia del 28 de agosto de 2012, radicación 39207, MP.: Jorge Mauricio Burgos Ruíz.

Sentencia del 16 de octubre de 2013, radicación 42433, MP.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Sentencia del 12 de febrero de 2014, radicación 42706, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sentencia del 26 de marzo de 2014, radicación 39779, MP.: Gustavo Hernando López Algarra.

Sentencia del 30 de julio de 2014, radicación 38288, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sentencia del 22 de octubre de 2014, radicación 39642, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sentencia del 10 de diciembre de 2014, radicación 44317, MP.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Sentencia del 25 de marzo de 2015, radicación 38239, MP.: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverry Bueno.

Sentencia del 15 de abril de 2015, radicación 47001, MP.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Consejo de Estado

Sección Primera

Sentencia del 26 de julio de 2012, CP.: Marco Antonio Velilla Moreno.

Sección Tercera

Sentencia del 14 de febrero de 1992, expediente 6477, CP.: Carlos Betancur Jaramillo.

Sentencia del 6 de septiembre de 1993, expediente 7428, CP.: Julio César Uribe Acosta.

Sentencia del 13 de junio de 1997, expediente 12499, CP.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11842, CP.: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente 11413, CP.: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes 13232 y 15646, MP.: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

Sentencia del 15 de agosto de 2007, expediente AG 2003-385, CP.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 20 de febrero de 2008, radicación 16996, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 29 de enero de 2009, expediente 17376, CP.: Ruth Stella Correa Palacio.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 18364, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente 19355, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 26621, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 31252, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 29764, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 44333, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 31172, CP.: Olga Mélida Valle de De la Hoz.

Sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 24078, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 26251, CP.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 28832, CP.: Danilo Rojas Betancourth.

Sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, CP.: Ramiro Pazos Guerrero.

Sentencia del 9 de octubre de 2014, expediente 29033, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Sentencia del 9 de octubre de 2014, expediente 40411, CP.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 18364, CP.: Enrique Gil Botero.

Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 38738, CP.: Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 10 de diciembre de 2014, expediente 40060, CP.: Enrique Gil Botero.

Tribunal Constitucional

Autos

ATC 382/1996 de 18 de diciembre, [RTC 1996, 382].

ATC 43/2014 de 12 de febrero [RTC 2014, 43].

Sentencias

- STC 25/1981 de 14 de julio [RTC 1981, 25].
- STC 38/1981 de 23 de noviembre [RTC 1981, 38].
- STC 55/1983 de 22 de junio, [RTC 1983, 55].
- STC 6/1984 de 24 de enero [RTC 1984, 6].
- STC 47/1985 de 27 de marzo [RTC 1985, 47].
- STC 53/1985 de 11 de abril, [RTC 1985, 53].
- STC 88/1985 de 19 de julio [RTC 1985, 88].
- STC 160/1987 de 27 de octubre [RTC 1987, 160].
- STC 6/1988 de 21 de enero [RTC 1988, 6].
- STC 51/1988 de 22 de marzo [RTC 1988, 51].
- STC 176/1988 de 4 de octubre [RTC 1988, 176].
- STC 129/1989 de 17 de julio, [RTC 1989, 129].
- STC 64/1991 de 22 de marzo [RTC 1991, 64].
- STC 81/1992 de 28 de mayo [RTC 1992, 81].
- STC 99/1994 de 11 de abril [RTC 1994, 99].
- STC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66].
- STC 140/1995 de 28 de septiembre [RTC 1995, 140].
- STC 55/1996 de 28 de marzo [RTC 1996, 55].
- STC 106/1996 de 12 de junio [RTC 1996, 106].
- STC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207].
- STC 90/1997 de 6 de mayo [RTC 1997, 90].
- STC 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37].
- STC 44/1999 de 22 de marzo [RTC 1999, 44].

STC 186/2000 de 10 de julio [RTC 2000, 186].

STC 257/2000 de 30 de octubre [RTC 2000, 257].

STC 80/2001 de 26 de marzo [RTC 2001, 80].

STC 29/2002 de 11 de febrero [RTC 2002, 29].

STC 114/2002 de 20 de mayo [RTC 2002,114].

STC 126/2003 de 30 de junio [RTC 2003, 126].

STC 196/2004 del 15 de noviembre [RTC 2004,196].

STC 216/2005 de 12 de septiembre [RTC 2005,216].

STC 326/2005 de 12 de diciembre [RTC 2005, 326].

STC 41/2006 de 13 de febrero [RTC 2006, 41].

