

El principio de proporcionalidad como criterio estructural en el Auto 186 de 2017: Una alternativa al fallo expedido por la Corte Constitucional

Isabel Cristina Franco Ramírez

Tabla de contenido

Introducción	3
I. El principio de proporcionalidad	4
I.1. Juicio de idoneidad.....	6
I.2. Juicio de necesidad.....	7
I.3. Proporcionalidad en sentido estricto	7
I.3.1 Atribución del peso a cada uno de los principios que entran en colisión.....	8
I.3.2 La comparación del peso de los principios y su relación de precedencia	8
I.3.2.3 La formulación de la regla que expresa el resultado de la ponderación....	9
II. Antecedentes sobre los derechos laborales de las Madres Comunitarias	12
III. El Auto-186 de 2017 desde la perspectiva del principio de proporcionalidad 20	
III.1 Juicio de idoneidad.....	22
III.2 Juicio de necesidad.....	23
III.3 Proporcionalidad en sentido estricto	29
III.3.1 Atribución del peso a cada uno de los principios que entran en colisión..	29
III.3.2.2 Con relación al debido proceso	32
III.3.2.3 Seguridad de las premisas empíricas.....	32
III.3.2.4 La formulación de la regla que expresa el resultado de la ponderación	34
Conclusiones	35
Referencias.....	37

Resumen

El principio de proporcionalidad es un elemento fundamental para el modelo de Estado Constitucional de Derecho, toda vez que ofrece un método racional para la protección de los derechos fundamentales a través de parámetros valorativos que permiten la ponderación de postulados constitucionales cuando dos o más principios constitucionales entran en colisión. Las consideraciones que se ofrecen en el presente texto son producto de un análisis entorno a la aplicación del principio de proporcionalidad con respecto al posible modo en que la Corte Constitucional debió resolver el Auto186 de 2017, en relación con el conflicto entre el principio al debido proceso y los derechos laborales de las madres comunitarias.

Palabras claves

Colisión de derechos fundamentales, estado social de derecho, madres comunitarias, principio de proporcionalidad, ponderación.

Abstract

The proportionality principle is a fundamental principal for a social state of law, every time that this disobey the protection of fundamental rights throughout evaluative parameters that allows the weighted of constitutional postulates when two principles entered into collisions. The considerations that this offers on the text are product of a analysis around the application of the proportional principle in regard to the possible way that the constitutional court should have solved on the Auto186 from 2017, in relation with the conflict with the principle of the right process and the occupational rights of community mothers.

Key words

Fundamental rights, social state of law, community mothers, proportional principle, weighting.

Introducción

El reconocimiento de Colombia como un Estado Social de Derecho a través de la Constitución Política de 1991, comprende una serie de garantías efectivas de los principios, derechos y deberes constitucionales como fines esenciales para la nación. Lo anterior, supone una estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de las personas, donde la intervención del Estado debe coincidir con el marco de derechos y libertades constitucionales.

Ello, implica una obligación para que las decisiones tomadas en la esfera de lo público propendan por garantizar un orden socialmente justo, fundado en la protección de la dignidad humana; en esta medida, no es de extrañarnos que el principio de proporcionalidad constituya un instrumento jurídico idóneo que debería aparecer con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de las cortes o tribunales contemporáneos, como canon para salvaguardar los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad se encuentra articulado por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), los cuales determinan las características que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir, ya que este principio se manifiesta en mayor medida en las sentencias de control de constitucionalidad que aluden a los actos de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales.

El concepto de proporcionalidad se convierte en un punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales, cuando dos o más derechos fundamentales entran en colisión, dado que la aplicación de uno implica, ordinariamente, la reducción del campo de ejecución de otro, por lo que “corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”¹.

De acuerdo con lo anterior, la aplicación del principio de proporcionalidad supone una herramienta para la protección de los derechos fundamentales siempre que estos entran en contradicción, tal como sucedió en el Auto-186 de 2017, a través del cual la Corte Constitucional analizó la solicitud de nulidad formulada por el Instituto de Bienestar Familiar contra la Sentencia T-480 de 2016, en la que la Corte reconoció los derechos laborales a 106 Madres Comunitarias.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996.

En esa oportunidad, el derecho al debido proceso entró en tensión con una serie de derechos (igualdad, la dignidad humana, el mínimo vital y al trabajo) que habían sido otorgados a las accionantes que dio lugar a la sentencia T-480 de la Corte Constitucional². Pese a la relevancia de todos los derechos involucrados, el Tribunal Constitucional no realizó un juicio de proporcionalidad en el A-186, lo que implicó que no se presentara un análisis que constatará que la decisión tomada para alcanzar el fin inmediato que era la protección del precedente jurisdiccional a través del debido proceso, resultaba menos lesivo en la restricción de los derechos fundamentales³.

Ahora, vale indicar que las reflexiones que se comparten en esta oportunidad tienen una idea de base, estructurada en gran medida a partir de la propuesta de Robert Alexy, frente al principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Así, lo que aquí se presenta no es más que otra arista del posible modo en que el Alto Tribunal debió resolver el Auto-186 de 2017, cuando el derecho al debido proceso del ICBF y los derechos fundamentales de las Madres Comunitarias colisionaron, y por esa vía el punto a tratar es sobre la operatividad del principio de proporcionalidad, el cual permite un estudio crítico de las decisiones estatales en la esfera de la actuación más adecuada para la conservación o menor limitación de los derechos laborales de las madres comunitarias.

I. El principio de proporcionalidad

La aplicación del principio de proporcionalidad o test de proporcionalidad supone la necesidad de realizar dicho estudio desde una perspectiva conflictivista, la cual alude a la posibilidad de que se presenten conflictos entre los derechos fundamentales, usualmente cuando se está ante los llamados casos difíciles⁴, es decir, cuando las normas constitucionales son estimadas como principios “pues pueden existir argumentos y razones suministradas por otras normas que justifiquen la restricción de la posición jurídica, bien para proteger otros derechos, o para la protección de bienes colectivos”⁵.

² El Auto-186 de 2017 anuló de manera parcial la Sentencia T-480 de 2016 que reconoció los derechos laborales de manera retroactiva de 106 madres comunitarias frente al ICBF.

³ Los cuales constituyen la base del Estado Constitucional, tal como lo afirma Alexy en su libro *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*.

⁴ Se entiende por casos difíciles aquellos en donde las normas que entran en colisión poseen un mismo rango en el ordenamiento jurídico, es decir suponen un mandato constitucional, por lo que “se presenta un conflicto entre argumentos constitucionales”. BERNAL, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2007. P. 149.

⁵ VERGARA MESA, HERNÁN. *Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho*. 2016. P. 327328.

Dicha tesis parte de la idea de Robert Alexy, que señala la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan colisionar, y la forma adecuada para resolver dicha situación es a través del principio de proporcionalidad, que supone la ponderación de aquellos derechos que entran en conflicto para el caso específico⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que:

“El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo”⁷(Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994).

Para ello, el principio de proporcionalidad supone un juicio de ponderación, a través del cual se sopesan los medios utilizados para resguardar los derechos fundamentales y, así mismo, “para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal”⁸.

Es por lo anterior, que cuando los principios entran en colisión se imponen unos límites necesarios a los derechos fundamentales, con el fin de salvaguardar en mayor medida los derechos constitucionales; al respecto, Alexy señala, que: “Estos límites pueden establecerse en definitiva solamente mediante una ponderación

⁶ ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios.2003. P.72.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994. Está fue una de las primeras sentencias en las cuales la Corte Constitucional aplicó el test de proporcionalidad frente a un grupo trabajadores que exigían unos derechos sindicales.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996. En esta sentencia, la Corte afirma que el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso' (sic), es “deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)”.

entre el principio de derecho fundamental afectado en cada caso respectivo y el principio contrario, que justifique imponer la restricción”⁹.

El principio de proporcionalidad tiene una estructura básica en sentido amplio, el cual busca que, a partir de subprincipios, se realice un análisis con mayor profundidad y garantice que la norma que tendrá una validez definitiva con un peso mayor implicará una lesión menor de los derechos fundamentales, por tanto, será necesario que “los sacrificios indispensables se justifiquen, por lo menos con un grado equivalente de satisfacción del principio que en cada caso juegue en sentido contrario”¹⁰.

Los tres criterios que integran el principio de proporcionalidad son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹¹, los cuales serán explicados de manera breve, a continuación.

I.1. Juicio de idoneidad

Al respecto, este juicio alude a “la relación que existe entre la medida administrativa y su finalidad”¹², lo que propiamente refiere a una relación de causalidad entre el medio adoptado y el fin propuesto.

Con este juicio, se busca que las decisiones adoptadas satisfagan el fin amparado, donde la medida aplicada “debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución”¹³. En otras palabras, podemos afirmar que la actuación de la administración es idónea, cuando a través del medio adoptado se da cumplimiento del fin propuesto, es decir cuando “el medio contribuye alcanzar el fin inmediato que se invoca o que se presume”¹⁴.

⁹ ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios.2003. P.38.

¹⁰ ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios.2003. P.77.

¹¹ LÓPEZ HIDALGO, SEBASTIÁN. El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. Estudios de Deusto. Vol 65/1. 2017. P. 195.

¹² VERGARA MESA, HERNÁN. Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho. 2016. P. 403.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C144 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

¹⁴ VERGARA MESA, HERNÁN. Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho. 2016. P. 403.

I.2. Juicio de necesidad

A través del juicio de necesidad se examina la existencia de los medios alternativos al que se ha seleccionado, con el fin de que este no sea gravoso o que de serlo sea menos contraproducente en la limitación de los derechos fundamentales; al respecto Vergara afirma que: “Supone que haya existido por lo menos un medio alternativo del cual se pueda predicar igual idoneidad y menor lesividad que el utilizado”¹⁵.

La Corte Constitucional en Sentencia C144 de 2015, ha afirmado que:

“La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera (sic) en la efectividad del derecho intervenido”¹⁶.

Por tanto, el juicio de necesidad refiere a la posibilidad de lograr la finalidad propuesta a través de medios menos lesivos, es decir “determinar si la restricción que la norma implica para esos intereses jurídicos en discusión resulta equivalente a los beneficios que reporta”¹⁷; en otras palabras, a través del juicio de necesidad, es posible verificar si la medida contemplada no termina afectando de manera desmedida o excesiva los derechos constitucionales; o si era posible aplicar otra disposición que propendiera por salvaguardar en mayor medida los derechos constitucionales.

I.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación supone la atribución de un peso a cada uno de los principios que colisiona, a fin de que se realice una comparación que determine que el grado de no satisfacción o afectación de un principio, corresponde con la mayor necesidad de satisfacción del otro¹⁸; estos límites se pueden establecer “solamente mediante una ponderación entre el

¹⁵ Ibid p.406

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia C-144 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BERNAL, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3.^a edición. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2009. P. 124.

principio del derecho fundamental afectado a cada caso respectivo y el principio contrario, que justifica imponer la restricción”¹⁹.

Al respecto, Vergara ha afirmado que en esta etapa se:

“Intenta resolver la pregunta por la importancia de la realización del fin alegado, con respecto a la intensidad con la que se limitan los derechos constitucionales, partiendo de la base de la existencia de un conflicto normativo entre objetos normativos de rango constitucional, que no permite ser resuelto a través de los criterios tradicionales de aplicación del derecho”²⁰.

Para ello, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se compone de tres momentos a fin de analizar qué principio debe ser salvaguardado y determinar las posibilidades jurídicas de los principios que entran en colisión; esos tres componentes son:

I.3.1 Atribución del peso a cada uno de los principios que entran en colisión

En este momento, se busca otorgar un peso a los principios que colisionan entre sí, para ello se establece el nivel jerárquico de los mandatos constitucionales que se enfrentan y se les otorga un peso material determinado por el nivel de relevancia que tienen en el caso en concreto.

Este criterio de jerarquización es alcanzable a partir de los intereses que jueguen a favor de la realización del principio en cuestión, de su relación estrecha con otros mandatos constitucionales, y de las decisiones que se han derivado en reglas de la ponderación²¹.

I.3.2 La comparación del peso de los principios y su relación de precedencia

¹⁹ ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios.2003. P.39

²⁰ VERGARA MESA, HERNÁN. Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho. 2016. P. 353.

²¹ Cfr. Op. Cit. Pp. 354

Si bien a todos los principios se las ha otorgado el mismo rango constitucional, la valoración del peso abstracto y concreto de cada uno de ellos, conlleva a determinar ciertas variaciones entre la relevancia de estos en el caso particular examinado.

Por tanto, después de un análisis profundo de los pesos respectivos de los principios que han colisionado, se procede a ponderar cada mandato constitucional, con el fin de determinar cuál debe salvaguardarse en mayor medida; al respecto, Alexy afirma que "Cuanto mayor sea el peso del principio afectado por la intervención en el caso concreto (GPI,JC), tanto mayor debe ser el peso que ostente en el caso concreto el principio que justifica la intervención administrativa (GPJ,1C)"²². Por tanto, este subprincipio permite resolver la primacía de un mandato constitucional sobre otro en un caso concreto.

I.3.2.3 La formulación de la regla que expresa el resultado de la ponderación

A partir de los postulados anteriores, se debe resolver la colisión de los principios, al establecer una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionados al caso en concreto, lo que quiere decir que el resultado conlleva a una regla que no es absoluta, sino que será aplicada en las circunstancias motivo de estudio. Frente a ello, Alexy afirma que "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla expresa a la consecuencia jurídica del principio precedente"²³.

Por tanto, y retomando la tesis de Alexy, en este subprincipio se aplica la *ley de la colisión*²⁴, la cual cuenta con la siguiente estructura: P1 y P2 son principios, los cuales, ante una circunstancia C colisionan, y bajo la misma, uno de los principios precede al otro, lo cual deriva en una consecuencia R, en el caso en concreto; en otras palabras:

"Si el principio P1 precede frente al principio P2 bajo las circunstancias C: (P1 **P** P2) C, y si la consecuencia jurídica R se produce a partir de P1 bajo las circunstancias C, entonces adquiere validez una regla en la que C es el supuesto de hecho y R la consecuencia jurídica: C → R"²⁵

²² ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios.2003. P.131.

²³ Cfr. Op.cit.pp359

²⁴ Denominada así por Alexy

²⁵ ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios.2003. P.100

De esta manera, el resultado de la ponderación genera una regla que, ante casos semejantes, es *prima facie* vinculante para la resolución de nuevos casos y permite dirimir un conflicto entre normas constitucionales, salvaguardando en mayor medida los derechos fundamentales.

Expuesto lo anterior, es importante señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no supone la constitución de una inseguridad jurídica, sino que, por el contrario, este test se encarga de materializar esos mandatos de optimización a través del estudio de cada caso en concreto, lo cual “permite a su vez, que no se definan previamente o prejuzgue eventuales casos futuros, en los cuales aparentemente puedan estar inmersos los mismos hechos, sino que se atiende de manera muy puntual y concreta a las circunstancias de modo, tiempo y lugar”²⁶, con el fin de propugnar por la protección de los mandatos constitucionales inherentes al hombre.

Razón por la cual, la aplicación del principio de proporcionalidad ha sido adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por el Estado colombiano; en el primer caso, la CIDH, ha referido al compromiso de las naciones por salvaguardar los derechos fundamentales, asumiendo que la restricción y violación de estos supondría ir en contravía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷; Sin embargo, la CIDH, también reconoce la “dificultad en la satisfacción simultánea de los derechos fundamentales o cuando esa satisfacción resulta incompatible con otros bienes protegidos por la constitución”²⁸, por lo cual ella misma ha aplicado el test de proporcionalidad, como lo hizo en la Sentencia del caso Kimel vs Argentina, En donde afirmó que:

“[...] La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, **la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad**. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”²⁹ (subrayado fuera del texto) (Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia 2 de mayo de 2008).

²⁶ ARMENTA, ANGÉLICA. El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional Colombiana [en línea]. En: Verba Luris [Consultado: 26 de abril de 2020]. Disponible en internet: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663> CUÁL ES EL AÑO

²⁷ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

²⁸ VERGARA MESA, HERNÁN. Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho. 2016. P. 321.

²⁹ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia 2 de mayo de 2008.

Resulta relevante que la Corte Interamericana recurra al juicio de ponderación para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, ya que vislumbra la importancia de aplicar dicho test en el ámbito de un sistema normativo complejo en el que concurren principios y reglas como el nuestro, dado que a partir de ello se conserva la plena vigencia de los derechos en el sistema, incluso cuando se hace la restricción de alguno de ellos.

En tal sentido, la aplicación de dicho principio por la CIDH permite comprender que los Estados pueden adoptar este lineamiento para evitar “soluciones que priven de eficacia a los derechos, ya sea mediante la jerarquización artificial de los mismos o mediante medidas que anulen la vigencia de un derecho en beneficio de otro”³⁰.

Colombia ha seguido los pasos de los tribunales alemanes y la CIDH al adoptar la aplicación del principio de proporcionalidad en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, como la T-22 de 1992³¹, C-118 de 1996³², C-070 de 1996³³ y la C-227 de 2004³⁴, entre otras.

Para ello la Corte Constitucional retoma los postulados del principio de proporcionalidad afirmando que: “el análisis de constitucionalidad de la medida se realiza aplicando un juicio de igualdad estricto, el fin de la disposición, además de ser legítimo e importante, debe ser imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, no puede ser remplazado por un medio alternativo más lesivo”³⁵.

³⁰ SARMIENTO, CLAUDIA & NASH, CLAUDIO. Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea]. En: Anuario de Derechos Humanos N.4. 2008 [Consultado: 24 de octubre de 2018]. Disponible en internet: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13509>.