STC 138/2006 de 8 de mayo [RTC 2006, 138].

STC 168/2006 de 5 de junio [RTC 2006, 168].

STC 247/2006 de 24 de julio [RTC 2006, 247].

STC 247/2007, de 12 de diciembre [RTC 2007, 247].

STC 250/2007 de 17 de diciembre [RTC 2007, 250].

STC 75/2010 de 19 de octubre [RTC 2010, 75].

STC 38/2011 de 28 de marzo [RTC 2011, 38].

STC 173/2013 de 10 de octubre [RTC 2013, 173].

STC 8/2015 de 22 de enero [RTC 2015, 8].

Tribunal Supremo

Sala de lo Civil

STS del 6 de diciembre de 1912.

STS del 9 de febrero de 1988 [RJ/1988/771].

STS del 31 de mayo de 2000 [RJ/2000/5089].

STS del 2 de abril de 2004 [RJ/2004/2607].

STS del 14 de julio de 2006 [RJ/2006/4965].

STS del 27 de julio de 2006 [RJ/2006/6548].

STS del 5 de junio de 2013 [RJ 2013, 4971].

Sala de lo Social

STS de 9 de junio de 1993 [RJ 1993, 4553].

STS de 22 de julio de 1996 [RJ 1996, 6381].

STS de 3 de abril de 1997 [RJ 1997, 3047].

STS de 23 de marzo de 2000 [RJ 2000, 3121].

STS de 12 de junio de 2001 [RJ 2001, 5931].

STS de 18 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 8448].

STS de 6 de octubre de 2001 [RJ 2001, 3743].

STS de 29 de junio de 2002, [RJ 2001, 7796].

STS de 1 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3398].

STS de 11 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3401].

STS de 17 de mayo de 2006 [RJ 2004, 7176].

STS de 18 de abril de 2007 [RJ 2007, 3540].

STS de 20 de septiembre de 2007 [RJ 2007, 8304].

STS de 30 de enero de 2008 [RJ 2008, 2777].

STS de 9 de mayo de 2008 [RJ 2008, 4120].

STS de 24 de octubre de 2008 [RJ 2008, 7399].

STS de 6 de abril de 2009 [RJ 2009, 2616].

STS de 20 de septiembre de 2011 [RJ 2011, 7057].

STS de 18 de julio de 2012 [RJ 2012, 9605].

STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013, 3368].

STS de 12 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3650].

STS de 15 de abril de 2013 [RJ 2013, 5129].

STS del 23 de junio de 2014 [RJ 2014, 4761].

STS de 2 de febrero de 2015 [RJ 2015, 762].

STS de 5 de febrero de 2015 [RJ 2015, 895].

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2001 [AS/2002/3252].

STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008 [AS/2008/1124].

STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 [AS/2011/1697].

STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2013 [AS/2014/1255].

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988.

Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia del 21 de julio de 1989.

Caso Godinez Cruz contra Honduras. Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria. Sentencia del 17 de agosto de 1990.

Caso El amparo contra Venezuela. Reparaciones y costas. Sentencia del 14 de septiembre de 1996.

Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998.

Caso Garrido y Baigorria contra Argentina. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998.

Caso Castillo Páez contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. Reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001.

Caso Cantoral Benavides contra Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 3 de diciembre de 2001.

Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Reparaciones y costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002.

Caso 19 comerciantes contra Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2004.

Caso Tibi contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2005.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006.

Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Caso Vargas Areco contra Paraguay. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Caso trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

Caso del Penal Miguel castro contra Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

Caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

Caso González y otras (campo algodonero) contra México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

Caso de la Masacre de las Dos Erres contra Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009.

Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010.

Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

Caso Gelman vs Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011.

Caso Familia Barrios contra Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011.

Opiniones Consultivas

Opinión Consultiva OC-6 del 9 de mayo 1986.

Opinión Consultiva OC-10 del 14 de julio de 1989.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso Golder vs. Reino Unido. Sentencia del 21 de febrero de 1975.

Caso Sindicato nacional de la policía belga contra Bélgica. Sentencia del 27 de octubre de 1975.

Caso Schmidt y Dahlström contra Suecia. Sentencia del 6 de febrero de 1976.

Caso Vogt contra Alemania. Sentencia del 26 de septiembre de 1995.

Caso Siliadin contra Francia. Sentencia del 26 de julio de 2005.

Caso Demir y Baykara contra Turquía. Sentencia del 12 de noviembre de 2008.

Caso Rantsev contra Chipre y Rusia, sentencia del 7 de enero de 2010.