³¹ En esta Sentencia, la Corte Constitucional analiza la violación al derecho de igualdad en relación con los requisitos para los nombramientos de servidores públicos. Con base en ello argumenta que solo es posible que haya una discriminación o vulneración de un derecho constitucional siempre y cuando sea justificable.

³² La Corte Constitucional en esta Sentencia, señala que el principio de proporcionalidad es un “principio para la delimitación y concretización del derecho Constitucional”.

³³ En esta Sentencia la Corte Constitucional afirma que sólo la protección de bienes jurídicos amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, que tienen una protección ordenada por la Constitución, la restricción de esos derechos se determina a través del principio de proporcionalidad.

³⁴ En ella se afirma que debe utilizarse un juicio de proporcionalidad en sentido estricto cuando aparece prima facie que una medida diferenciadora afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2004.

Lo anterior permite entender que el Tribunal Constitucional estudia las razones que “juegan a favor y en contra de la adscripción definitiva a un derecho fundamental de una norma con validez prima facie; en este paso, el Tribunal examina (sic) las razones que juegan en contra son capaces de vencer a aquéllas que juegan a favor”³⁶.

Por tanto, el principio de proporcionalidad atiende a unas circunstancias en concreto, para lo cual realiza una evaluación profundizada donde relaciona los fines perseguidos y los medios utilizados para obtenerlos; la implementación de este principio no es nuevo para el Estado Colombiano, ni supone una transgresión a los derechos fundamentales; por el contrario, es un medio que ha sido utilizado por organismos internacionales para salvaguardar en mayor medida los derechos inalienables del hombre, por lo que su aplicación resulta fundamental para la resolución de problemas jurídicos que supongan una colisión de principios constitucionales.

El principio de proporcionalidad así comentado es una herramienta útil para evaluar el caso de las madres comunitarias, a propósito de lo acontecido en las sentencias T480 y en el Auto186 de la Corte Constitucional, cómo se verá a continuación.

II. Antecedentes sobre los derechos laborales de las Madres Comunitarias

Con la Ley 89 de 1988 se instauraron los Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB), los cuales se constituyeron a través de becas otorgadas por el Instituto de Bienestar Familiar (en adelante ICBF)³⁷. En relación con lo anterior, la Junta Directiva del ICBF expidió el Acuerdo 21 de 1989, que determina en su artículo 11 que: “Cada Hogar Comunitario de Bienestar funcionará bajo el cuidado de una madre comunitaria”³⁸; de esta manera se vincula a las madres comunitarias en los HCB. El referido Acuerdo en su artículo 4 estipula una retribución económica, que constituía un aporte inferior al salario mínimo, otorgado por el ICBF a las madres comunitarias en razón de su labor.

Es menester señalar, que el funcionamiento y desarrollo de los HCB debía ser ejecutado por las familias de los niños, es decir, estas tenían que constituirse como asociaciones de padres y luego de tramitar su personería jurídica, el ICBF celebraba

³⁶ BERNAL, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3.^a edición. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2007. P. 570.

³⁷ Tal como se establece en el parágrafo 2 del artículo 10 de la Ley 89 de 1988 expedida por el ICBF.

³⁸ Acuerdo 21 de 1989.

contratos de aportes para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional³⁹, con el fin de eliminar cualquier relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias⁴⁰.

A raíz de lo anterior se expidió el Acuerdo 21 de 1996; el artículo 50 señala que las madres comunitarias serán responsables de su vinculación y permanencia en el sistema de seguridad social integral⁴¹.

Las normas anteriores negaron cualquier relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, máxime cuando en Sentencia T-269 de 1995 de la Corte Constitucional se determinó que la relación entre estos era simplemente una relación contractual de orden civil, lo que implicaba que no existía una relación laboral entre el primero y las segundas.

Durante ese mismo año, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó al Estado colombiano regularizar la situación laboral de estas mujeres, dado que consideraba que existía una clara vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales, aduciendo que las madres comunitarias proveían el cuidado de 1.3 millones de niños para la época y no eran reconocidas como trabajadoras y mucho menos recibían un salario mínimo⁴².

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional en diversos fallos, como la Sentencia C-1516 de 2000, la C-1552 de 2000, el fallo de unificación SU-224 de 1998, entre otros, determinó que cualquier clase de vínculo laboral entre estas ciudadanas con el ICBF era de carácter civil, desconociendo las citadas recomendaciones, y con ello también el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derecho Humanos, "Protocolo de San Salvador"⁴³.

A partir de lo anterior, se suscitó una discusión por más de dos décadas frente a la existencia de un régimen especial de carácter contractual de origen conmutativo civil entre las madres comunitarias y el ICBF, cuestión que conllevó a que, en 2012,

³⁹ Artículo segundo del Acuerdo 21 de 1996.

⁴⁰ Tal como se señaló en el artículo 40 del Decreto 1340 de 1995, donde se estableció que las madres comunitarias prestaban una contribución voluntaria.

⁴¹ Literal J del artículo 50 del Acuerdo 21 de 1996 expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

⁴² CASTRO BUITRAGO, ERIKA. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: El caso de las madres comunitarias. Revista Estudios SocioJurídicos, 2002. p. 187.

⁴³ Adoptado en San Salvador, Salvador el 17 de noviembre de 1988. El cual busca el respeto por los derechos esenciales del hombre a través de los Estados.

con la Sentencia T-628 de 2012 ⁴⁴, se abriera la posibilidad de que su situación laboral se transformara de voluntaria a una modalidad de vinculación⁴⁵.

Pese a ello, se conservó la tesis de que las Madres Comunitarias en ninguna circunstancia han gozado u ostentan la calidad de funcionarias públicas y los servicios que se prestan a través de las entidades del programa no tienen una solidaridad patronal con el ICBF; en otras palabras, a partir del 1 de febrero de 2014⁴⁶ son reconocidas como trabajadoras a través de terceros; antes ostentaban la calidad de voluntarias con el ICBF, pese a que han realizado las mismas funciones aún antes del reconocimiento de sus derechos laborales.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-480 de 2016, determinó que hubo una vulneración sistemática de los derechos laborales de las 106 Madres Comunitarias accionantes, al omitir el pago de las prestaciones sociales antes del 2014, como una obligación inherente a la relación laboral que se constató entre el ICBF y las Madres Comunitarias Involucradas. De manera expresa la Sentencia T-480 resolvió:

“

- (i) Declarar la existencia de contrato realidad entre el ICBF y las 106 accionantes.
- (ii) Ordenar al ICBF adelantar el respectivo trámite administrativo para que reconozca y pague a favor de cada una de las demandantes los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir durante un tiempo determinado, en cuanto no estuvieren prescritos.
- (iii) Ordenar al ICBF adelantar el correspondiente trámite administrativo para que reconozca y pague a nombre de cada una de las accionantes los aportes pensionales causados y dejados de pagar en un lapso específico.
- (iv) Exhortar al ICBF promover e implementar medidas idóneas y eficientes, con las cuales se obtenga, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación

⁴⁴ Se reconoce que las Madres Comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre trabajadoras subordinadas e independientes.

⁴⁵ Como se puede vislumbrar en la Ley 1607 de 2012, en el Decreto 289 de 2014 y en el Decreto 1072 de 2015 que en su artículo 2.2.1.6.52 ordenó la vinculación de las madres comunitarias de manera laboral, mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del programa HCB, por lo que cuentan con todas las garantías consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo.

⁴⁶ Si bien la Sentencia T-628 es del año 2012, el reconocimiento de los derechos laborales de las madres comunitarias se hace a partir del 2014, dado que el párrafo 2 del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, determinó que: (...) La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias se hará a partir de la vigencia 2014. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa. Las madres sustitutas recibirán una bonificación equivalente al salario mínimo del 2014, proporcional al número de días activos y nivel de ocupación del hogar sustituto durante el mes.

como garantías de las personas que desempeñaron la labor de madre o padre comunitario durante un tiempo determinado.

- (v) Remitir copia de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que brinden la asesoría jurídica y el acompañamiento legal adecuado que llegaren a requerir las demandantes, para el cumplimiento de ese fallo, a efecto de materializar la eficacia de los derechos fundamentales ⁴⁷ (Corte Constitucional, Sentencia T-480 de 2016).

Pese a lo anterior, mediante el Auto-186 de 2017, la Corte Constitucional anuló de manera parcial la Sentencia T-480 de 2016, al considerar que el tribunal de revisión de la Corte Constitucional había transgredido el debido proceso, ya que modificó una posición jurisprudencial sin que este Alto Tribunal se encontrara en pleno.

Si bien el A-186 determinó que el ICBF no tenía el deber de reconocer las obligaciones laborales con las madres comunitarias de manera retroactiva, el Fondo de Solidaridad sí tenía la obligación de pagar el subsidio pensional completo a las accionantes, ya que era preciso mantener el amparo de los derechos de las madres comunitarias, con el propósito de permitirles acceder a una pensión⁴⁸.

Así mismo, mediante Auto-217 de 2018, la Corte Constitucional deja sin efectos el A-186, bajo el argumento de que se vulneró el debido proceso por no integrar a todas las partes, ello implicó que el Alto Tribunal determinara que el Fondo de Solidaridad (Ahora Consorcio Colombia Mayor 2013) no debía asumir los derechos pensionales de las madres comunitarias, hasta que fuera integrado de manera adecuada y se respetara el debido proceso. Hasta el momento, se espera un nuevo fallo de la Corte Constitucional, que determine si se deberá reconocer o no los retroactivos pensionales de las 106 Madres Comunitarias.

Con el fin de presentar de una manera clara el régimen jurídico que cobija a las madres comunitarias en el reconocimiento de sus derechos laborales, a continuación, se presenta un resumen de las disposiciones normativas mencionadas previamente y otras que han abordado de manera cronológica la relación del Estado y las madres comunitarias.

Ley 089 de 1988	Instauró los Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB)
-----------------	--

⁴⁷ Sentencia T-480 de 2016

⁴⁸ La anulación parcial de la Sentencia T-480 de 2016, conllevó a que la Sentencia SU-079 de 2018, no tuviera en cuenta el reconocimiento laboral realizado por la Corte frente al ICBF y las madres comunitarias, por lo que se determinó que nunca existió tal relación laboral.

Parágrafo 2 art 10 de la Ley 089 de 1988	Los HCB “son aquellos que se constituyen a través de becas por el ICBF”
Ley 089 de 1988	<p>Su funcionamiento y desarrollo será ejecutado por las familias de los niños que se constituyen como asociaciones de padres.</p> <p>Cuando se tramita su personería jurídica el ICBF celebra contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional.</p>
Artículo 40 Decreto 1340 de 1995	El servicio que prestan las madres comunitarias es una contribución voluntaria.
Sentencia T-995-269 de 1995	Inexistencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF.
Artículo 5 Acuerdo 021 de 1996	El servicio se presta en horarios definidos por la comunidad, en jornadas no inferiores a cuatro horas y hasta ocho horas diarias.
Literal J art 50 Acuerdo 21 de 1996	Las madres comunitarias serán responsables de su vinculación y permanencia en el sistema de seguridad social integral.
Literal I artículo 13 de la Ley 100 de 1993	Existirá un Fondo de Solidaridad Pensional destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social. Ingresan en ese grupo las madres comunitarias.
Parágrafo del artículo 28 de la Ley 100 de 1993	El subsidio que se otorgue a las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar será mínimo el 50% de la

	cotización establecida en la presente Ley.
Artículo 6 Ley 509 de 1999	El monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la Madre Comunitaria ejerza esta actividad.
Sentencia SU-224 de 1998	Se declara la inexistencia de una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, la única relación existente es de carácter civil.
Artículo 2 de la Ley 1187 de 2008	El fondo de solidaridad pensional subsidiará los aportes del régimen general de pensiones de las madres comunitarias, cualquiera que sea su edad y tiempo de servicio.
Ley 1450 de 2011	Se otorgarán beneficios económicos (menos de un salario mínimo) para las madres que no alcanzaron condiciones para pensionarse.
Artículo 36 de la Ley 1607 de 2012	Se determina que, durante el 2013, se les otorgará a las Madres Comunitarias y Sustitutas una beca equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Sin que ello implique que tendrán la categoría de funcionarias públicas. Se estableció que la vigencia sería en 2014, durante ese año se debía formalizar laboralmente todas las madres comunitarias.
Sentencia C-465 de 2014	Declara exequible el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012.
Sentencia T-628 de 2012	Se afirma que hay un régimen jurídico intermedio entre trabajadoras subordinadas e independientes. se ordena al ICBF por primera vez el pago de un salario mínimo.

	<u>SE ORDENA QUE SE REGULE LA SITUACIÓN LABORAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS.</u>
Decreto 289 de 2014	Reglamentación laboral de las madres comunitarias con las entidades del HCB; contarán con todos los derechos del Código Sustantivo del Trabajo. El ICBF, sigue sin ostentar la calidad de empleador.
Artículo 40 del Decreto 289 de 2014	La relación laboral será únicamente con los HCB, el ICBF no será considerado en ningún momento empleador de las madres comunitarias.
Sección 5 del Decreto 1072 de 2015	Vinculación laboral de las madres comunitarias con los HCB, sin solidaridad con el ICBF.
Artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto 1072 de 2015	Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.
Sentencia T -480 de 2016	Determina que hubo un contrato realidad de trabajo. Se reconoce que hubo una vulneración sistemática de los derechos laborales de las 106 Madres Comunitarias accionantes, al omitir el pago de las prestaciones sociales antes del 2014, como una obligación inherente a la relación laboral que se constató entre el ICBF y las Madres Comunitarias Involucradas. Se ordena al ICBF el pago de los salarios, aportes pensionales y prestaciones dejados de percibir por las madres comunitarias.
Auto 186 de 2017	Se declaró la nulidad parcial de la sentencia T-480, al considerar que se estructuró la causal denominada

	<p>cambio de jurisprudencia, es decir, se afirma que se vulneró el debido proceso.</p> <p>Transgresión del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que todo cambio en la jurisprudencia corresponde a la Sala Plena, por consiguiente, las Salas de Revisión no tienen la facultad de modificar una posición jurisprudencial que ha sido definida por el pleno, como se había determinado en la Sentencia SU-224 de 1998 sobre la relación entre las madres comunitarias y el ICBF.</p> <p>Se desconoce que hubo una relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, pero se ordena al Consorcio Colombia Mayor 2013 pagar el subsidio pensional completo a las accionantes.</p> <p>Se establece un régimen especial, donde las madres comunitarias sin estar afiliadas al FSP, se les financiarán las cotizaciones en pensión, por el solo hecho de ostentar aquella calidad, sin ni siquiera verificar que cumplan con los requisitos establecidos para ingresar a dicho Fondo.</p>
Auto 217 de 2018	<p>La Corte declaró la nulidad parcial del Auto 186, toda vez que se desconoció el derecho al debido proceso pues “debió vincularse al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo, dado que lo ordenado al Fondo de Solidaridad Pensional en el Auto 186 de 2017 desbordó el deber legal que le ha sido impuesto al referido Fondo, en relación con el valor a asumir como subsidio de los aportes al régimen general de pensiones de las 106 madres comunitarias, al haberse determinado que el mismo equivaldría al 100% del total de la cotización para</p>

	<p>pensión y no al 80% como lo establecen las Leyes 509 de 1999 y 1187 de 2008.</p> <p>Se pide que se integre al proceso al Consorcio Colombia Mayor 2013 y al Ministerio del Trabajo, para un nuevo fallo que determine si se deben o no reconocer los derechos pensionales de esas 106 madres comunitarias.</p> <p>Hasta el momento no se ha presentado un nuevo fallo sobre el tema en cuestión.</p>
SU-079 de 2018	<p>Se determina que la Sentencia T-480 no es vinculante, se realiza un análisis de los precedentes constitucionales y se determina que no hubo relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF.</p> <p>Afirma que la única relación laboral existente es la de las madres comunitarias y los HCB, a partir del 2014.</p>

III. El Auto-186 de 2017 desde la perspectiva del principio de proporcionalidad

El Auto 186 de 2017 causa una colisión de principios fundamentales, entre el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional (C.N) y el derecho fundamental al trabajo estipulado en el artículo 25 de la CN, debido a que ambas normas poseen un mismo rango constitucional y determinan sentidos diferentes de decisión. Esta cuestión por analizar supone un típico caso difícil⁴⁹.

El derecho al trabajo ha gozado durante las últimas décadas de una protección especial, ya que este se entrelaza con una serie de principios constitucionales⁵⁰ que se encuentran en el marco de la dignidad humana y de la aplicación del principio

⁴⁹ Por lo tanto, el principio de proporcionalidad resulta el medio más adecuado para determinar cuál derecho debe limitarse, entendiendo que ambos son esenciales para el ordenamiento jurídico.

⁵⁰ Como la dignidad humana, la seguridad social, la igualdad, la no discriminación, entre otros. Todos ellos revisten un carácter constitucional.

pro homine; su protección se encuentra estipulada en el artículo 53 de la C.N y tiene relación directa con el cumplimiento de los tratados internacionales.

Ahora bien, el derecho al trabajo no se circunscribe exclusivamente al derecho de acceder a un empleo; esta situación es mucho más amplia, dado que es “la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada”⁵¹. El Estado tiene la obligación de garantizar la efectiva ejecución de este principio constitucional.

Si bien nuestro ordenamiento constitucional le ha otorgado protección a este derecho fundamental, también ha sido contemplado por La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵²; el artículo 23 alude a la importancia de reconocer el derecho al trabajo como un principio que salvaguarda las oportunidades de un trabajo fructífero, remunerado y que permita vivir con dignidad⁵³.

Así mismo, la Corte en Sentencia C-593 de 2014 afirmó que: “la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio”⁵⁴.

Lo anterior permite comprender que el derecho al trabajo se encuentra entrelazado a otros principios altamente relevantes como la universalidad⁵⁵, el mínimo vital y la

⁵¹ Sentencia C-593 de 2014.

⁵² La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

⁵³ OIT. Conocer los derechos fundamentales. [en línea]. S.F [consultado el 25 de octubre de 2018]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/americas/rolima/srosan_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf.

⁵⁴ Sentencia C-593 de 2014.

⁵⁵ Este principio ha sido definido por la Comisión Estatal De Derecho Humanos de Jalisco, como aquel que: “(...) deviene del reconocimiento de la dignidad que tienen todos los miembros de la raza humana sin distinción de nacionalidad, credo, edad, sexo, preferencias o cualquier otra, por lo que los derechos humanos se consideran prerrogativas que le corresponden a toda persona por el simple hecho de serlo”. Comisión Estatal De Derecho Humanos Jalisco [en línea]. S.F [consultado el 13 de agosto de 2020]. Disponible en: http://cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp#:~:text=El%20principio%20de%20universalidad%20deviene,por%20el%20simple%20hecho%20de

igualdad, todos ellos sobre la base del respeto de la dignidad humana; lo anterior supone un valor fundamental en un Estado Social de Derecho como el colombiano.

En relación con el debido proceso, la Corte ha determinado que desviarse del precedente constitucional es una vulneración directa a este principio “el desconocimiento del precedente constitucional, independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, conlleva a la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso”⁵⁶.

Este principio se encuentra salvaguardado por la Convención Americana de Derechos Humanos, “en su texto se recoge la experiencia de las cartas predecesoras, y en sus arts. 8 y 25 se conjugan los principios fundamentales de lo que hoy entendemos por debido proceso legal”⁵⁷.

A través del debido proceso se busca la seguridad en el ordenamiento constitucional y la igualdad, ya que este principio jurídico establece ciertas garantías mínimas que deben ser respetadas, en aras de que no recaigan obligaciones desproporcionales.

Las anteriores líneas permiten vislumbrar la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad para el caso concreto, dado que los derechos que colisionaron tienen una protección en el ordenamiento jurídico interno e instancias internacionales, razón por la cual a continuación se realizará un análisis desde ese postulado a fin de determinar cuál era el derecho fundamental que debía salvaguardarse en la mayor medida posible.

III.1 Juicio de idoneidad

¿Qué relación existe entre una medida judicial de nulidad, como la adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia T-480 de 2016 y la seguridad jurídica que se manifiesta a través del derecho del debido proceso?

⁵⁶ Sentencia T-018 del 2018.

⁵⁷ FERRER, FRANCISCO. El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos [en línea]. S.F. [Consultado: 25 de octubre de 2018]. Disponible en internet: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub14/Revista_Juridica_Ano14N1_06.pdf

Se entiende por nulidad aquella sanción que es aplicada a todos los actos que la ley ha prohibido; con esta medida se busca dejar sin efectos dichas acciones⁵⁸; en el presente caso, se declaró la nulidad parcial de la Sentencia T-480 por la transgresión del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que todo cambio en la jurisprudencia corresponde a la Sala Plena, por consiguiente las Salas de Revisión no tienen la facultad de modificar una posición jurisprudencial que ha sido definida por el pleno de la Corte Constitucional, dado que resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, el cual tiene su origen en el principio *stare decisis* o *estar a lo decidido* “el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares”⁵⁹.

Conforme a lo anterior y al artículo 6 del Código Civil, la nulidad es una sanción aplicable en los casos en que se vulneran normas legales; la implementación de este mecanismo por la Corte Constitucional buscaba salvaguardar una norma vigente del ordenamiento jurídico, que a fin de cuentas se reviste de un carácter constitucional por su estrecha relación con el principio del debido proceso.

Por tanto, es posible afirmar que la nulidad ordenada se constituye como una acción *prima facie* adecuada para la realización del fin inmediato, que es la seguridad jurídica y para asegurar el respeto al debido proceso.

III.2 Juicio de necesidad

Si bien la nulidad para el presente caso constituyó una medida adecuada, dado que el medio y la finalidad determinada tenían congruencia, en este punto es necesario cuestionarnos acerca de si ¿Esta intervención resultó ser la menos dañina para otros derechos fundamentales allí implicados, como los derechos laborales de las madres comunitarias?

Tal y como se afirmó en líneas anteriores, el Tribunal Constitucional determinó que existía un desconocimiento del precedente jurisdiccional acerca de la relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, por lo que la Sentencia T-480

⁵⁸ Según Véscovi, “La nulidad es una sanción que tiende a privar de efectos (eficacia) a un acto (o negocio jurídico) en cuya ejecución no se han guardado las formas”. Véscovi Enrique, Los Recursos Jurídicos y demás Medios Impugnativos. Citado por: ABAD, ANTHONY. La Nulidad de la Sentencia Ejecutada y la Seguridad Jurídica [en línea]. [Consultado: 26 de octubre de 2018]. Disponible en internet: <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/909/1/TUAYGMDPCIV00322015.pdf>

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-354 de 2017.

desatendió la *ratio decidendi* de la providencia SU-224 de 1998 y de los demás fallos constitucionales⁶⁰ que habían dado claridad acerca del problema jurídico.

La Corte adujo que se había desatendido al juez natural y competente⁶¹, ya que los cambios en la jurisprudencia provinieron de una sala y no de la Corte en Pleno; el Tribunal afirmó que:

“La causal de nulidad por cambio de precedente, se configura cuando los fallos de las Salas de Revisión desconocen la *ratio decidendi* de sentencias de unificación o de constitucionalidad, en atención a que éstas son las únicas providencias proferidas por la Sala Plena”⁶² (Corte Constitucional, Sentencia T-480).

Si bien dicha nulidad fue parcial y el derecho pensional fue reconocido a las accionantes, lo cierto es que se afectaron otros derechos fundamentales, como el principio constitucional al trabajo, el derecho a la igualdad, el mínimo vital, sobre la base del respeto de la dignidad humana, salvaguardados por normas y tratados internacionales suscritos por la nación como los de la OIT⁶³; por lo que la medida tomada por la Corte Constitucional pretendió proteger⁶⁴ un porcentaje de la Sentencia T-480, y no otros derechos constitucionales igualmente importantes.

Debe hacerse la salvedad de que el precedente constitucional en este caso corresponde a una categoría horizontal, la cual claramente contiene una fuerza vinculante⁶⁵, por lo que la nulidad parece ser la única alternativa cuando se transgrede un derecho constitucional tan importante como lo es el debido proceso⁶⁶;

⁶⁰ Como las Sentencias: T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, C-1516 de 2000, C-1552 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001, T-1029 de 2001, T-628 de 2012, T-478 de 2013, T-130 de 2015 y T-508 de 2015, que habían abordado la relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF.

⁶¹ Tal como lo estipula el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991.

⁶² Auto 186 de 2017.

⁶³ Ejemplo de ello los Convenios 26,52 y 111 de la OIT.

⁶⁴ La Corte Constitucional en Sentencia SU-113 de 2018, expuso que existen dos tipos de precedentes constitucionales “La jurisprudencia constitucional ha diferenciado, según su origen, dos clases de precedente: el horizontal y el vertical. Respecto al primero, se ha dicho que comprende “aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial”; mientras que el segundo, “se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional”.

⁶⁵ Sentencia SU-354 de 2017, según esta sentencia el precedente jurisdiccional “tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución”.

⁶⁶ El cual determinó que había una vulneración a este derecho constitucional con base en el desconocimiento del precedente constitucional, tal como lo afirma el Auto: “Con base en lo evidenciado, la Sala Plena observa que la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional sí vulneró el derecho al debido proceso al proferir la providencia T-480 de 2016, toda vez que

los anterior, tal como se observó en el A-186, el cual determinó que había una transgresión a este derecho fundamental con base en el desconocimiento del precedente constitucional. En este se afirmó que:

“Con base en lo evidenciado, la Sala Plena observa que la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional sí vulneró el derecho al debido proceso al proferir la providencia T-480 de 2016, toda vez que desconoció la sentencia SU-224 de 1998, en relación con la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”⁶⁷.

En tal sentido ¿Era posible encontrar otras decisiones que salvaguardaran en mejor medida los derechos otorgados por la Sentencia T-480 a las madres comunitarias?

Si bien los Tribunales y las Altas Cortes deben propender por la implementación del precedente jurisdiccional, para que los fallos expedidos por estas instituciones protejan los derechos a la seguridad jurídica y la igualdad, tal regla supone una excepción: “y se basa, precisamente, en aquellos momentos en que el funcionario desee apartarse del precedente establecido, sustentando y motivando las razones por las que omitió su aplicación”⁶⁸; al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-621 de 2015 afirmó que:

“Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, **adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga**” (Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015) (Subrayado fuera del texto).

desconoció la sentencia SU-224 de 1998, en relación con la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”

⁶⁷ Auto 186 de 2017.

⁶⁸ Ibid.

Por tanto, en sede judicial se deben exponer de forma explícita⁶⁹ las razones por las cuales los funcionarios judiciales se apartan del precedente constitucional establecido, con el objetivo de garantizar que “las decisiones de los jueces de la República no sean arbitrarios y/o caprichosos (sic)”⁷⁰, así mismo para no vulnerar el derecho fundamental a la igualdad.

Lo anterior es importante, dado que la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, que falló la Sentencia T-480 de 2016, pudo apartarse del precedente judicial exponiendo las razones por las cuales no acató lo determinado en la Sentencia SU-224 de 1998, razón por la cual no se hubiese configurado la violación al debido proceso; sin embargo, al no exponerse en la Sentencia las razones explícitas por las cuales la decisión de la Sala contrariaba lo determinado por la Sala en Pleno, no fue posible que se configurara la excepción del no acatamiento al precedente judicial.

Ahora bien, la nulidad que se reclamaba, con fundamento en el desconocimiento del precedente jurisdiccional, pudo no haberse centrado en la generalidad de la situación, y establecer detenidamente si se configuraron los elementos probatorios para una decisión de fondo, que negara o no la existencia de un contrato realidad.

Lo anterior, por razón de que en la Sentencia SU-224 de 1998, no se estudió a profundidad la realidad de las condiciones en que eran prestados los servicios personales por las madres comunitarias, tal como puede observarse en la crítica que realizó el exmagistrado Carlos Gaviria en su salvamento de voto:

“A nuestro juicio, la Corte se limita a afirmar el carácter contractual de la relación, sin sustentarlo a la luz de los principios constitucionales, en especial los contemplados en el artículo 53 de la Carta, y desconociendo lamentablemente la

⁶⁹ Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-113 de 2018 advirtió que “el juez debe cumplir dos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. El primero, refiere al requisito de transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente (sic), dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’”[34]. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”[35], es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social”.

⁷⁰ Ibid.

realidad de las condiciones en que se prestan los servicios personales por las madres comunitarias”⁷¹ (Corte Constitucional Sentencia SU-224 de 1998).

Por tanto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-224 de 1998 determinó que el vínculo establecido entre el ICBF y las madres comunitarias era de orden contractual, de origen civil, consensual y oneroso, sin tener en cuenta los principios constitucionales determinados en el artículo 53 de la C.N.

De esta manera, el principio de primacía de la realidad sobre las formas es un asunto complejo que nunca fue abordado a profundidad en la Sentencia SU-224, máxime porque en el salvamento de voto del exmagistrado Carlos Gaviria quedó sentado que la Sala en Pleno determinó la inexistencia de una relación laboral con fundamento en una norma vigente en ese entonces, y no en un estudio pormenorizado que diera cuenta de si se constituyeron o no los supuestos facticos para la existencia de una relación laboral.

Ahora bien, la Sentencia T-480 de 2016 citó múltiples fallos en los cuales no se había estudiado a fondo la prevalencia de una realidad sobre las formas en el caso de las madres comunitarias; entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional, los Magistrados transcribieron el salvamento de voto del exmagistrado Carlos Gaviria en la Sentencia SU-224 de 1998.

Es por lo anterior, que la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional realizó un análisis de los elementos de la relación laboral allí configurados:

“(i) la actividad personal del trabajador; (ii) un salario como retribución del servicio; y (iii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador”⁷². Todo esto, con la observancia y adecuada aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, como garantía en la protección efectiva de los derechos laborales que reclaman las 106 accionantes, ante el presunto desconocimiento sistemático de esos derechos por parte del ICBF, entidad que, según ellas, supuestamente ha implementado estrategias jurídicas encaminadas a ocultar un contrato de trabajo real y así evadir las verdaderas obligaciones que emanan del mismo”⁷³ (Subrayado fuera del texto) (Sentencia T-480 de 2016).

⁷¹ Sentencia SU-224 de 1998.

⁷² Elementos esenciales del contrato de trabajo

⁷³ Sentencia T-480 de 2016

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en el Auto-186 pudo estudiar la realidad sobre las formas de la labor que desempeñaban las madres comunitarias, toda vez que no existe un precedente consolidado que dé cuenta que no se configuraron los elementos determinantes para declarar un contrato de trabajo encubierto por aquellos que ostentan la calidad de empleadores, en este caso, el ICBF.

Tal como lo afirma el Magistrado Alberto Rojas Ríos en su salvamento de voto del Auto 186:

“La sentencia T-480 de 2016 no incurrió en vulneración del precedente de la Sala Plena SU-224 de 1998 y tampoco desconoció la jurisprudencia en vigor señalada en el Auto 186 de 2017. Para declarar su nulidad parcial, la mayoría del Pleno invocó “numerosos precedentes” que negaban la existencia del contrato realidad, especialmente el supuestamente contenido en la sentencia SU-224 de 1998, cuya lectura textual deja claro, que allí no se realizó el estudio puntual del principio de primacía de la realidad sobre las formas, lo cual la hubiera erigido en precedente. Ello es un tecnicismo instrumental para negar la protección de los derechos fundamentales cuya tutela se implora” (Corte Constitucional, Auto 186 de 2017).

De esta manera, el estudio de los elementos facticos de un contrato laboral hubiese sido determinante para el reconocimiento o no de los derechos laborales de las madres comunitarias, ya que se resolvió la nulidad con fundamento en la vulneración del precedente constitucional; sin embargo, antes de la sentencia T-480, no se había realizado un estudio de la sala en pleno que determinara la naturaleza de la relación jurídica a partir del principio de primacía de la realidad; ni siquiera se hizo en la Sentencia SU-224, que fue el sustento jurídico para declarar la nulidad parcial de los derechos reconocidos previamente a las madres comunitarias. En el supuesto de que la Corte, en el Auto 186, hubiese realizado ese estudio, no habría lugar a determinar que se vulneró el precedente constitucional⁷⁴.

El estudio del caso desde el principio de la primacía de la realidad sobre las formas podría haber permitido concluir que las madres comunitarias:

- (i) Siempre cumplieron sus funciones bajo las directrices del ICBF, y estaban desarrollando una tarea a cargo del Estado.

⁷⁴ Ya que nunca existió un precedente constitucional de la sala en pleno que determinara el cumplimiento de los requisitos para la existencia de un contrato laboral, como lo son: la actividad personal, la subordinación y la retribución por el servicio prestado, tal como lo consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

- (ii) Recibieron una suma económica periódica⁷⁵
- (iii) Se retribuía su labor en el cuidado de la integridad de los niños y niñas más vulnerables del país.

Así mismo, la Corte Constitucional pudo haber cerrado los efectos de los derechos reconocidos por la Sentencia T-480, a través de una sentencia *inter partes*, mientras la Sala en Pleno estudiaba a profundidad la existencia de un contrato realidad. Este era, también, un mecanismo menos dañino que el utilizado en el fallo que se analiza.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se observa que existían medidas alternas que protegían en mejor medida los derechos constitucionales que colisionaron con el derecho al debido proceso, por tanto, la acción de nulidad ordenada no constituyó una acción *prima facie* que salvaguardará los derechos fundamentales que fueron invocados.

No obstante, lo anterior, admitiendo en gracia de discusión que la medida adoptada por la Corte Constitucional era necesaria, se pasará a efectuar un análisis de la misma desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, para advertir hasta qué punto era irrazonable a la luz de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

III.3 Proporcionalidad en sentido estricto

Como se mencionó en apartados anteriores, este ítem se compone por tres etapas fundamentales “1. Atribución del peso a cada uno de los principios en colisión; 2. La comparación del peso de los principios y su relación de precedencia, y 3. La formulación de la regla que expresa el resultado de la ponderación”⁷⁶. A continuación, se abordan estos postulados.

III.3.1 Atribución del peso a cada uno de los principios que entran en colisión

Al utilizar los criterios que permitieron el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad frente al grado de afectación de los derechos laborales de las madres comunitarias, se constató lo siguiente:

⁷⁵ El cual llegó a ser de un (1) salario mínimo legal, luego de expedida la Ley 1607 de 2012.

⁷⁶ VERGARA MESA, HERNÁN. Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho. 2016. P. 411.

- La medida de nulidad implementada por la Corte supuso un intenso sacrificio de los derechos laborales implicados, toda vez que el Alto Tribunal no realizó un análisis sustancial que constatará la existencia de una relación laboral, lo cual era una opción viable y menos drástica para la lesividad de los derechos fundamentales.
- La Corte Constitucional en el Auto-186, ignoró el hecho de que la Sentencia SU-224 de 1998 no estudió pormenorizadamente el caso con base en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, como sí lo hizo la Sentencia T-480 de 2016, por tanto, no es completamente clara la vulneración del debido proceso.
- El Auto-186 eliminó de manera abrupta la posibilidad de que las madres comunitarias accedieran al reconocimiento de los derechos laborales de manera retroactiva, por lo que se discriminó en gran medida a un alto porcentaje de mujeres en relación con los demás trabajadores.
- A través del Auto-186 no sólo se desconoció la situación de especial protección de estas mujeres, teniendo en cuenta su posición como adultas mayores, también se presentó una vulneración al artículo 25 de la C.N, según el cual el trabajo es un derecho que goza de la especial protección del Estado.
- Con lo decidido por la Corte Constitucional, se afectó el derecho fundamental a un trabajo digno, toda vez que este Auto no reconoció las obligaciones que se desprenden de una relación laboral del ICBF frente a las madres comunitarias, dado que estas cumplían un papel fundamental en la atención a la primera infancia, valor fundamental en la Carta Política colombiana⁷⁷.
- Se desconoció que la función realizada por las madres comunitarias, la protección de los niños constituye un reconocimiento laboral soportado en el interés general.
- La Corte Constitucional ignoró el hecho de que las madres comunitarias cumplían una función pública en cabeza del ICBF.
- La Corte Constitucional no tuvo en cuenta que las madres comunitarias desempeñaban en iguales condiciones las labores que les fueron encomendadas, incluso después de que se regulara su situación laboral en 2014.

⁷⁷ Tal como se explica en la Sentencia T-480 de 2016, también se encontraban bajo la subordinación de dicha entidad, recibían una remuneración económica menor a un salario mínimo y prestaban un servicio, situación que las convertía en trabajadoras.

III.3.1.1 Frente al grado de satisfacción del derecho al debido proceso, es menester mencionar, que la satisfacción fue alta, toda vez, que el mecanismo implementado por la Corte Constitucional, es decir, la nulidad, logró el cometido de retirar del ordenamiento jurídico una decisión que fue considerada adversa al precedente constitucional; pues como ya se ha indicado, el no acatamiento del precedente jurisdiccional supone una grave vulneración al principio del debido proceso, la seguridad jurídica, confianza legítima y al derecho a la igualdad que rigen nuestra Constitución⁷⁸; de modo que la nulidad se convierte en un mecanismo idóneo para eliminar cualquier decisión judicial que contraríe lo determinado por las Altas Cortes.

III.3.2 La comparación del peso de los principios y su relación de precedencia

III.3.2.1 El peso de los principios laborales que resultaron afectados con la medida de nulidad tomada por la Corte Constitucional en el Auto-186, se valora como alto por las siguientes razones:

- Los derechos laborales que fueron transgredidos en el Auto-186 se encuentran revestidos por un carácter constitucional, por lo que conservan una protección especial en nuestra Carta Magna, como el artículo 25 y el 53.
- El principio constitucional al trabajo se encuentra permeado por una serie de derechos indistintamente relevantes como la igualdad, el mínimo vital y la dignidad humana, esta última se constituye como el centro del Estado Social de Derecho, tal como lo consagra el artículo 1 de la C.N., por lo que goza una protección especial para nuestro ordenamiento jurídico y los derechos humanos que se desprenden de él.

⁷⁸ Así lo ha afirmado la Corte Constitucional en la Sentencia SU-354 de 2017, donde manifestó que: “En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”

III.3.2.2 Con relación al debido proceso

También es posible valorarlo con un peso alto, por las razones que se presentan a continuación:

- Este principio goza de un rango constitucional, se encuentra amparado en el artículo 29 de la C.N, y se entrelaza con el principio de igualdad⁷⁹ y seguridad jurídica, por lo que su protección se manifiesta a lo largo del ordenamiento jurídico.
- Este derecho contiene una mención especial en las normas internacionales, lo que lo reviste de gran importancia para el Estado.

Las anteriores premisas permiten comprender el peso abstracto alto del que se revisten los principios que colisionaron en el presente caso, ello por el carácter constitucional e internacional en el que se enmarcan, y por su estrecha relación con otras normas igualmente relevantes para el ordenamiento jurídico.

III.3.2.3 Seguridad de las premisas empíricas

La ley epistémica de la ponderación, conforme la plantea Alexy, refiere a que la relación entre la intensidad de la intervención en un derecho fundamental y las premisas que la sustentan debe ser de una certidumbre absoluta, es decir “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”⁸⁰. Así las cosas, Alexy refiere a que la identidad de los enunciados adquiere un mayor significado desde el punto de vista sistémico, por lo cual asegura que:

“Dicha identidad expresa que el principio iusfundamental material afectado en cada caso representa el punto de Arquímedes. Este punto de referencia común hace posible incluir elementos epistémicos del lado de la razón material para la intervención. Esta inclusión se produce de acuerdo con la regla que establece que la importancia concreta de la satisfacción del principio contrario (WPjC) tiene una menor capacidad para justificar la intensidad de la intervención en Pi (IPiC) cuanto más descienda la certeza de que M logra realmente la pretendida satisfacción de Pj. Entonces, **el peso concreto de un principio (GpiJC) aumenta a medida en que**

⁷⁹ Artículo 13 de la Constitución Nacional.

⁸⁰ Robert Alexy. Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales.

lo hace el grado de certeza empírica que se sitúa del lado de la realización del principio contrario ⁸¹(subrayado fuera del texto).

Las anteriores líneas, presuponen que sea posible hablar válidamente de grados de seguridad o certeza y de inseguridad o incertidumbre de las premisas empíricas no sólo del legislador sino también de las decisiones judiciales.

Frente a la sentencia del Auto-186 de 2017, se pudo observar que la intensidad de la afectación de los derechos laborales y el debido proceso (por la vulneración del precedente constitucional), supone un nivel *medio de certeza empírica* que no se compadece con el alto nivel de afectación de los derechos laborales de las madres comunitarias.

Como ya se ha indicado, la Corte Constitucional no realizó un estudio pormenorizado de las decisiones estatales que permitiera llegar a la conclusión de que efectivamente la decisión de la Sentencia T-480 contrariaba los demás fallos en cuanto a todos los postulados que fueron abordados por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional.

En otras palabras, los esgrimidos por el Alto Tribunal no fueron suficientes para legitimar la declaratoria de nulidad como una medida adecuada que dirimiera el conflicto, pues en últimas, la Corte Constitucional no tuvo en cuenta que en la múltiple jurisprudencia que ha estudiado el fenómeno de la relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, no se abordaron los elementos de la realidad sobre las formas⁸², ni siquiera en la Sentencia SU-224 de 1998, que se utilizó como pilar fundamental para la declaratoria de nulidad parcial del Auto 186.

Por tanto, no existió una seguridad en las premisas con las cuales obró la Corte Constitucional suficiente para fundamentar la anulación de la sentencia de tutela. Esto se puede observar con mayor claridad cuando en el salvamento de voto del Magistrado Alberto Rojas Río, se advierte que es un punto que no entró en discusión alrededor de la sentencia.

En consecuencia, el Alto Tribunal no presentó argumentos suficientes que permitieran concluir que hubo una completa desviación del precedente constitucional y por ende una vulneración al debido proceso, que conllevara al

⁸¹ Ibid.

⁸² Consagrados en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

desconocimiento de los derechos laborales reconocidos a las madres comunitarias a través del fallo de la Sentencia T-480.

Cabe señalar que, Robert Alexy, frente al punto relativo a la seguridad de las premisas, ha afirmado que: “(...) en todos los casos en que sus decisiones afectaran de algún modo a los derechos fundamentales, **al Legislador sólo le estaría permitido basarse en premisas sobre cuya verdad existiera certeza**”⁸³(subrayado fuera del texto). En este caso, mucho más tratándose del máximo tribunal constitucional y de protección de los derechos fundamentales.

Así las cosas, a la Corte Constitucional no le era dable afectar los derechos laborales de las tutelantes, ya que como se señaló en líneas anteriores, las premisas abordadas en el Auto-186, no demostraron una verdadera certeza de que los elementos facticos sobre la realidad formal ya habían sido resueltos en anteriores decisiones por este órgano; lo que permite vislumbrar la existencia de un medio igualmente idóneo, pero menos restrictivo que salvaguardara en mejor medida ambos derechos constitucionales⁸⁴.

III.3.2.4 La formulación de la regla que expresa el resultado de la ponderación

La medida de nulidad provocó una intervención a los derechos laborales de las madres comunitarias y la posición que goza cada principio, sobre la escala más alta, generó una situación de empate. Sin embargo y conforme con la fórmula que se aplicará a continuación, el caso concreto debería tener una protección en mayor medida de los derechos laborales de las madres comunitarias, dado que estas son sujetos de especial protección, además que los derechos laborales tiene una estrecha relación con el principio a la dignidad humana, lo que significa que para la situación que se ha venido analizando en el presente texto, el derecho al trabajo, adquiere una validez definitiva en términos de prioridad sobre el principio del debido proceso, máxime porque en el juicio de necesidad se halló una medida menos lesiva para los derechos que colisionaron. Conforme a lo anterior, es posible construir una nueva regla que parta de las siguientes premisas:

P1: El trabajo es un derecho que goza de la especial protección del Estado.

P2: Esta ordenado a los tribunales la garantía del debido proceso.

⁸³ Robert Alexy. Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales

⁸⁴ El derecho al debido proceso y los derechos laborales que habían sido reconocidos a las madres comunitarias.

C: Circunstancias:

C1: Anulación decisión judicial que protege derechos laborales.

C2: Madres comunitarias como titulares de esos derechos laborales.

C3: Falta de certeza de la vulneración al precedente constitucional que motivó la anulación de los derechos laborales

La citada regla se expresa así:

El trabajo es un derecho que goza de la especial protección del Estado (P1), y prevalece sobre el principio al debido proceso (P2), cuando se pretende anular su protección (C1) en relación con personas que están sujetas a una especial protección (C2), a menos que la decisión de anulación esgrima de manera clara, precisa y fundamentada la falta del derecho laboral que fue reconocido por la anterior decisión.

(P1, P2), **P** (P2) **C** (C1, C2, C3) C → R

A esta regla se le puede dar mayor alcance, en la medida que permite plantear lo siguiente:

La declaratoria de nulidad por violación del precedente judicial, que invalida las decisiones judiciales que han reconocido derechos laborales, debe ampararse en un estudio pormenorizado que avizore la verdadera inexistencia del derecho, por tanto debe realizarse un análisis detallado que dé cuenta que todos los supuestos fueron abordados en ambas decisiones y, de no ser así, el órgano judicial debe propender por salvaguardar los derechos laborales, máxime cuando se trata de derechos fundamentales de personas de especial protección.

De esta forma, no les es dable a los Tribunales la no protección de los derechos laborales cuando no exista una certeza de que las premisas esgrimidas vulneran el precedente judicial; en otras palabras, los órganos judiciales deben propender porque los derechos fundamentales primen sobre el derecho al debido proceso cuando no sobrevenga una seguridad jurídica que dé cuenta que en efecto hubo una transgresión a las decisiones anteriores analizadas por los grandes órganos.

Conclusiones

- I. Después de una larga lucha jurídica, tanto en el campo normativo como jurisdiccional, los derechos laborales de las madres comunitarias de los HCB⁸⁵ fueron reconocidos, al constatarse que la actividad que desarrollaron durante décadas contemplaba los elementos propios de una relación laboral, que se enmarca en las funciones públicas a cargo del Estado colombiano y en el interés general⁸⁶. Sin embargo, el reconocimiento de esos derechos fundamentales se vio obstaculizado en múltiples oportunidades, incluso en las decisiones tomadas por el máximo tribunal constitucional en Colombia.
- II. En el caso estudiado podemos afirmar que la Corte Constitucional, a través del Auto-186, obstaculizó el reconocimiento de los derechos laborales de las madres comunitarias bajo el argumento de brindar una seguridad jurídica por medio de la protección del debido proceso, sin realizar un análisis a profundidad del precedente jurídico, lo que supuso una transgresión a los derechos al trabajo, a la dignidad humana, a la igualdad, entre otros.
- III. Cuando las decisiones de la Corte Constitucional replantean posiciones en temas cruciales para el Estado constitucional, existe la necesidad de que el Alto Tribunal realice una crítica profunda con el apoyo de herramientas racionales que ofrezcan mayor objetividad, como lo es el principio de proporcionalidad; lo anterior, dado que la Corte Constitucional, como parte del poder público, también puede vulnerar los derechos fundamentales apelando a formalismos que, a la postre, producen decisiones desproporcionadas frente a los derechos fundamentales.
- IV. A partir del test de proporcionalidad que se realizó, es posible aseverar que la decisión tomada por el Alto Tribunal fue desproporcionada, ya que las premisas no tuvieron en cuenta la existencia de una relación laboral entre las accionantes y el ICBF, ni determinaron por qué el debido proceso debía tener una mayor protección en contraste con los derechos laborales que habían sido reconocidos a las madres comunitarias en la Sentencia T-480; con esto, se le restó seguridad a los argumentos que fundamentaron la protección del derecho al debido proceso.
- V. La aplicación del principio de proporcionalidad al caso estudiado dio como resultado una regla que en últimas aboga por la implementación de un análisis sustancial para determinar la existencia de los derechos laborales de las madres comunitarias; a partir de ello se observó, para este caso en

⁸⁵ Hogares Comunitarios de Bienestar

⁸⁶ Ya que el cuidado integral de los niños y niñas más vulnerables del país supone una actividad que se enmarca dentro de los fines del Estado Social de Derecho y en últimas en el interés general.

concreto, la prevalencia de estos derechos sobre el precedente constitucional.

Referencias

- ABAD, ANTHONY. La Nulidad de la Sentencia Ejecutada y la Seguridad Jurídica [en línea]. [Consultado: 26 de octubre de 2018]. Disponible en internet: http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/909/1/TUAYGMDPCIV_00322015.pdf.
- ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la técnica de los principios. Madrid. 2007.
- ALEXY, ROBERT. Epílogo de la teoría de los derechos fundamentales. 2007.
- ARMENTA, ANGÉLICA. El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional Colombiana [en línea]. En: Verba Luris [Consultado: 26 de abril de 2020]. Disponible en internet: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663>
- ÁVILA, HUMBERTO. Teoría de los principios. Madrid. 2011.
- BERNAL, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2007.
- BUCHELY, LINA. El activismo burocrático y la vida mundana del estado. Las madres comunitarias como burócratas callejeras y el programa de cuidado de niños Hogares Comunitarios de Bienestar. Revista Colombiana de Antropología. Vol. 51. No. 01. 2015. P. 137159.
- CASTRO BUITRAGO, ERIKA. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: El caso de las madres comunitarias. Revista Estudios SocioJurídicos, 2002. p. 179197.
- COSSIO, NORA. Acceso a la pensión de vejez en el marco del régimen de solidaridad pensional en Colombia: caso de las madres comunitarias entre los años 1993-2016. Colombia. 2017.
- CORRALES, MARGARITA. La madre comunitaria como mujer trabajadora. Medellín. 1999.
- CONGRESO. Madres comunitarias se harán acreedoras a las prestaciones del Régimen Contributivo de la Ley 100 de 1993. Legislación. Vol. 095. No. 1125. 1999. P. 747748.
- DUQUE, DIANA. Aspectos sociojurídicos y normativos relacionados con la situación de discriminación laboral de las madres comunitarias. Colombia. 2016.
- FERRER, FRANCISCO. El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos [en línea]. S.F. [Consultado: 25 de octubre de 2018]. Disponible en internet:

https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub14/Revista_Juridica_A_no14N1_06.pdf

- FORERO, JOSÉ. (2014). El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español en Revista Verba Iuris, Edición No. 31, [en línea]. [Consultado el 19 de mayo de 2020 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/59/53>].
- GARCÍA, PEDRO; AGUIRRE, JAVIER & PABÓN ANA. Los casos difíciles como colisión entre premisas. Un intento de explicación desde la teoría de la argumentación de Perelman [en línea]. 2009. [Consultado el: 9 de octubre]. Disponible en: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas6\(1\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas6(1)_6.pdf).
- Comisión Estatal De Derechos Humanos Jalisco [en línea]. S.F [consultado el 13 de agosto de 2020]. Disponible en: http://cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp#:~:text=El%20principio%20de%20universalidad%20viene,por%20el%20simple%20hecho%20de
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.
- LÓPEZ HIDALGO, SEBASTIÁN. El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. Estudios de Deusto. Vol. 65/1. 2017. P. 185-217.
- SARMIENTO, CLAUDIA & NASH, CLAUDIO. Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea]. En: Anuario de Derechos Humanos N.4. 2008 [Consultado: 24 de octubre de 2018]. Disponible en internet: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13509>.
- SARMIENTO, DANIEL. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Colombia. 2007.
- OIT. Conocer los derechos fundamentales. [en línea]. S.F [consultado el 25 de octubre de 2018]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/americas/rolima/srosan_jose/documents/publication/wcms_180458.pdf.
- OSSA, LORENA. Las madres comunitarias ¿Trabajadoras invisibles? Cultura y Trabajo. No 54. 2001. P. 58-63.
- ORTIGÓN, FBAIÁN & RAMOS, MARÍA. Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia. Vol. 72. No 160. 2015. P. 167-187.
- TOURNEMIRE, ANTOINE. Madres Comunitarias. El correo de la Unesco. Vol. 51. No. 09. 1998. P. 14-16.
- VERGARA MESA, HERNÁN. Relaciones laborales estatales y estado constitucional de derecho. 2016.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-22 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-230 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-118 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-224 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1516 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1552 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227 de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-008 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-593 de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-373 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-630 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-621 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-144 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-480 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Auto-186 de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-354 de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Auto 217 de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-018 del 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-113 de 2018.
- Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia 2 de mayo de 2008.

Normas nacionales

- Congreso de la República de Colombia. Ley 89 de 1988.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Acuerdo 21 de 1989.
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 1340 de 1995.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Acuerdo 21 de 1996.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1607 de 2012.
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 289 de 2014.
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 1072 de 2015.

Tratados internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 22 de noviembre de 1969.
 - Convenio OIT 26. Ginebra.1928.
 - Convenio OIT 52. Ginebra.1936.
 - Convenio OIT 111. Ginebra. 1958.
- Protocolo de San Salvador. Salvador.17 de noviembre de 1988.